



UNIVERSITY  
OF TRENTO - Italy

# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto

*Bl*d 2/2014

**EDITORIAL || What is left of law 40**

**ESSAYS || Embryo mix up, Vincent Lambert, Belgium minors' euthanasia...**

**CALL FOR PAPERS || The Italian law 40/2004**

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

**Editor in chief:** Carlo Casonato

**Steering Committee:** Roberto Bin, Antonio D'Aloia

**Scientific Committee:**

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Paolo Carrozza, Fabio Cembrani, Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Henneute-Vauchez, Sheila McLean, Laura Palazzani, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà, Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi, Paolo Zatti.

**Editorial Boards:**

**Trento:** Lucia Busatta, Simone Penasa, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi, Antonio Zuccaro.

**Ferrara:** Lucilla Conte, Patrizio Ivo D'Andrea, Gianmario Demuro, Anna Falcone, Pietro Faraguna, Margherita Fiorentini, Andrea Lollini, Roberto Perrone.

**Parma:** Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Lucia Brusco, Simone Gabbi, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta.

Email: [biodiritto@gmail.org](mailto:biodiritto@gmail.org)  
Website: [www.biodiritto.org/rivista](http://www.biodiritto.org/rivista)

**Peer review system:** All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

October 2014

ISSN 2284-4503

© Copyright 2014



Università degli Studi di Trento  
Via Calepina, 14 – 38122 Trento  
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

**Cover design:** Marta Tomasi

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

## n. 2/2014

### Table of contents

<b>Editorial / Editoriale</b> .....	1
<i>Antonio D'Aloia</i>	
 <b>CALL FOR PAPERS</b>	
<b>THE ITALIAN LAW NO. 40/2004, TEN YEARS LATER – LA LEGGE 40/2004 DIECI ANNI DOPO</b>	
<b>L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa..</b>	13
<i>Marilisa D'Amico</i>	
<b>Quando il <i>desiderio</i> di avere un figlio diventa un <i>diritto</i>: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità .....</b>	37
<i>Ilaria Rivera</i>	
<b>Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti .....</b>	67
<i>Chiara Tripodina</i>	
<b>L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004 .....</b>	89
<i>Stefano Agosta</i>	
<b>Questioni vecchie e nuove su <i>status filiationis</i> e PMA. Breve cronistoria ....</b>	111
<i>Giacomo Capizzi</i>	
<b>Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'“adozione per la nascita” .....</b>	135
<i>Marina Casini, Carlo Casini</i>	
<b>Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004 .....</b>	157
<i>Bartolo Salone</i>	
<b>Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza) .....</b>	185
<i>Maurizio Città</i>	
 <b>ESSAYS AND COMMENTARIES – SAGGI E COMMENTI</b>	
<b>Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali .....</b>	197
<i>Maria Grazia Cabitza</i>	

<b>The case of Vincent Lambert: Who Will Be Able to Unravel the Knot? .....</b>	217
<i>Benedetta Barbisan</i>	
<b>Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire .....</b>	227
<i>Fabio Cembrani, Marta Castellani, Giuseppina Ciralo</i>	
<b><i>Lost in translation. Cosa prendere (e cosa lasciare) del dibattito americano su diritto e neuroscienze .....</i></b>	239
<i>Valeria Marzocco</i>	
<b>L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni.....</b>	253
<i>Salvatore Prisco, Marina Monaco</i>	

## Quel che resta della legge 40

Antonio D'Aloia

**D**ieci anni dopo la legge 40 è ancora, faticosamente, alla ricerca di un assestamento. È un anniversario quindi, tutt'altro che celebrativo, o incline a ricostruzioni distaccate. Su di esso è venuto a calarsi un nuovo intervento di "riscrittura" da parte del Giudice costituzionale (dopo quello operato dalla sent. n. 151/2009), che ha cancellato il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo (sent. n. 162/2014).

Nuove ridefinizioni appaiono altresì all'orizzonte e si (ri)aprono e si (ri)propongono con maggiore intensità vecchie questioni, sulle quali la Corte delle leggi dovrà pronunciarsi a breve.

Il tema della nascita, del complicato bilanciamento tra i molteplici diritti e interessi coinvolti (la Corte stessa ha più volte parlato, ad esempio nella n. 347/1998 e nella n. 162/2014, di «plurime esigenze costituzionali», sottolineando che «la legge 40 incide su una molteplicità di interessi di tale rango», che richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno»), conferma così di essere un *issue* profondamente conflittuale. Non è un caso, del resto, che Roe negli USA costituisca da più di quarant'anni una sorta di complesso e controverso "crinale interpretativo" che investe lo stesso modo di intendere il *judicial review* e la regolamentazione dei confini tra diritto federale e diritto statale da un lato, e tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale dall'altro<sup>1</sup>, nel delicatissimo e irrisolto tentativo di capire a chi spetta (e prima ancora se c'è) l'ultima parola in tema di diritti, e segnatamente – per ciò che interessa in questa sede – di diritti legati agli interessi più es-

senziali della persona, la vita, la salute, la dignità anche come autodeterminazione.

Giustamente Chiara Tripodina, nel suo contributo per questa Rivista, sottolinea, a proposito della storia giuridica della PMA in Italia, che essa «si pone come emblematica di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore, giudici [...] nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la Costituzione non dice, e che nascono dalle nuove possibilità [...] che possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e le applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizioni di usarne».

Sul tema della PMA si è verificato un vero e proprio inseguimento "a parti invertite" tra la legge e il giudice.

La legge 40 ha chiuso a suo modo una fase in cui il diritto relativo alla procreazione con metodi non naturali era stato quasi esclusivamente giurisprudenziale, se si escludono alcune circolari e ordinanze del Ministero della Sanità, e le indicazioni contenute nel Codice deontologico dei medici (nel testo vigente prima dell'approvazione della legge). La legge si è presa tutto lo spazio, o almeno ha preteso di farlo, ribaltando espressamente molte situazioni accettate o, almeno, non sempre o radicalmente escluse dalla pratica medica e giudiziaria: penso alle ipotesi della fecondazione eterologa, della fecondazione *post mortem*, della maternità surrogata.

Un attimo dopo la sua approvazione, lo scenario si è ribaltato: il giudice ha riaperto la partita su altra basi, quelle della Costituzione, della tutela "multilivello" dei diritti, dell'irragionevolezza della legge rispetto ai presupposti scientifici, e persino rispetto alle sue stesse finalità (di irrazionalità «strumentale» e/o «intrinseca» di alcuni contenuti della legge 40, parla ancora Tripodina).

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, le riflessioni di D.A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford, 2010, 93 ss.

Quasi l'intero impianto normativo sulla PMA è stato contestato: direttamente, portando le questioni davanti alla Corte costituzionale o alla Corte EDU; indirettamente, utilizzando la risorsa interpretativa fino alla massima estensione delle potenzialità testuali, e talvolta anche oltre, come nel caso dell'ammissione alla diagnosi genetica pre-impianto di una coppia non sterile o infertile ma portatrice di malattie genetiche gravi e trasmissibili da parte del Tribunale di Salerno (ord. 9 gennaio 2010), secondo cui «[i]l diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrioni sani [...], consentono di scongiurare simile rischio»<sup>2</sup>.

Il Giudice insomma è in "prima linea", è il "soldato di fanteria" nell'efficace metafora di Charles Baron, colui che vede i drammi umani che si "nascondono" dietro le formule giuridiche di rivendicazione di diritti e interessi. Viene interrogato da questioni che non può eludere, e deve muoversi talvolta su terreni assolutamente inediti, anche dove altri soggetti non hanno ritenuto di poter sciogliere i nodi etici e giuridici necessari alla definizione del conflitto.

Il caso dello scambio di embrioni all'ospedale Perini di Roma (analizzato molto bene nelle sue im-

<sup>2</sup> Questa decisione è stata ritenuta espressiva di una posizione "indifferente" al testo normativo, e anzi creativa di norme palesemente in contrasto con i principi affermati dal legislatore, da C. TRIPODINA, *Sul come scansare le briglie delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (25 marzo 2010), 3.

plicazioni problematiche dal contributo di Maria Grazia Cabitza) è la perfetta rappresentazione di questa sovraesposizione del giudice, che però non ha alternative, perché le cose succedono, creano conflitti assolutamente impreveduti, che reclamano una soluzione, anche se questa soluzione è difficile, aperta a "finali" diversi, non priva di incertezze e aporie qualche che sia la decisione.

Il CNB, nel parere dell'11 luglio 2014, ha concluso che «tutti gli argomenti esaminati a favore della madre gestante o di quella genetica e del padre genetico e di quello sociale/legale appaiono ragionevoli sotto l'aspetto etico. [...] Il Comitato ritiene in questa vicenda di scambio involontario di embrioni di non esprimere una preferenza bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali, nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno, il dilemma etico resterà aperto».

Il Tribunale di Roma, invece, pur riconoscendo la natura "assolutamente controversa" di ogni ipotesi di decisione, e della difficoltà di poter affrontare tali tematiche in sede cautelare, si prende (non poteva fare altrimenti) la responsabilità di decidere.

In questa vicenda così complicata – una "eterologa (o una surroga materna) da errore", perché mancano o sono distorti molti requisiti dell'una o dell'altra procedura – per il Giudice il concetto di maternità non può non configurarsi attorno alla gestazione («[...] la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre», «il legislatore sembra, quindi, aderire a quella corrente di pensiero che ritiene che è nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa»), per cui la madre è la donna che ha partorito e prima ancora ha portato avanti la gravidanza (anche Bartolo Salone, nel suo contributo, sottolinea come «non può dirsi superato il principio della maternità naturale legata al fatto storico del

parto, che al contrario rimane il cardine attorno a cui è costruito l'intero sistema della filiazione, sia naturale che artificiale»), e il padre è il marito di questa donna, che ha prestato il consenso alla gravidanza, anche alla luce della “presunzione” ex art. 231 c.c.

Alla fine, c'è una decisione; ma, come ammette lo stesso Giudice, implicitamente e in certa misura riconoscendo l'equilibrio del parere del CNB<sup>3</sup>, «resta il dramma umano dei genitori che si erano rivolti all'ospedale per trovare soddisfazione al loro diritto alla procreazione ed a formare una famiglia, che potrà trovare tutela (ma è vera tutela in casi come questi? *nda*) solo risarcitoria».

Senza contare, da un diverso punto di vista, alcune perplessità di questa decisione, legate soprattutto al profilo della presunzione di paternità per i figli nati in costanza di matrimonio, elemento questo che in questo caso sembra “sconfessato” a monte dalla conoscenza certa di una diversa origine genetica (su questo punto, v. sia Cabitza, sia Capizzi, entrambi in questa Rivista).

La vicenda è stata portata anche davanti alla Corte EDU, che però con la decisione *X e Y c. Italia* del 10 ottobre 2014, ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dai genitori genetici, a causa del mancato esperimento dei rimedi interni (al-

cuni dei quali vengono indicati dallo stesso Giudice europeo).

La sent. n. 162/2014 ha rimosso un altro pilastro della l. 40, il divieto di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo. Ad essa e alle sue implicazioni sono dedicati quasi tutti i contributi raccolti nella prima Sezione di questo numero, dai quali emergono opinioni che rimangono contrastanti.

Almeno per me, questo era uno dei punti effettivamente più attaccabili della legge 40<sup>4</sup>, benché non mi sembrasse una questione configurabile in termini netti come una questione di costituzionalità: in sostanza, se ritenevo che ammettere (a certe condizioni e con certi limiti e accorgimenti) quella pratica non avrebbe scardinato l'equilibrio teleologico della legge (anche perché, come ora rileva la Corte «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito (in senso costituzionale, *nda*) della famiglia stessa»), al tempo stesso non ravvisavo in modo così netto i termini di un superamento dei margini di discrezionalità disponibili per il legislatore, anche alla luce dell'eterogeneità delle soluzioni normative sul tema riscontrabili sul piano comparato, e della posizione alla fine espressa dalla CEDU nel caso *S.H. c. Austria*.

Per il Giudice costituzionale invece il divieto è incostituzionale nella sua assolutezza in quanto la lesione della libertà di «divenire genitori e di formare una famiglia che abbia dei figli», l'irrazionalità di una ricaduta così radicale sulla salute (intesa nella sua accezione più ampia di salute fisica e psichica) della coppia, proprio nei casi in cui sono affette dalle patologie più gravi alla sterilità ed infertilità, non trova fondamento e riscontro nella necessità di tutelare interessi di pari

<sup>3</sup> Nella parte finale del parere del CNB, si legge: «Il Comitato ha evidenziato come [...] il bilanciamento dei relevantissimi interessi in gioco dovesse essere individuato prendendo le mosse da una diversa prospettiva, quella dell'interesse dei futuri nati, [...] in una posizione di preminenza rispetto a interessi e diritti riconosciuti ai genitori” [...], sottolineando “la necessità di assicurare ai minori due figure genitoriali certe di riferimento [...], ma nel contempo [...] l'esigenza di evitare l'esclusione dell'altra coppia dalla vita dei nati, essendo fondamentale per il sereno ed equilibrato sviluppo dei minori, l'instaurazione di un rapporto significativo con coloro che hanno dato loro la vita (in modo genetico o gestazionale), [...] finalità quest'ultima da perseguire utilizzando, eventualmente, tutti gli strumenti giuridici idonei a tutelare i minori».

<sup>4</sup> V. A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di BioDiritto. Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1355 ss.

rango dell'ordinamento o della persona nata da PMA di tipo eterologo.

Interessi che beninteso sussistono, ma che la Corte supera, ritenendo che la questione del diritto all'identità genetica e alla conoscenza delle proprie origini può trovare una sua idonea o almeno "sufficiente" regolamentazione, rispetto alla tutela dei "beni" coinvolti, nell'analogia (tuttavia solo parziale, come è messo in evidenza, pur nel quadro di ricostruzioni diversamente orientate, nei contributi di Tripodina e Casini) con problematiche emerse (e in parte risolte, da ultimo anche con la sent. n. 278/2013) in riferimento all'istituto dell'adozione.

Il risultato della sent. n. 162, com'è noto, non è la totale "liberalizzazione" del ricorso alle tecniche di tipo eterologo, giacché, come chiarisce la Corte, l'incostituzionalità del divieto è affermata «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere" le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere "documentate da atto medico" e da questo certificate».

La logica della gradualità è confermata dalla Corte costituzionale: ciò in qualche misura riflette la serietà (pure costituzionale) delle preoccupazioni legate agli interessi del nato da PMA eterologa, ma soprattutto il Giudice delle leggi esclude perentoriamente un eventuale uso della fecondazione di tipo eterologo «ad illegittimi fini eugenetici».

È un passaggio importante questo, e d'altra parte consapevole che l'eterologa è potenzialmente più esposta al rischio di usi geneticamente selettivi. Rivera nel suo contributo si chiede quanto e se reggerà questo alla pressione delle istanze sociali, che potrebbero far ritenere in futuro non rinunciabile ciò che oggi è ancora "indiscutibile".

Effettivamente, dalla combinazione tra tecniche di tipo eterologo e diagnosi genetica preimpianto potrebbe venir fuori (di «derive inaspettate» parla ancora Rivera) il diritto a un figlio sano, magari con determinate caratteristiche genetiche e/o fenotipiche.

Sono concetti dai confini incerti e nebulosi: il diritto a un figlio (o a nascere) sano potrebbe rovesciarsi nel diritto a non nascere se non sano. Tema davvero ai limiti della razionalità giuridica, che pone interrogativi che sfidano apertamente categorie consolidate, come quelle di danno, responsabilità: un bambino può essere qualificato direttamente o anche indirettamente come un danno? E ancora: la vita può essere considerata un danno in sé, vale a dire anche se l'alternativa sarebbe la "non-vita"?

Le posizioni della giurisprudenza sono tutt'altro che assestate. In alcuni indirizzi della Suprema Corte di cassazione (v. Cass. civ., n. 14488/2004 e, più di recente, n. 10741/2009) si afferma che un «diritto del nascituro a nascere sano o a non nascere affatto», può essere declinato solo in chiave positiva e non negativa. In altre parole, «il diritto a nascere sani significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale", nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura e di assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sa-



na. Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto che presenti gravi anomalie genetiche, non deve essere lasciato nascere».

D'altra parte, la stessa legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, nel definire i presupposti per l'IVG non lascia spazio ad alcun automatismo tra la presenza di malformazioni genetiche nel feto e la decisione di non portare avanti la gravidanza, proprio alla luce dell'inesistenza dell'aborto eugenetico; e questo, benché la l. 194/1978 ammetta che la presenza di anomalie o malformazioni del nascituro possa gravemente influire sulla salute psichica della donna.

Nella valutazione della Cassazione, un simile diritto contiene in sé una contraddizione che lo rende inammissibile: quella di un diritto "adespota", che «[f]ino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso». Per altro verso, «[i]l danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare. L'omessa o errata informazione non ha apportato per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante [...]. Né questo danno può essere ritenuto ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima non ci sarebbe stata, e neppure la vita, per quanto malata, con la non nascita (o morte del concepito), che costituisce perdita assoluta»<sup>5</sup>.

L'argomento riecheggia il celebre ragionamento di Carnelutti nella nota di commento alla sentenza del Tribunale di Piacenza sul caso del minore eredoluetico: l'insigne Maestro affermò che «[s]enza l'inadempimento il preteso danneggiato

anziché più avrebbe meno di quello che ha perché non avrebbe, anzi non sarebbe nulla [...]»<sup>6</sup>.

Più recentemente, pur attraverso un percorso argomentativo non del tutto lineare e convincente, una sezione della Suprema Corte<sup>7</sup> ha però recentemente rimesso in discussione gli orientamenti prima richiamati, giungendo ad affermare la risarcibilità diretta del minore nato malformato, dopo un'omessa diagnosi di malformazioni fetali. Secondo questa decisione, è un «equivoco concettuale [...] quello secondo cui il nato non ha comunque diritto ad alcun risarcimento del danno per essere venuto alla vita, in quanto privo della titolarità di un interesse a non nascere».

La premessa della Corte è che la protezione del nascituro non passa necessariamente attraverso la sua istituzione a "soggetto di diritto", ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a "non nascere se non sano"; viceversa, «oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana), il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita».

L'argomento del rischio di ammettere così anche la praticabilità di azioni del bambino nei confronti della madre che non ha scelto di interrompere la gravidanza, pur debitamente informata delle possibili malformazioni (argomento toccato in astratto giacché diverso era il caso in esame), viene liquidato sulla base della semplice (forse troppo) notazione secondo cui «[è] la madre [...] che, esercitando un diritto *iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi

<sup>6</sup> F. CARNELUTTI, *Postilla* a Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 990.

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.

<sup>5</sup> Da Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488.

contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro». Poco prima si era chiarito che «il fatto di dare la vita, o la rinuncia, da parte della madre, a interrompere la gravidanza, non possono mai essere considerati in termini di colpa né di ingiustizia del danno. L'atto della procreazione è frutto di una scelta che spetta, giuridicamente, soltanto ai genitori; ma la donna è, inevitabilmente, il solo legittimo destinatario del diritto a decidere se procedere o no all'interruzione della gravidanza».

La sentenza n. 162 si dichiara *self-executing* nella rimozione del divieto di accesso, nei casi previsti, alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo.

La Corte su questo punto è chiara e analitica nelle spiegazioni, anche per sfuggire a un'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato, ravvisando nel quadro normativo non toccato dalla pronuncia di incostituzionalità una base sufficiente (per quanto suscettibile di necessaria integrazione, ad esempio sui profili dell'anonimato del donatore, sulle caratteristiche fenotipiche del donatore e sul numero delle donazioni) per ritenere da subito praticabile, e senza necessità di una previa intermediazione normativa, l'accesso alla tecnica in oggetto (ampiamente utilizzata, del resto, nella fase pre-legge 40). In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza della Corte Costituzionale (Trib. Bologna, 14 agosto 2014).

Nondimeno, rimangono alcuni elementi da definire, e per alcuni di essi vengono in gioco questioni che attengono a diritti, interessi sensibili sul piano dell'ordinamento civile (penso alla decisione di introdurre la fecondazione eterologa nell'ambito dei LEA, alle motivazioni e alle modalità della deroga al principio dell'anonimato del donatore, ai criteri di selezione e alla scelta delle caratteristiche fenotipiche dei donatori), su cui

certo non può bastare (ed è di dubbia costituzionalità, se si considera che molti di questi profili richiedono scelte uniformi su tutto il territorio nazionale) l'intervento – pur apprezzabile nelle motivazioni – della Conferenza delle Regioni.

Cosa resta dopo la sent. n. 162 (e altri interventi giurisdizionali, come la sent. n. 151/2009 e la decisione della Corte EDU sul caso *Costa-Pavan*)?

Non c'è dubbio che, al di là delle specifiche questioni (numero di embrioni da produrre e da impiantare, fecondazione eterologa, diagnosi genetica pre-impianto) e dell'impatto modificativo/correttivo che la giurisprudenza costituzionale e quella "convenzionale" hanno avuto sulla struttura formale e sostanziale della l. 40, questa abbia subito un drastico "ri-orientamento" dei suoi equilibri interni, a cominciare dalla "causa" della legge e della stessa tecnica di PMA: da rimedio ai problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, a strumento di realizzazione di una libertà fondamentale di diventare genitori e di formare una famiglia con figli<sup>8</sup>, il che non significa (come non manca di rilevare il Giudice costituzionale nella sent. n. 162) che «la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti».

Non è un passaggio schematico, da una situazione a un'altra completamente diversa e separata. È piuttosto uno spostamento della prospettiva.

Alcuni punti fermi però permangono, e non tutti appaiono suscettibili di ulteriori interventi erosivi o più direttamente modificativi.

Continuo a pensare che, anche nella PMA come nella disciplina dell'IVG, il punto di confronto principale della libertà procreativa della donna (e della coppia) sia l'individuo "non nato", il conce-

<sup>8</sup> La posizione non è unanimemente condivisa: per una critica, v. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte Cost., sent. n. 162/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it) (15 settembre 2014).

pito, il corpo “nascente” nei suoi primi livelli evolutivi, che pur nella sua “incompletezza”<sup>9</sup> è un soggetto, e non una realtà puramente ‘oggettuale (sebbene questa teoria, di per sé, non conduca necessariamente ad esiti di tutela meno forti)<sup>10</sup>.

L’affermazione di apertura della l. 40, che parla dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito» come obiettivo fondamentale della sua strategia, in fondo non fa che ribadire il valore costituzionale della tutela della vita del soggetto *in fieri*, mettendosi nella scia della giurisprudenza costituzionale (ci si riferisce alle sentenze nn. 27/1975 e 35/1997) che ha anticipato e consolidato la mediazione legislativa sull’interruzione volontaria della gravidanza; in questo senso, il bilanciamento dovrebbe svolgersi secondo schemi comunque ancorati a questo modello. La legge sulla PMA non ha “creato” un nuovo soggetto, ma ha confermato che quel soggetto (il concepito, anche allo stato embrionale) è espressione di vita umana, la «prima fase della vita di un individuo»<sup>11</sup>, in quanto tale tutelato costituzionalmente nel suo diritto basilare all’esistenza.

Per questo, in modo secondo me non irragionevole dal punto di vista costituzionale, la disciplina sulla PMA ammette la ricerca clinica e sperimentale sull’embrione solo se finalizzata a scopi terapeutici e diagnostici volti a garantire lo sviluppo e la salute del concepito (art. 13, comma 2)<sup>12</sup>; e vieta ogni forma di selezione di embrioni o di gameti per scopi eugenetici e qualsiasi intervento che,

attraverso tecniche di selezione o manipolazione, miri a modificare il patrimonio genetico dell’embrione o a predeterminarne le caratteristiche genetiche, ad eccezione delle indagini necessarie a diagnosticare o prevenire patologie dell’embrione e indirizzate a salvaguardarne la vita e la salute (art. 13, comma 3, lett. b)<sup>13</sup>.

Non è più una premessa “non negoziabile” (e forse, sul piano giuridico, non lo è mai stata), ma un elemento di un mosaico più complesso (come d’altronde è per l’IVG).

La tutela dell’embrione, come ha ribadito da ultimo il Giudice costituzionale, «non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (così già la sent. n. 151 del 2009). Al tempo stesso, come si è già segnalato, la Corte, nell’escludere un eventuale uso della fecondazione di tipo eterologo a fini eugenetici, qualifica espressamente tali fini come «illegittimi». L’aggettivo essendo come una sorta di “evidenziatore” della scelta di divieto.

Certo, la sent. n. 151/2009 ha (almeno) di fatto (ri)aperto o notevolmente ampliato la strada della produzione soprannumeraria di embrioni destinati al “limbo” della crioconservazione, e probabilmente a non essere più impiantati, salvo il limite (ancorato però a parametri molto discrezionali) del numero non «superiore a quello strettamente necessario» (e in effetti, i dati disponibili, come mostra il contributo di Marina e Carlo Casini, «non indica(no) affatto l’eccezionalità» della produzione soprannumeraria).

<sup>9</sup> Di soggettività incompleta dell’embrione parla P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 168.

<sup>10</sup> Per questa tesi, v. C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell’embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 457 ss.

<sup>11</sup> L. EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative: problemi giuridici*, Comunicazione al Convegno La procreazione assistita: problemi e prospettive, Roma, 31 gennaio 2005, *paper*, 12-13.

<sup>12</sup> E solo «qualora non siano disponibili metodologie alternative».

<sup>13</sup> Su tale articolo pende davanti alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, in rapporto agli artt. 2, 3, 9, 31, 32, 33 comma 1, Cost. Si attende inoltre la decisione della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*, concernente la possibilità – da parte di una donna a seguito della morte del compagno – di donare per la ricerca embrioni creati *in vitro* qualche anno prima. L’udienza si è svolta il 18 giugno scorso.

Ciò nondimeno, ritengo che se si parte dalla premessa che la fase embrionale è «la prima fase di vita di un individuo», che «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (sent. *Brustle* della Corte di giustizia, par. 35), e che la clausola della dignità umana può applicarsi al concepito, sebbene «con le caratteristiche sue proprie» (Corte cost., sent. n. 35/1997), può non apparire irragionevole o incostituzionale che la legge vieti la sperimentazione e la ricerca clinica sull'embrione umano («salvo finalità terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»), come pure la produzione di embrioni a fini di ricerca e di sperimentazione.

Da un diverso ma complementare angolo di visuale, si può condividere la proposta (ancora ribadita nel contributo di Marina e Carlo Casini) di introdurre legislativamente la c.d. “adozione per la nascita” o “adozione prenatale”. Tale istituto potrebbe rappresentare una risposta ragionevole e conforme alle esigenze costituzionali in gioco.

Secondo il mio punto di vista (diverso dagli Autori prima richiamati) non dovrebbe trattarsi di una procedura sostitutiva della fecondazione di tipo eterologo ora ammessa dalla Corte costituzionale, anche perché non è la stessa cosa, in quanto la fecondazione eterologa è spesso “unilaterale” (vale a dire solo uno dei genitori è sterile/infertile, quindi è necessario un solo donatore esterno), e non avrebbe molto senso l'esclusione di questa possibilità solo perché in questo modo si creerebbe uno sbilanciamento tra i due genitori (uno solo dei quali sarebbe tale anche fisiologicamente) che «può portare nel tempo a crisi, dissidi, rifiuti prevedibili» (Casini, p. 18; Rivera, al contrario, ritiene più complicate e difficili da giustificare proprio le ipotesi di accesso “bilaterale” alla fecondazione di tipo eterologo).

L'altro limite della legge 40 che potrebbe essere (e viene di fatto già) rimesso in discussione è quello “soggettivo” e/o “sessuale”.

La normativa sulla PMA, mentre apre anche alle coppie di conviventi, resta chiusa però a singoli e a coppie tra persone dello stesso sesso.

Si tratta di ipotesi diverse, sebbene in certa misura collegate.

La prima si basa sulla valutazione (che non pare irragionevole) secondo cui il diritto di procreare, per quanto ascritto all'identità individuale dei soggetti, sia (o debba essere) comunque collegato a un progetto genitoriale per quanto possibile corrispondente al modello “tradizionale”, tuttora ritenuto più idoneo e conforme all'interesse educativo e formativo del nato.

Sta di fatto che le famiglie omogenitoriali sono una realtà sociale, anche nel nostro Paese, per quanto sul piano giuridico – come notano Prisco e Monaco nel suo contributo – il dibattito sia «agli inizi».

Il problema in larga parte è agganciato a quello dell'ammissibilità del matrimonio *same-sex*, o almeno di una regolamentazione dei diritti delle coppie omosessuali.

Ad ogni modo, la possibilità di riconoscere il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali non sembra dipendere esclusivamente dall'estensione ad esse dello *status* matrimoniale, cosa che la nostra Corte costituzionale continua ad escludere, ribadendo la validità costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio (sentt. n. 138/2010 e 170/2014).

In altre parole, come accade in altri Paesi, l'omogenitorialità (attraverso l'adozione o l'accesso alle tecniche di PMA) potrebbe essere riconosciuta anche al di fuori del legame matrimoniale in senso stretto.

Guardando alla giurisprudenza europea poi, la Corte EDU ha più volte (e “progressivamente”) affermato che l'orientamento omosessuale non è

né può essere un impedimento giuridico alla genitorialità. Finora si è trattato di casi in cui il minore era già figlio di uno dei *partner same-sex* (c.d. adozione “co-genitoriale”), anche se, in vero, le motivazioni del Giudice europeo nei giudizi più recenti (penso alla decisione *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013) sembrano andare oltre la vicenda specifica negando che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie “non sposate”, non importa se “etero” o gay. Una cosa diversa sarebbe ammettere che una coppia di persone dello stesso sesso possa accedere “congiuntamente” a una delle forme “non naturali” di filiazione.

Nel primo caso è un fatto, una vicenda di quell’incerto mestiere del vivere di cui ha parlato la Corte cost. nella sent. n. 494/2002, e che il diritto deve in qualche modo affrontare, e non può che farlo alla luce dei suoi principi fondamentali, tra cui il divieto di discriminazioni legate al sesso (e all’orientamento sessuale); nel secondo caso, invece, è (o sarebbe) una scelta di equivalenza di due situazioni e di azzeramento del presupposto della doppia (nel senso anche di diversa sessualmente) figura genitoriale nell’ambito del rapporto di filiazione.

La questione del bilanciamento con l’interesse (diritto fondamentale) del minore a una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si porrebbe inevitabilmente con maggiore intensità, e i termini di questa valutazione restano tuttora molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico.

La mia posizione, espressa in altre sedi<sup>14</sup>, è che questa scelta della legge di ancorare l’accesso alle

tecniche di PMA al presupposto della duplicità della figura sessuale sia (ancora, nel senso che inevitabilmente questo tipo di giudizio può risentire dell’evoluzione degli orientamenti culturali e della loro sedimentazione sociale) ragionevole, rappresentando un bilanciamento non sproporzionato tra interessi del nascituro e diritto di procreare.

Non sono in discussione la sensibilità, la capacità educativa e affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto a un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall’analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Nella sua giurisprudenza in tema di adozione, d’altro canto, il Giudice costituzionale ha spesso insistito sul criterio dell’*imitatio naturae* (che è già nella Convenzione di Strasburgo sulle adozioni del 1967), come parametro di valutazione delle scelte o delle omissioni del legislatore (sentt. nn. 184/1993 e 198/1986). Anche qui, non è un riferimento rigido, e significa tante cose (non solo il tema della differenza di età tra adottando e adottante; ad esempio, nelle due sentenze citate si fa riferimento all’importanza di avere entrambe le figure genitoriali) che in questa sede non si possono nemmeno accennare; però, non si può dire che non ha alcun significato, ovvero che può essere radicalmente accantonato<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> A. D’ALOIA, *From Gay Right to Same-Sex Marriage: A Brief History Through the Jurisprudence of US Federal Courts*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdiction*, Heidelberg, 2014, 33 ss.

<sup>15</sup> In senso analogo, sulla non irragionevolezza di questa opzione del legislatore, v. anche C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 539.

Dove invece, a mio avviso, la legge 40 potrebbe registrare un'ulteriore correzione è probabilmente sul versante della interpretazione delle nozioni di "sterilità" e/o "infertilità" come condizioni di accesso alla PMA.

Il problema riguarda principalmente le coppie di soggetti portatori di patologie genetiche gravi e trasmissibili, e si intreccia evidentemente con quello dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto.

Abbiamo ricordato prima il caso risolto con una decisione molto "innovativa" del Tribunale di Salerno. Mesi fa il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulla legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consente l'accesso alla procreazione assistita e quindi anche alla diagnosi genetica preimpianto per quelle coppie che, pur non essendo né sterili né infertili, sono portatrici di gravi malattie genetiche e per le quali quindi l'esame diagnostico preimpianto rappresenta l'unica possibilità per conoscere lo stato di salute dell'embrione ed evitare il ricorso all'aborto terapeutico durante la gravidanza.

La mia opinione è che una coppia che ha già avuto un certo numero di gravidanze, tutte o quasi concluse con la procreazione di figli morti dopo pochi mesi per gravi malformazioni genetiche conseguenti alla mutazione di un gene di cui sono portatori entrambi i genitori, ovvero interrotte per lo stesso motivo, non ha una condizione molto diversa da una coppia sterile, infertile, che non può procreare. E dunque, una preclusione come quella ricavabile dall'art. 1 potrebbe apparire, almeno con riferimento ai casi più gravi di coppie in cui i componenti siano portatori di gravi e mortali malattie genetiche, irragionevole.

In fondo, un ampliamento del concetto di infertilità è già stato adottato dalle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita riformulate nel febbraio 2008, con l'estensione della possibilità di ricorrere alle tecniche di PMA anche alle

coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, situazione ritenuta evidentemente assimilabile ai casi di infertilità.

Proprio parlando dei genitori di Salerno, la scrittrice Isabella Bossi Fedrigotti si è chiesta (retoricamente): «davvero può assomigliare ad una sinistra pratica eugenetica quel loro estremo tentativo di avere un bambino che non debba morire, soffocato, entro il primo anno di vita?»

La legislazione francese sulle questioni bioetiche prevede un meccanismo di revisione periodica dei contenuti e delle scelte effettuate. In molti Paesi la normativa bioetica viene rivista e aggiornata dopo alcuni anni, alla luce dei dati e delle acquisizioni scientifico-tecnologiche, nonché dell'evoluzione delle dinamiche sociali, in linea con quell'esigenza di favorire un "dibattito pubblico appropriato" che è sancita dall'art. 28 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina.

Dopo dieci anni anche la legge 40 ha bisogno di qualcosa di più di una correzione "in corsa", e frammentaria.

La giurisprudenza (non solo costituzionale) ha messo in luce la sua «fragile rigidità» (secondo la efficace espressione di Simone Penasa), che non poteva essere per troppo tempo coperta dall'esito dei referendum del 2005.

Oggi la legge 40 rischia di essere una legge "sbilenca", un disegno affidato a una matita dalle traiettorie casuali, che finiscono col dipendere dalle rivendicazioni soggettive e dai giudizi che da esse prendono le mosse. Fingere che i problemi non esistano, o vietare tutto senza provare a ricercare e definire, con una maggiore attenzione alle fattispecie concrete che possono verificarsi, linee di compatibilità e di equilibrio tra le varie esigenze costituzionali coinvolte, come chiede la Corte, è una tattica sbagliata, che peraltro può riflettersi anche sui nodi strategici del diritto sulla procreazione e sulle sue forme.

Almeno in astratto, è tempo che su questi temi si riapra un vero cantiere di dibattito democratico e civile. In concreto, è perlomeno dubbio che l'attuale momento politico e parlamentare, ingabbiato da altre questioni ritenute più urgenti e condizionato da una certa inclinazione semplificatoria, sia davvero quello più favorevole.





**Premessa**

*In occasione del secondo numero della Rivista, il Comitato di direzione ha lanciato una call for papers dedicata al tema «[La legge 40/2004 dieci anni dopo](#)». A introduzione di questa sezione, poniamo il seguente contributo, richiesto all'Autrice dalla Direzione della Rivista.*

## L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa\*

*Marilisa D'Amico \*\**

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE ABSOLUTE PROHIBITION OF THE "HETEROLOGOUS FERTILIZATION"

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court, with its judgement no. 162/2014, has repealed the "unfair ban" on assisted reproduction with gamete donation established by law no. 40/2004. This paper analyses and comments on the way the law has been approved – through a harsh debate and an unsuccessful *referendum* – and how many judges tried to challenge it, asking for the intervention of the Constitutional Court. After the last judgement, how will assisted reproduction be regulated in Italy?

KEYWORDS: constitutional case-law, European Court of Human Rights, assisted reproduction with gamete donation, medically assisted reproduction, criterion of reasonableness

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la richiesta referendaria sul divieto della c.d. "fecondazione eterologa" – 3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa" – 3.1. Le ragioni della non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014: la fine di un ingiusto divieto – 5. La decisione costituzionale fra contesto europeo e realtà nazionale – 6. Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia?

**1. Premessa**

**È** stata lunga la strada per arrivare a rimuovere un divieto, giudicato fin dalla sua entrata in vigore assurdo e irragionevole, contrario al principio costituzionale di eguaglianza. Un divieto fonte di incredibili sofferenze da parte di tanti cittadini, esiliati, alla ricerca di una spe-

\* Il presente contributo è in corso di pubblicazione anche per il volume edito da FrancoAngeli 2014, *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, a cura di Marilisa D'Amico e Maria Paola Costantini.

\*\* *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.*

ranza all'estero, e di tanti altri che non hanno potuto neanche concedersi il lusso di sperare, a causa dei costi elevati.

È stata una strada lunga, ma, almeno sul piano dei principi, la sentenza n. 162 del 2014 – nella quale finalmente, la Corte costituzionale ha sancito in modo definitivo la contrarietà del divieto assoluto della c.d. “fecondazione eterologa”<sup>1</sup>, di cui all'art. 4, comma 3, l. 40 del 2004, rispetto agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione, rimuovendo la norma dal nostro ordinamento – ripaga di tante sofferenze e segna un passo avanti importante per il principio di laicità costituzionale.

In questa decisione, la Corte riprende in modo deciso l'impostazione della sua pronuncia precedente, la n. 151 del 2009. In quella sentenza, il giudice costituzionale aveva decisamente modificato l'impostazione di principio della legge n. 40 del 2004, bocciandone l'impostazione ideologica, basata sulla tutela di un solo valore – quello dell'embrione – a scapito di tutti gli altri, e riconoscendo invece la necessità che questa legge, come dovrebbero fare tutte le leggi in uno Stato laico, bilanci fra di loro i valori in gioco. Afferma la Corte, nel 2009, che nella legge n. 40 del 2004 la tutela dell'embrione deve essere bilanciata con quella delle «giuste esigenze della procreazione». La Corte fa emergere, in quella pronuncia, un nuovo principio costituzionale, le giuste esigenze della procreazione, un principio che rende attuale l'art. 31 Cost., quale presidio della “genitorialità”; un principio che non significa “diritto a diventare genitori”, ma possibilità di esserlo, con l'aiuto della scienza.

Nella sentenza n. 162 di quest'anno, la Corte richiama “le giuste esigenze della procreazione” all'interno di un ragionamento più complesso, nel quale diviene ancora più esplicito l'intento metodologico del giudice costituzionale.

La Corte riconosce in apertura la complessità della questione, che tocca temi eticamente sensibili e afferma testualmente che in casi come questi le questioni vanno affrontate non solo ponendo i principi costituzionali sullo stesso piano, ma anche considerandoli e analizzandoli tutti insieme nel bilanciamento.

L'invito a far agire e interagire i principi fra di loro, senza escluderne nessuno e senza metterli uno contro l'altro, può essere inteso anche come raccomandazione al futuro legislatore, quando tocca temi eticamente sensibili<sup>2</sup>. Temi che non vanno derubricati dall'agenda, ma vanno affrontati con metodo “laico”, trovando uno spazio per tutti i principi e non giocando a metterli uno contro l'altro, sacrificandoli tutti.

Con questa pronuncia, la Corte costituzionale riconduce in modo deciso la *ratio* della legge 40 a due principi fondamentali che l'impostazione originaria del legislatore aveva totalmente annullato: quello di autonomia e di responsabilità, sia delle persone che dei medici.

Viene a cadere definitivamente quella paura nella scelta delle persone rispetto al proprio progetto di vita familiare, una scelta che il giudice costituzionale definisce “incoercibile”. Vengono anche a essere ulteriormente valorizzate – all'interno del riconoscimento del diritto alla salute, fisica e psichica, della

<sup>1</sup> La legge utilizza il termine comune di “fecondazione eterologa”, anche se sarebbe più corretto parlare di “donazione di gameti”; sul punto, si rinvia a C. FLAMIGNI, *Il secondo libro sulla sterilità. La fecondazione assistita*, Torino, 2008, 468 ss., ripreso da E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita “eterologa” rileggendo Carlo Flamigni*, in C. FLAMIGNI, *Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, Firenze, 2013, 127 ss.

<sup>2</sup> Un invito in questo senso è recentemente venuto dallo stesso Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, il quale ha invitato il Parlamento ad occuparsi delle questioni bioetiche (si rinvia, sul punto, all'esternazione del Presidente della Repubblica rilasciata in data 13 luglio 2014).

coppie – la responsabilità e l'autonomia del medico, rispetto alle quali non è una legge, ma sono la propria scienza e la propria deontologia a stabilire confini e paletti.

In questo lavoro, prima di arrivare a un commento più approfondito della decisione, mi sembra utile ripercorrere le tappe principali della vicenda.

Questa lunga vicenda mostra, infatti, in modo chiaro, da un lato, il valore profondo dello stato costituzionale, nel quale il giudice costituzionale nasce proprio come baluardo nei confronti delle ingiustizie e degli abusi di un legislatore che perde, giustamente, la propria "onnipotenza"; dall'altro, le insidie e le difficoltà, in un sistema costituzionale "incidentale", quale è il nostro, per i cittadini lesi da una legge ingiusta, di arrivare a chiedere giustizia al proprio giudice.

## 2. L'approvazione della legge n. 40 del 2004 e la richiesta referendaria sul divieto della c.d. "fecondazione eterologa"

Il dibattito intorno all'opportunità di ammettere oppure, viceversa, di vietare le tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo ha interessato l'intero percorso legislativo della legge n. 40 del 2004, così come emerge dall'analisi dei progetti di legge che si sono succeduti nel corso degli anni e che hanno preceduto la definitiva approvazione della legge n. 40, il 19 febbraio 2004.

Nell'ambito di tale dibattito, gli oppositori di tale tecnica di procreazione artificiale – che, come noto, presuppone il ricorso a gameti esterni alla coppia – portavano all'attenzione i rischi cui sarebbe stato esposto il nato dalla c.d. "fecondazione eterologa", dovuti alla frammentazione delle figure parentali, ossia alla non coincidenza tra la c.d. genitorialità biologica e quella sociale, che avrebbe interessato almeno uno dei due componenti la coppia.

Più in particolare, si riteneva il ricorso a tali pratiche di fecondazione artificiale foriero di ledere l'integrità psico-sociale del nascituro, ancorché nessuno studio corroborasse tali rischi. Sotto questo profilo, infatti, l'unico studio noto in materia, promosso dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e condotto su un campione di 25.000 bambini nati da tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, aveva dimostrato l'assenza di qualsiasi disturbo di natura psico-sociale del nato da tali tecniche riconducibile alla c.d. frattura delle figure parentali<sup>3</sup>.

Nell'ambito dei lavori parlamentari, numerosi erano stati, peraltro, anche gli interventi critici nei confronti dell'impostazione favorevole all'introduzione di un divieto assoluto di ricorrere a tecniche di procreazione artificiale di tipo eterologo.

In questo senso, era stato evidenziato il rischio che il divieto di accesso ad una delle tecniche di procreazione artificiale avrebbe determinato in punto di trattamento discriminatorio: alcune coppie avrebbero potuto recarsi all'estero, in Stati dove la c.d. "fecondazione eterologa" era lecita, altre invece, non disponendo di mezzi economici adeguati a tale scopo, avrebbero dovuto rinunciare alla speranza di diventare genitori.

<sup>3</sup> Il riferimento è a quanto era emerso nell'ambito della seduta n. 504 del 10 dicembre 2003 e, nello stesso senso, si rinvia alle audizioni in sede di Commissione igiene e sanità, nonché alla Relazione di minoranza della dodicesima Commissione permanente Igiene e Sanità, n. 1514-bis. Si sofferma in modo particolare su questo aspetto, R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004.

Tuttavia, e a dimostrazione di quanto il dibattito intorno alla c.d. “fecondazione eterologa” non venne mai sopito all’interno delle aule parlamentari, pare opportuno ricordare il deposito di alcuni disegni di legge negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 – il più noto a firma di Giuliano Amato<sup>4</sup> – tesi a reintrodurre nell’impianto di regolamentazione normativa della legge n. 40 del 2004 le tecniche di fecondazione medicalmente assistita di donazione dei gameti.

Sotto questo profilo, alla base della soluzione proposta e finalizzata a consentire il ricorso a tecniche c.d. “eterologhe”, nella relazione al disegno di legge Amato, si leggeva che: «l’apertura alla fecondazione eterologa è controversa. Al di là delle convinzioni personali [...], non si può dimenticare che in particolare il ricorso al seme altrui è una pratica in uso da decenni, che ha dato gioia a tanti genitori e vita a tanti bambini, come non si può dimenticare che la sterilità o l’infertilità maschile e femminile sono in aumento, mentre diminuisce la natalità, e che la loro causa risale spesso a malattie e a conseguenti cure che frustrano un desiderio di maternità e di paternità non ancora realizzato»; ancora, successivamente, il disegno di legge d’iniziativa dei senatori Ripamonti, Palmeri, Silvestri e Tibaldi, anch’esso favorevole all’abolizione del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, precisava come «vietarla significa discriminare sulla base di un problema di salute migliaia di persone, ed impedirgli di mettere al mondo dei figli, oppure obbligare le coppie [...] ad andare all’estero»<sup>5</sup>.

Come noto, la legge n. 40 del 2004, a distanza di pochi mesi dalla sua entrata in vigore, è stata fatta oggetto di censure di illegittimità costituzionale e di cinque quesiti referendari.

Prima di soffermarsi più specificamente sulla vicenda referendaria, poi fallita e volta a conseguire la cancellazione, tra gli altri, del divieto della c.d. “fecondazione eterologa”, pare opportuno evidenziare come l’impianto della legge n. 40 del 2004, nella sua scelta di assolutizzare la tutela dell’embrione e di funzionalizzare la regolamentazione giuridica a tale scopo, sia stato pienamente condiviso dal Tribunale di Catania<sup>6</sup> che, con una discutibile ordinanza di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale presentata su istanza della coppia<sup>7</sup>, ha chiuso le porte del giudizio di costituzionalità a fronte della richiesta di una coppia – portatrice sana di Beta-talassemia – di avere accesso

<sup>4</sup> Il riferimento è al Disegno di Legge n. 3320, primo firmatario Giuliano Amato, ove all’art. 4, comma 2, si disponeva che: «Il ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo è consentito quando uno dei coniugi o conviventi sia affetto da sterilità o infertilità incurabile di tipo congenito o acquisita in conseguenza di malattie o trattamenti medici o chirurgici, ovvero da malattia infettiva irreversibile, secondo quanto indicato dalle linee guida di cui all’articolo 13, comma 1, lettera b)», reperibile al seguente link: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=14&id=121877> (ultima consultazione 19/10/2014). Per più ampie considerazioni sul tema, si rinvia a C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014, 66 ss.

<sup>5</sup> Si intende richiamare il Disegno di Legge n. 725 (XV Legislatura), d’iniziativa dei senatori Ripamonti, Palmeri, Silvestri e Tibaldi. Nello stesso senso, tra gli altri, si vedano il Disegno di Legge n. 2000 (XV Legislatura), d’iniziativa dei senatori Bocci, Russo Spena, Alfonsi, Brisca, Menapace, Capelli, Di Lello, Finuoli, Gaggio Giuliani, Gagliardi, Nardini, Palermo, Valpiana e Vano; Disegno di Legge n. 1397 (XV Legislatura), Del Pennino, Biondi, Paravia, Jannuzzi, Saro, Sterpa e Stracquadanio.

<sup>6</sup> Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2089 ss.

<sup>7</sup> Per una critica puntuale nei confronti della pronuncia in esame, si consenta il rinvio a M. D’AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004.

all'esame diagnostico della diagnosi genetica preimpianto e di vedere impiantati nell'utero della donna i soli embrioni non affetti da quella medesima patologia.

Per quanto qui rileva e al di là del tema specifico portato dinanzi al giudice, basta qui sottolineare come il Tribunale di Catania si sia espresso nel senso dell'insindacabilità della scelta del legislatore di assegnare prevalenza nel bilanciamento tra i diritti contrapposti all'embrione, ragionando come se la Corte costituzionale non esistesse e demandando all'esclusiva discrezionalità del primo ogni determinazione, specialmente laddove si tratti di intervenire su una materia che – così afferma il giudice catanese – «ha ad oggetto proprio i limiti da porre al potere dell'uomo di agire su uno dei più grandi misteri della natura: l'origine della vita»<sup>8</sup>.

Venendo, invece, alla vicenda referendaria del 2005, uno dei quesiti su cui veniva richiesto ai cittadini italiani di esprimersi riguardava proprio la disposizione di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, ossia il divieto assoluto di donazione di gameti esterni alla coppia.

Con la sentenza n. 49 del 2005, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il *referendum* parziale volto all'abrogazione dell'art. 4, comma 3, e delle ulteriori disposizioni della legge ad esso collegate (artt. 9 comma 1, e 12, comma 1 e 8), chiarendo che l'eventuale abrogazione della disposizione oggetto della consultazione referendaria non avrebbe determinato alcun vuoto normativo in caso di esito positivo della consultazione.

In particolare, il Giudice costituzionale aveva osservato che non sarebbe venuto meno il «livello minimo di tutela costituzionalmente necessario», conseguenza che avrebbe, viceversa, determinato la dichiarazione di inammissibilità del relativo quesito, come peraltro analogamente verificatosi in relazione alla richiesta di abrogazione totale della normativa vigente in materia di procreazione artificiale, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 45 del 2005<sup>9</sup>.

Si tratta di un aspetto centrale, che ha attraversato l'intera vicenda del giudizio di legittimità costituzionale, avente ad oggetto il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita: i sostenitori del divieto argomentavano nel senso che l'annullamento dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004 avrebbe prodotto un vero e proprio vuoto normativo e di tutela minima del concepito e della famiglia naturale, che avrebbe a loro avviso dovuto porsi alla base di una pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata da parte della Corte costituzionale.

Come noto, questo *referendum*, insieme a tutti gli altri non ha raggiunto il *quorum*, dopo una vicenda che rimane emblematica per la caricatura ideologica e l'invito all'astensione ai cittadini da parte di autorità politiche ed ecclesiali<sup>10</sup>.

Una vicenda, comunque, nella quale il problema della sterilità o infertilità era ancora percepito dalla maggioranza del Paese come problema “di pochi”.

<sup>8</sup> Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2089.

<sup>9</sup> Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, I, 2005, 337 ss., con nota di G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle “leggi costituzionalmente necessarie”*, *ivi*, 351 ss. Più in particolare, per un approfondimento relativo all'intera vicenda referendaria sulla legge n. 40 del 2004 (ovvero con riferimento alle sentt. 28 gennaio 2005, nn. 45, 46, 47, 48 e 49, in *Giur. cost.*, 2005, I, 337 ss.), si rinvia a M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

<sup>10</sup> Approfondiscono la vicenda sotto questo aspetto C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40*, cit., 68 ss.

### 3. Il lungo percorso per arrivare alla Corte costituzionale: i due giudizi di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. “eterologa”

Il divieto assoluto di donazione dei gameti è stato al centro di un lungo percorso giurisprudenziale, culminato nella declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, intervenuta con sentenza n. 162 del 2014.

Nell'ambito di tale percorso giurisprudenziale – che si è sviluppato a partire dalla prima ordinanza di manifesta infondatezza del Tribunale di Milano del 2009<sup>11</sup> – la questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto di donazione dei gameti è stata portata per ben due volte dinanzi al Giudice costituzionale, il quale soltanto a distanza di due anni dal suo precedente intervento, con la controversa ordinanza n. 150 del 2012<sup>12</sup>, ha finalmente accolto la questione di costituzionalità, annullando definitivamente il divieto.

Invero, il divieto assoluto di donazione dei gameti è stato fatto oggetto di due distinti giudizi costituzionali, entrambi originati dalle ordinanze di rimessione sollevate, con tempi ed impostazioni non sempre perfettamente coincidenti, da parte dei Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania<sup>13</sup>.

A questo proposito, diversi sono stati i profili d'illegittimità costituzionale del divieto della c.d. “fecondazione eterologa” prospettati dai giudici comuni dinanzi al Giudice costituzionale nell'ambito dei due giudizi di costituzionalità.

Nell'ambito della vicenda che ha interessato il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il primo giudizio di costituzionalità si era concluso con l'ordinanza di restituzione degli atti (ord. n. 150 del 2012) ai giudici remittenti, affinché procedessero ad una nuova valutazione dei termini delle questioni, alla luce della sopravvenienza della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup> sul caso *S.H. e altri c. Austria*, che superava il precedente reso dalla Prima Sezione.

<sup>11</sup> Trib. Milano, ord. 23 novembre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 ss., che ha confermato la decisione del Tribunale in composizione monocratica, ord. 7 aprile 2009, con nota di B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, ivi, 777 ss.

<sup>12</sup> Si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, ivi, e S. LEONE, I. PELLIZZONE, *Cause ed effetti della restituzione degli atti per sopravvenienza di una sentenza della Corte europea*, in *Notizie di Politeia*, 109, 2013..

<sup>13</sup> Si intende, in questa sede, richiamare, da un lato, le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sollevate nell'ambito del primo giudizio di costituzionalità, ossia le ordinanze dei Tribunali di: Firenze del 6 ottobre 2010; Catania del 21 ottobre 2010; Milano dell'11 febbraio 2011. In dottrina, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012. Il secondo giudizio costituzionale è sorto a seguito della rimessione di tre questioni di costituzionalità da parte dei medesimi giudici *a quibus*: quindi, il Tribunale di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013, il Tribunale di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e il Tribunale di Catania con ordinanza datata 13 aprile 2013.

<sup>14</sup> D'ora in avanti, Corte EDU.

A questo proposito, merita rilevare come uno degli aspetti forse più caratterizzanti il percorso giurisprudenziale che ha visto protagonista il divieto di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, è stato l'intreccio tra i due livelli di tutela dei diritti fondamentali – quello nazionale e quello sovranazionale – che ha prodotto esiti contrastanti, in ragione dell'incidenza variabile riconosciuta alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da parte del Giudice costituzionale.

La centralità che ha assunto il giudizio pendente dinanzi alla Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* si giustifica anche in considerazione delle peculiarità di un caso su cui opposte sono state le valutazioni condotte rispettivamente dalla Prima Sezione, prima, e dalla Grande Camera in sede di riesame, poi.

Nell'ambito del giudizio sul caso *S.H. e altri c. Austria*, la Corte EDU, infatti, dopo aver accertato l'incompatibilità della normativa austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per contrasto con gli articoli 8 e 14 CEDU, posti rispettivamente a protezione del diritto alla vita privata e familiare e del divieto di discriminazione<sup>15</sup>, ha successivamente, in sede di riesame del ricorso dinanzi alla Grande Camera<sup>16</sup>, mutato il proprio orientamento giurisprudenziale, escludendo la sussistenza delle violazioni viceversa accertate dalla Prima Sezione, in ragione della necessità di tenere conto del c.d. *time factor*, ossia del momento in cui tale disciplina era stata posta in essere dal legislatore nazionale e dello stato di avanzamento delle conoscenze tecniche e scientifiche nel settore della scienza medica esistenti nell'arco temporale considerato.

Le ordinanze di remissione sollevate nell'ambito del primo giudizio costituzionale dai Tribunali di Firenze, di Catania e di Milano fondavano le proprie convinzioni a partire proprio dalla prima decisione della Corte EDU *S.H. e altri c. Austria*<sup>17</sup>.

Sebbene con alcune differenze riscontrabili con riferimento all'incidenza assegnata, nella costruzione della questione di costituzionalità, alla condanna dell'Austria da parte della Corte EDU, i giudici remittenti motivavano comunque in punto di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità anche sulla base di parametri interni, principalmente, il principio di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), le "giuste esigenze della procreazione" (principio, questo, riconosciuto esplicitamente dalla Corte come aspetto dell'art. 31 Cost., nella sent. n. 151 del 2009). Con specifico riferimento alla dedotta violazione dei principi convenzionali, soltanto il Tribunale di Firenze riconosceva un'incidenza pressoché determinante, ai fini dell'accoglimento della que-

<sup>15</sup> A commento della prima decisione della Corte EDU, si veda B. LIBERALI, *La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, 556 ss.

<sup>16</sup> In dottrina si rinvia a C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012; B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera contro l'Austria*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it).

<sup>17</sup> Ordinanze di remissione di Tribb. Firenze, Catania e Milano, nn. 19, 34 e 163 del 2011, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti*, cit. Su tali ordinanze si vedano E. DOLCINI, *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea? e Stretto d'assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

stione di legittimità costituzionale, alla sentenza della Prima Sezione della Corte EDU, poggiando, quindi, la propria ordinanza di rimessione solo sulla violazione dell'art. 117, comma primo, Cost.

Si tratta di un aspetto da cui è necessario prendere le mosse alla luce della pronuncia del Giudice costituzionale che chiude il primo giudizio di costituzionalità, ossia l'ordinanza di restituzione degli atti ai giudici remittenti, n. 150 del 2012.

In questa decisione, infatti, il Giudice costituzionale ha ritenuto precluso un proprio esame nel merito della questione di legittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, alla luce del mutato orientamento giurisprudenziale verificatosi nell'ambito del sistema convenzionale e culminato nell'"assoluzione" della legge austriaca in materia di procreazione artificiale.

Come abbiamo già richiamato, la Grande Camera della Corte EDU era, infatti, intervenuta nelle more del giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, escludendo che i divieti opposti dalla normativa austriaca ad alcune tra le tecniche di procreazione artificiale di tipo eterologo potessero considerarsi lesivi dei principi convenzionali invocati dalle parti ricorrenti, ossia degli articoli 8 CEDU e 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

La soluzione accolta dalla Corte costituzionale di "piegare" le tre ordinanze di rimessione all'esito del giudizio dinanzi al Giudice europeo, accanto alle sue criticità di natura processuale, lasciava impregiudicato il dubbio di legittimità costituzionale del divieto assoluto di donazione dei gameti che i giudici di Milano e di Catania avevano approfonditamente argomentato anche in relazione a parametri c.d. interni, ossia ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

La restituzione degli atti ai giudici *a quibus* non ha, peraltro, impedito che la questione di costituzionalità del divieto della c.d. "fecondazione eterologa" fosse sottoposta una seconda volta al sindacato del Giudice costituzionale: non è stato facile però risolvere la questione presso tutti i Tribunali. Le questioni di costituzionalità sono state esaminate come "nuove", sia sotto il profilo della rilevanza, che sotto quello della non manifesta infondatezza. Dinanzi al tribunale di Catania la questione è stata sollevata in sede di reclamo contro una prima decisione di manifesta infondatezza.

La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale ha inciso in modo importante sulla costruzione della questione da parte dei giudici remittenti.

Sotto questo profilo, infatti, sia il Tribunale di Firenze che quello di Catania hanno optato per un'impostazione della questione di legittimità costituzionale interamente improntata sui c.d. profili di diritto interno, i quali hanno, così, implicitamente escluso che dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU potessero trarsi argomenti a sostegno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del divieto di donazione dei gameti ex art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004.

Soluzione di segno diverso è stata quella, viceversa, avallata dal giudice remittente milanese, che ha scelto di affiancare ai profili di illegittimità costituzionale di diritto interno, coincidenti con quelli già richiamati nell'ambito del primo giudizio di costituzionalità, anche l'art. 117, comma primo, Cost., attraverso il quale "fare entrare" le norme convenzionali invocate come parametri interposti.



### 3.1. Le ragioni della non manifesta infondatezza del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo

Sebbene secondo impostazioni ed ispirazioni non in tutto coincidenti, i Tribunali di Firenze, di Catania e di Milano hanno nuovamente rimesso la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione c.d. "eterologa" dinanzi alla Corte costituzionale, motivando ancora una volta la non manifesta infondatezza della questione in relazione agli artt. 2, 3, 29<sup>18</sup>, 31, 32<sup>19</sup>, e 117, comma 1, Cost<sup>20</sup>.

Tutti i giudici remittenti sviluppavano la propria motivazione prendendo le mosse dalla natura discriminatoria del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 40 del 2004, che, se da un lato precludeva alle coppie affette da un grado più elevato di sterilità o di infertilità l'accesso alla tecnica di procreazione artificiale idonea ad ovviare alla patologia riproduttiva, dall'altro consentiva a quelle coppie parimenti sterili o infertili, ma in misura più lieve, ossia in grado di produrre gameti fecondabili artificialmente, di fare ricorso alle tecniche di tipo omologo.

Nella disparità di trattamento tra le due categorie di coppie considerate, entrambe sterili o infertili sebbene di grado diverso e destinatarie delle previsioni normative dettate dalla legge n. 40 del 2004 a norma del suo articolo 1, risiedeva la profonda violazione del principio di eguaglianza intesa in senso formale, di cui all'art. 3, comma primo, Cost.

Detto altrimenti, attraverso la previsione del divieto di fecondazione c.d. "eterologa", il legislatore precludeva alle coppie, il cui grado di sterilità e di infertilità risultasse più grave, l'unico trattamento terapeutico idoneo ad ovviare ai propri problemi riproduttivi, mentre acconsentiva a che avessero accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita più idonee le coppie che presentavano un grado di sterilità o di infertilità più lieve.

Il profilo di discriminazione fra coppie presentanti una patologia simile si accentuava a seguito della decisione n. 151 del 2009, in cui per le coppie aventi necessità di una fecondazione "omologa" erano stati rimossi paletti assurdi e irragionevoli, consentendo loro di accedere alla tecnica in Italia in modo scientificamente corretto.

La dedotta violazione dell'art. 3 Cost. non si arrestava, peraltro, al solo profilo discriminatorio, ma investiva anche l'irragionevolezza interna alla normativa, ossia la sproporzione tra la *voluntas legis*, dichiarata a norma dell'art. 1, l. n. 40 del 2004, secondo cui «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», e gli strumenti apprestati dal legislatore per il perseguimento della medesima.

Se si guarda al divieto assoluto di accesso alle tecniche c.d. "eterologhe", non vi è chi non veda come l'impossibilità di beneficiare del progresso medico-scientifico in ambito riproduttivo, per quelle coppie per le quali la donazione di gameti costituisce il solo trattamento idoneo ad ovviare alla patologia

<sup>18</sup> Così, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano.

<sup>19</sup> Così, le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Milano e di Catania.

<sup>20</sup> In questo senso, come già evidenziato, l'ordinanza di rimessione sollevata dal Tribunale di Milano.

riproduttiva di cui risultino affette, si appalesa del tutto incoerente e contraddittorio nei confronti della *ratio* sancita a norma dell'art. 1 della legge n. 40 del 2004.

Da ultimo ed ancora in relazione all'art. 3 Cost., i giudici *a quibus* argomentavano nel senso che il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo fosse alla base di un'ulteriore discriminazione tra coppie sulla base delle rispettive disponibilità economiche e finanziarie.

Non prevedendo la legge n. 40 del 2004 alcuna sanzione per le coppie che avessero scelto di sottoporsi all'estero al trattamento di procreazione artificiale vietato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, numerosissime coppie italiane negli anni di vigenza del divieto assoluto di donazione di gameti dovevano rivolgersi a centri di riproduzione assistita esteri, dando luogo al fenomeno del c.d. "esilio" o "turismo" procreativo. All'interno di tale categoria di coppie, evidente era la discriminazione prodotta dal divieto di fecondazione c.d. "eterologa" nei confronti di quelle coppie che, in ragione delle ridotte disponibilità economiche, si sono viste precludere anche la possibilità di trarre beneficio da un panorama normativo europeo largamente più permissivo, con riferimento alle tecniche di procreazione artificiale ammesse.

Il divieto di procreazione medicalmente assistita c.d. "eterologa" veniva, altresì, ritenuto lesivo del diritto all'autodeterminazione delle coppie in relazione alle proprie scelte procreative, pregiudicando in modo irragionevole il diritto della coppia di vedersi riconosciuto il diritto delle "giuste esigenze della procreazione", enucleato dal Giudice costituzionale in occasione della fondamentale decisione n. 151 del 2009<sup>21</sup>, e di fondare una famiglia.

Ultimo profilo d'illegittimità costituzionale rilevato da tutti e tre i giudici remittenti riguardava la violazione dell'art. 32 Cost., in quanto il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, impedendo alle coppie assolutamente sterili o infertili di avvalersi dell'unico trattamento terapeutico esistente, veniva considerato lesivo del diritto fondamentale alla salute, sia fisica che psichica della coppia, sancito a norma dell'art. 32 della Costituzione.

Nelle ordinanze di Milano e di Catania venivano al riguardo portati all'attenzione del giudice costituzionale numerosi documenti scientifici comprovanti, da un lato, la nozione di "salute riproduttiva" ai sensi dell'Organizzazione mondiale della sanità, e, dall'altro, le ricerche sulla salute fisica e psichica dei bambini nati a seguito di fecondazione eterologa.

Infine, come anticipato, il Tribunale di Milano ha ritenuto persistente il dubbio di costituzionalità anche rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, non ritenendo decisiva la pronuncia della Grande Camera sul caso S.H. e altri c. Austria ai fini dell'assenza di un'incompatibilità tra il divieto di P.M.A. eterologa e i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Soprattutto, nell'ordinanza del Tribunale di Milano venivano sottolineati, in modo opportuno, i passaggi della decisione della Grande camera, nella quale si affermava la necessità che la legislazione

<sup>21</sup> Per un commento alla decisione, in dottrina, si consenta il rinvio a, M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 216 ss.; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 287 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1700 ss.

fosse al passo con lo sviluppo scientifico, in un contesto di evoluzione anche riguardo ai modelli familiari.

#### 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014: la fine di un ingiusto divieto

Con la pronuncia n. 162 del 2014<sup>22</sup>, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto a norma dell'art. 4, comma 3, e delle ulteriori disposizioni della l. n. 40 del 2004 ad esso collegate (art. 9, commi 1 e 3, art. 12, comma 1, l. n. 40 del 2004) per contrasto con gli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione.

La decisione in commento è ricca e complessa, frutto del riuscito tentativo non solo di affrontare la tematica dal punto di vista di principio, ma anche di offrire un chiaro quadro su tutti i profili anche specifici del tema, per garantire appieno i diritti delle coppie fino al quel momento ingiustamente violati.

In primo luogo, occorre sottolineare l'impostazione "laica" accolta dal Giudice costituzionale, che si pone perfettamente in linea con quanto già affermato in occasione della pronuncia n. 151 del 2009, in cui venne dichiarata la non conformità a Costituzione del limite rigido dei tre embrioni destinati all'impianto nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo.

La sentenza n. 162 del 2014 si muove, quindi, nel solco di quella prima importante decisione sulla legge n. 40 del 2004, come emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che: «la procreazione medicalmente assistita coinvolge 'plurime esigenze costituzionali' [...] e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono 'un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa' ad ognuno [...], avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa 'tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione'»<sup>23</sup>.

Come già affermato nelle osservazioni introduttive, alla luce di questa decisione non soltanto la legge 40 perde il suo stampo ideologico di legge volta a garantire un solo principio, quello della tutela dell'embrione, a scapito di tutti gli altri; non soltanto ridiventa una legge che bilancia principi diversi, che tra l'altro il giudice costituzionale vuole analizzare simultaneamente, con una tecnica interessante e innovativa, ma soprattutto imposta in modo chiarissimo la ratio della disciplina in modo capovol-

<sup>22</sup> A commento della pronuncia, si vedano, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (13 giugno 2014); A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014); G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (senza data); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014); V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014).

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 5 del *cons. dir.*

to rispetto alle scelte originarie del legislatore, divenendo determinanti i principi di autonomia e di responsabilità delle coppie e dei medici.

Significativo sotto questo profilo il richiamo attento alle prerogative del legislatore: la Corte afferma che si tratta di questioni complesse, che è prima di tutto il legislatore a dover dare ad esse una risposta, Ma non si sottrae al suo ruolo, esercitandolo fino in fondo: un ruolo che non deve fermarsi di fronte a questioni eticamente sensibili, e complesse (come è successo in altre occasioni<sup>24</sup>) e che è appunto quello di garantire i diritti fondamentali dei cittadini di fronte agli “abusi” del legislatore.

Un secondo aspetto da sottolineare attiene alle riflessioni condotte dalla Corte costituzionale in relazione alla regolamentazione della procreazione medicalmente assistita in Italia in epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004.

Si tratta di una ricostruzione precisa, che palesa come il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo non costituisse affatto, al momento della sua approvazione in sede parlamentare, il frutto «di una scelta consolidata nel tempo», in quanto introdotto, per la prima volta, proprio dalla legge n. 40 del 2004<sup>25</sup>.

Interessante pare, invero, la conclusione dell'*excursus*, in cui la Corte costituzionale, a dimostrazione della rilevanza assunta dal sistema di relazioni internazionali, si preoccupa di sottolineare come un tale divieto non si ponga in conflitto con alcun documento di rilevanza internazionale e, così, il divieto assoluto sottoposto allo scrutinio della Corte costituzione non confligge né con i principi stabiliti dalla Convenzione di Oviedo e neppure con il suo Protocollo addizionale in materia di divieto di clonazione di esseri umani.

Alla luce dell'attenzione alla storia del divieto in Italia e alla sua eventuale previsione nel diritto Europeo e internazionale, sembra chiaro che il giudice costituzionale abbia voluto fugare qualsiasi dubbio in ordine a un eventuale «fondamento costituzionale del divieto». Riecheggiano in questo punto del ragionamento le impostazioni dei padri costituenti, laddove spiegavano che il principio della persona

<sup>24</sup> A questo proposito, si richiama la prima pronuncia del Giudice costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, n. 369 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 3831 ss., con nota di M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, 2007, 154 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.* 2006, 3846 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849 ss. In quell'occasione, la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Cagliari.

<sup>25</sup> In questo senso, il Giudice costituzionale ha precisato che: «[a]nteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, “lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi” e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante “Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani”».

e della sua dignità implica la necessità che qualsiasi divieto abbia una sua ragionevole giustificazione, un fondamento costituzionale in un principio di almeno pari rango.

Con riferimento ai profili di illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte costituzionale ne ha sancito, innanzitutto, l'incompatibilità con la scelta della coppia, destinataria della legge n. 40 del 2004 ma gravemente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia, in violazione degli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione. Ed, infatti, la Corte costituzionale ha chiarito che: «[l]a determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»<sup>26</sup>.

La protezione delle c.d. "giuste esigenze della procreazione" implica, quindi, un bilanciamento tra il diritto della coppia, assolutamente sterile o infertile, di scegliere se avere dei figli e se avvalersi, a tale scopo, delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita tipo eterologo, e gli ulteriori valori ed interessi costituzionali in gioco.

Il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, viceversa, frustrava irrimediabilmente la libertà di autodeterminazione della coppia sterile o infertile di scegliere liberamente se diventare genitori; una libertà che la Corte costituzionale ha ritenuto ricevere copertura costituzionale.

Va sottolineato però, che, a differenza della sent. n. 151 del 2009, la Corte non fa riferimento solo alle coppie, ma in particolare e scegliendo di analizzare la questione partendo dall'art. 2 Cost., la Corte afferma che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibili».

Questo aspetto della pronuncia apre sicuramente scenari nuovi non soltanto riguardo all'accesso alla fecondazione, ma più in generale al rapporto, fra diritto, legge e scienza<sup>27</sup>.

Sotto altro versante, e attraverso una robusta e bella motivazione, il Giudice costituzionale ha sottolineato il contrasto tra il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e il diritto fondamentale alla salute, ex art. 32 Cost.<sup>28</sup>, comprensivo tanto della salute fisica, quanto di quella psichica.

Accogliendo una simile accezione di salute, la Corte costituzionale si è espressa nel senso dell'irrelevanza delle differenze riscontrabili tra tecniche di fecondazione medicalmente assistita, di tipo omologo, da un lato, e di tipo eterologo, dall'altro, dal momento che a produrre la lesione della salute della coppia sarebbe l'impossibilità procreativa stessa, che, in quanto tale, accomuna tutte le coppie affette da sterilità o infertilità indipendentemente dal grado di patologia sofferto. Da notare

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 6 del *cons. dir.*

<sup>27</sup> Su questo profilo, si veda B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, in corso di pubblicazione.

<sup>28</sup> In tema, si rinvia a M.P. COSTANTINI, *Il diritto alla salute e la tutela del nascituro nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'incostituzionalità della c.d. fecondazione eterologa*, cit.

che il giudice costituzionale si mostra ben consapevole che nell'ambito della salute, come riconosciuto dall'Organizzazione mondiale della sanità, rientra anche la "salute riproduttiva"<sup>29</sup>.

Sempre in relazione al diritto alla salute e, più in particolare, al rapporto tra il ruolo della scienza e l'ambito di intervento di spettanza del legislatore, la Corte costituzionale ha ribadito il principio, secondo il quale la discrezionalità legislativa, qualora intervenga sul merito di scelte terapeutiche, non è assoluta, ossia «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»<sup>30</sup>.

In tale ambito, pertanto, il Giudice costituzionale ha riaffermato, sulla scia della sentenza n. 151 del 2009, che la regola di fondo in merito alla selezione dei trattamenti terapeutici debba essere quella dell'autonomia e della responsabilità del medico, aggiungendo che «[n]on si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»<sup>31</sup>.

Questi principi valgono anche come indicazione di metodo al legislatore, che dovrebbe ricorrere a norme "aperte" e leggere, in grado di lasciare autonomia al medico e di stare a passo con l'evoluzione scientifica.

Un ulteriore aspetto centrale della pronuncia in commento ha poi riguardato il rapporto tra la caducazione del divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, per effetto della declaratoria di incostituzionalità, e il sistema normativo vigente con riferimento alla sua capacità di regolare puntualmente le conseguenze derivanti dalla praticabilità delle tecniche c.d. "eterologhe".

Sotto questo profilo, anche se non espressamente menzionato nella pronuncia in commento, vale ricordare come un simile effetto si sarebbe determinato anche in ipotesi di esito positivo del *referendum* avente ad oggetto proprio il divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, dichiarato ammissibile, come anticipato, dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 49 del 2005<sup>32</sup>.

Un argomento, pertanto, quello del presunto vuoto normativo, in qualche misura già risolto positivamente, in epoca anteriore all'apertura del giudizio costituzionale, ma sul quale la Corte costituzionale ha scelto di tornare nella sentenza n. 162 del 2014, per chiarire come l'annullamento del divieto assoluto di fecondazione c.d. "eterologa" non è tale da determinare alcun vuoto normativo, in quanto sono «identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo»<sup>33</sup>.

Il Giudice costituzionale si preoccupa di richiamarle espressamente tutte: la norma che disciplina i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione artificiale (art. 5), che consente di circoscrivere i potenziali destinatari delle tecniche c.d. "eterologhe" a cui continuerebbero a non avere

<sup>29</sup> Sotto questo profilo, si rinvia al documento pubblicato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, *World Association for Sexual Health (WAS 2008), Sexual Health for the Millennium. A Declaration and Technical Document*, 21 ss., reperibile al seguente link: [www.worldsexology.org](http://www.worldsexology.org).

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 7 del *cons. dir.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 49, in *Giur. cost.*, 2005, 394 ss.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11 del *cons. dir.*

accesso innanzitutto i *singles* e le coppie composte da persone dello stesso sesso; la norma che detta la regolamentazione in materia di consenso informato (art. 6); le norme che si preoccupano di disciplinare le conseguenze del ricorso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita in relazione allo *status* giuridico del nato da fecondazione di tipo eterologo, da un lato in relazione al rapporto familiare, vietando il disconoscimento di paternità e l'anonimato della madre (art. 9, commi 1 e 2), dall'altro introducendo la regola dell'anonimato del donatore<sup>34</sup> ricavabile proprio dalla lettera della legge, laddove stabilisce che: «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»<sup>35</sup> (art. 9, comma 3).

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte rileva la palese irrazionalità di una scelta legislativa diretta a vietare le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, da un lato, ma a disciplinare compiutamente le conseguenze dell'eventuale violazione della disposizione di legge, dall'altro. Con riferimento al divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito o compagno, che abbia in precedenza prestato il proprio consenso all'inseminazione della propria moglie o compagna, il legislatore non avrebbe, forse, potuto agire diversamente essendosi espressa sul punto proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 347 del 1998<sup>36</sup>, poi seguita dalla giurisprudenza di legittimità<sup>37</sup> e, più in generale, può affermarsi che tale irragionevolezza si lega strettamente alla *ratio* che attraversa l'intera disciplina, ossia la tutela dell'embrione, prima, e, in questo caso del minore, cui viene offerta protezione dalle conseguenze pregiudizievoli dell'eventuale ripensamento del padre "sociale".

In relazione alla regola dell'anonimato della madre, ossia alla tutela del suo diritto all'anonimato rispetto al diritto del minore di conoscere le proprie origini genetiche, il Giudice costituzionale, nel richiamare la disciplina dell'anonimato del donatore, riconosce che si tratta di un problema complesso rispetto al quale la Corte, in altri contesti, si è già occupata. La Corte richiama, infatti, la propria decisione n. 278 del 2013<sup>38</sup>, nella quale, con un'additiva di principio piuttosto complessa, è stata tempe-

<sup>34</sup> Approfondisce il tema in epoca precedente alla declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di P.M.A. di tipo eterologo, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatore/trici di gameti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 815 ss.

<sup>35</sup> In proposito, può essere opportuno puntualizzare che dal comunicato pubblicato sul sito della Corte costituzionale emerge come la sentenza abbia riguardato anche l'art. 9. Per come era stata posta la questione, però, si ricava che si tratta solo della caducazione del riferimento, nel testo dell'art. 9, al divieto di fecondazione eterologa. Nulla del contenuto normativo dell'art. 9 viene insomma a mutare per effetto della sentenza del giudice costituzionale. Lo stesso meccanismo di "adeguamento" è stato utilizzato dalla Corte per l'art. 12, comma 1, anch'esso indicato nel comunicato. La norma sanzionava penalmente la fecondazione eterologa, vietata dall'art. 4, comma 3. Essendo il divieto dell'art. 4, comma 3, stato dichiarato incostituzionale, la Corte ha eliminato l'art. 12, comma 1. Ne consegue che nessuna sanzione penale è più applicabile per «Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3» (art. 12, comma 1).

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 347 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 2632 ss.

<sup>37</sup> Il riferimento è a Cass. civ. sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, 1319.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 278 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, con nota di E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it). Più in particolare, in quella decisione, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, nella parte in cui non prevedeva «– attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il

rata la regola che, in materia di adozione, escludeva la possibilità di indagare sulla persistente volontà della madre biologica di non essere nominata, attraverso un ragionamento bilanciato tra il diritto del minore, che lo desidera, a conoscere le proprie origini e l'interesse della madre alla propria riservatezza. Questa decisione può essere ritenuta un seguito "interno" della pronuncia della Corte EDU, *Godelli c. Italia*<sup>39</sup>, in cui quest'ultima aveva rilevato come la mancata previsione, nell'ordinamento italiano, di meccanismi che rendessero modificabile la volontà di anonimato sull'identità del genitore e che, quindi, consentissero di verificare la permanenza di questa volontà si ponesse in contrasto con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>40</sup>.

Proseguendo oltre, un'altra norma degna di essere menzionata è costituita dalla previsione di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, che sanziona penalmente il reato di commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità.

In generale, e per fugare qualsiasi dubbio, la Corte costituzionale ha concluso nel senso che «le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità [...] sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte»<sup>41</sup>.

Quindi, non solo aspetti specifici, ma tutta la legge 40 deve applicarsi alla fecondazione di tipo eterologo, con questo dimostrando l'irragionevolezza totale del divieto assoluto.

Per maggiore chiarezza la Corte costituzionale prosegue oltre, precisando come, anche con riferimento ad alcuni aspetti specifici delle sole tecniche c.d. "eterologhe", la regolamentazione applicabile esiste già ed è desumibile dalla normativa vigente in tema di donazione di tessuti e cellule staminali. In simile prospettiva, il Giudice costituzionale ha, infatti, precisato che tale normativa è da conside-

---

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 dichiarazione».

<sup>39</sup> *Godelli c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 33783/09, 25 settembre 2012.

<sup>40</sup> Sul punto, pare interessante sottolineare come nella sua pronuncia sul caso *Godelli c. Italia*, la Corte EDU si fosse espressa positivamente in relazione al disegno di legge teso a modificare la legge n. 184 del 1983, nel senso di consentire al giudice di verificare l'attualità della volontà di restare anonima della madre, proprio perché espressione di un bilanciamento ragionevole fra le diverse posizioni giuridiche riconducibili alla madre e al figlio. Sotto questo profilo, infatti, la Corte EDU, ricostruendo la sua giurisprudenza precedente sul tema, osservava che: «la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi. [...] In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008 [...]. Nel caso di specie la Corte osserva che, se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto. In queste condizioni, la Corte EDU ritiene che l'Italia non abbia cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e abbia dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che le è stato accordato. Pertanto, vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione», *Godelli c. Italia*, cit., §§ 70-71-72.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 11.1 del *Cons. in Dir.*



rarsi pacificamente riferibile anche alla praticabilità delle tecniche c.d. “eterologhe”, «in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all’anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario»<sup>42</sup>. Lo stesso è a dirsi con riguardo alla controversa questione relativa al numero massimo di donazioni per donatore/trice.

Più in particolare, il riferimento è, dunque, ai decreti legislativi attuativi di direttive adottate in seno all’Unione Europea, ossia il D.lgs. n. 191 del 2007, *Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani* e il D.Lgs. n. 16 del 2010, *Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l’approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*<sup>43</sup>.

Con specifico riferimento a questi ultimi occorre osservare come essi contengano le regole e le procedure che disciplinano la donazione di organi, tessuti e cellule e che, pertanto, devono ritenersi applicabili anche con riferimento alla donazione che abbia ad oggetto le cellule riproduttive, ovvero i gameti.

Esaurito questo aspetto relativo alle argomentazioni in punto di insussistenza del c.d. vuoto normativo, la Corte costituzionale ha, poi, accertato, la violazione dell’art. 3 Cost., sotto il profilo dell’irragionevolezza del divieto, rilevando che «alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 ‘di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana’ (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute»<sup>44</sup>.

Da ultimo, il Giudice costituzionale si è soffermato sul profilo discriminatorio della violazione dell’art. 3, comma 1, Cost., in relazione alla disparità di trattamento fondata sulle capacità o possibilità economiche delle coppie.

A questo riguardo, la Corte costituzionale ha richiamato puntualmente il fenomeno del c.d. “turismo” o “esilio” procreativo, che ha visto, negli anni di vigenza del divieto assoluto di fecondazione medi-

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 12 del *Cons. in Dir.*

<sup>43</sup> Si veda fra gli altri l’art. 12, D.lgs. n. 191 del 2007, che detta i principi della donazione di tessuti e cellule, disponendo che la donazione di tessuti e cellule è volontaria e gratuita e che «Il Ministero della salute, le regioni e le province autonome, il CNT o il CNS, in collaborazione con le rispettive associazioni e federazioni dei donatori volontari adottano [...] tutte le misure necessarie per assicurare che le attività di promozione e pubblicità a favore della donazione di tessuti e cellule umani siano conformi agli orientamenti e alle disposizioni legislative vigenti». Inoltre l’art. 13, D.lgs. n. 191 del 2007, prevede che l’approvvigionamento di tessuti o cellule umani sia consentito solo se sono soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa sul consenso informato, sull’espressione di volontà o sull’autorizzazione alla donazione. Infine, gli artt. 14 e 15, D.lgs. n. 191 del 2007, disciplinano la protezione dei dati e la tutela della riservatezza, oltre che le procedure di selezione e valutazione dei donatori e l’approvvigionamento dei tessuti.

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, punto n. 13 del *Cons. in Dir.*

calmente assistita di tipo eterologo, innumerevoli coppie italiane recarsi all'estero allo scopo di sottoporsi ai trattamenti di procreazione artificiale vietati in Italia.

Da questo punto di vista, il Giudice costituzionale ha ravvisato un ulteriore elemento di irrazionalità della disciplina nella scelta del legislatore del 2004 di dettare una regolamentazione puntuale degli effetti conseguenti alla procreazione artificiale di tipo eterologo praticata all'estero, osservando come «[q]uesta realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»<sup>45</sup>.

L'insistenza sulla discriminazione economica e sulla ingiusta condizione dei cittadini meno abbienti introduce un elemento fondamentale anche per le istituzioni che dovranno vigilare sul modo in cui il ricorso a questa tecnica si svilupperà nel territorio nazionale, e, in particolare sulla necessità che anche le coppie meno abbienti possano accedervi. La decisione della Corte dà un compito fondamentale alle istituzioni, quello di consentire al massimo la fecondazione nei centri pubblici. Rispetto al tema sono aperti i problemi che riguardano la possibilità che la fecondazione assistita rientri nei LEA (livelli essenziali di assistenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett m) e che attengono al cd. Federalismo sanitario regionale che ha già creato forti differenze e vere e proprie discriminazioni fra cittadini appartenenti a regioni diverse.

In conclusione, la Corte è chiarissima nell'affermare i principi su cui si è fondata la sua decisione: «il divieto assoluto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo manca di un adeguato fondamento costituzionale e va annullato, in quanto lesivo “della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, [...] in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite»<sup>46</sup>.

### **5. La decisione costituzionale fra contesto europeo e realtà nazionale. Sull'omesso riferimento alla giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procreazione medicalmente assistita**

Uno dei profili che hanno forse destato maggiore sorpresa nella decisione della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo è stato il mancato riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., quale principio costituzionale che impone al legislatore nazionale di conformarsi agli obblighi che discendono dal diritto internazionale.

Sotto questo profilo, sebbene non uniformi siano state le soluzioni accolte dai giudici remittenti, stupisce che il Giudice costituzionale, dopo aver disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* se-

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> *Ibidem.*

condo un'impostazione che assegnava alla giurisprudenza della Corte EDU un ruolo di primo piano nell'esame nel merito della questione di costituzionalità sollevata, abbia optato, poi, per l'assorbimento dei profili relativi all'art. 117, comma 1, Cost., e, pertanto, per l'irrelevanza dei portati del sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali in un contesto in cui, viceversa, la Corte EDU si era di recente espressa proprio in riferimento alla legge italiana in materia di procreazione artificiale.

La Corte EDU, infatti, nel caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>47</sup>, ha condannato l'Italia, accertando che il divieto opposto dalla legge n. 40 del 2004 alle coppie fertili, ma portatrici sane di malattie a trasmissione genetica, di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale e della diagnosi genetica pre-impianto costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte EDU ha rilevato l'irragionevolezza e l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano che, da un lato, ammette l'interruzione volontaria di gravidanza in ipotesi in cui il feto risulti affetto da una grave patologia e, dall'altro, fa divieto alle coppie, che non soddisfano i requisiti oggetti di accesso alle tecniche di procreazione artificiale (art. 1 e 4, comma 1, l. n. 40 del 2004), ossia che non risultino né sterili o infertili, di fare ricorso alla diagnosi genetica pre-impianto, che consentirebbe di evitare l'eventuale e successivo aborto terapeutico in costanza di una grave malformazione del feto riscontrata in sede di diagnosi prenatale<sup>48</sup>.

Il rilievo che tale sentenza avrebbe potuto assumere nell'ambito del secondo giudizio di costituzionalità sul divieto di fecondazione c.d. "eterologa", poteva scorgersi nella circostanza per cui, per la prima volta, la Corte EDU si era pronunciata sulla legge italiana in materia di procreazione artificiale, condannandone l'impianto incoerente e sproporzionato. Nella decisione, infatti, La Corte EDU non si era limitata a valutare il tema oggetto del giudizio, ma aveva dato una valutazione generale e negativa della legge italiana, in contrasto con la prudenza in termini di margine di apprezzamento della sentenza della Grande Camera nel giudizio *S.H c. Austria*.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, la Corte EDU è persa ricalcare la soluzione accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009, laddove, come noto, il Giudice costituzionale ha ricondotto a ragionevolezza la legge n. 40 del 2004, bilanciando i diritti di pari copertura costituzionale facenti capo a tutti i soggetti coinvolti.

A fronte di questa pronuncia, il Governo italiano aveva presentato apposita richiesta di deferimento dinanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è stata, però, rigettata, rendendo definitiva la condanna della Corte EDU nei confronti dello Stato italiano.

Sebbene tuttora pendente dinanzi alla Corte EDU e, quindi, ininfluenza ai fini del sindacato dal Giudice costituzionale sulla compatibilità del divieto assoluto della fecondazione c.d. "eterologa" con i principi convenzionali, si ritiene, tuttavia, opportuno dare conto del caso oggetto del prossimo pronunciamento del Giudice europeo sulla legge n. 40 del 2004.

<sup>47</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, [Decima Sezione], n. 54270/10, 28 agosto 2012. A commento della sentenza, si veda C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>48</sup> *Costa e Pavan c. Italia*, cit., § 64, «Occorre constatare che l'ordinamento giuridico italiano in materia è incoerente. Invero, da una parte, vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti da malattia di cui siano portatori i richiedenti; dall'altra parte, li autorizza ad abortire in ipotesi di feto affetto dalla medesima patologia».

Ci si riferisce al caso *Parrillo c. Italia*<sup>49</sup>, che investe un profilo ancora diverso della legge n. 40 del 2004, ossia la disciplina dettata dalla normativa italiana in materia di libertà di ricerca scientifica e sperimentale sugli embrioni umani (art. 13).

Sebbene, come anticipato, l'esito di tale giudizio non abbia potuto dispiegare effetti nell'ambito del giudizio di costituzionalità conclusosi con la pronuncia n. 162 del 2014, pare, tuttavia interessante ricordare che la Corte costituzionale italiana, dinanzi alla quale pende una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto le disposizioni di cui all'art. 13, l. n. 40 del 2004, ha disposto il rinvio della data dell'udienza pubblica, originariamente fissata per l'8 aprile 2014<sup>50</sup>, allo scopo di attendere la pronuncia della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*.

Si tratta di soluzione che, sebbene si ponga in linea con l'impostazione dell'ordinanza n. 150 del 2012 ed, anzi, parrebbe proprio rivolta a scongiurare il ripetersi di un caso analogo a tale controverso precedente, sotto altro versante confligge con l'indifferenza mostrata dal Giudice costituzionale nei confronti del livello sovranazionale di tutela dei diritti, testimoniata dall'assorbimento del parametro relativo all'art. 117, comma primo, Cost.

Vero è che nella decisione, pur ritenendo assorbito il profilo formale del 117, comma 1, Cost., la Corte espone in modo chiaro il tema anche sotto il profilo del diritto internazionale ed europeo. E credo che sia vantaggioso che la Corte abbia chiarito fino in fondo che il divieto assoluto di cui all'art. 4, comma 3 Cost., è totalmente privo di fondamento costituzionale innanzitutto per i nostri principi costituzionali, senza quindi avere necessità di ulteriori appigli nelle decisioni europee.

In parole più semplici, e come si è già osservato in altri casi, il richiamo allo spazio europeo dei diritti fondamentali è sicuramente importante, ma non offre sicure risposte<sup>51</sup>.

## 6. Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia?<sup>52</sup>

In conclusione, possiamo interrogarci sul futuro della fecondazione assistita in Italia. All'indomani della decisione, infatti, molti sono stati i problemi che si sono agitati e, come era successo anche in occasione della sent. n. 151 del 2009, vi sono state e continuano ad esserci tante voci che non solo contestano la legittimità di un intervento risolutivo del giudice costituzionale sul tema, ma mettono in dubbio l'immediata applicabilità della disciplina positiva, al fine di cominciare a ricorrere alla tecnica anche nel nostro Paese.

A questo riguardo, c'è chi ha ragionato della necessità di una nuova legge; chi ha ritenuto che fino a quando non interverranno i decreti ministeriali o nuove linee guida i centri devono attendere, e con

<sup>49</sup> *Parrillo c. Italia*, n. 46470/11.

<sup>50</sup> Trib. Firenze, ordinanza di rimessione, n. 166 del 2013.

<sup>51</sup> Sotto questo profilo, può richiamarsi, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha riguardato l'esposizione del crocifisso all'interno delle aule scolastiche italiane, portata dinanzi alla Corte EDU e fatta oggetto di due pronunce tra di loro contrastanti, con la definitiva assenza di violazione delle norme convenzionali riscontrata dalla Grande Camera della Corte EDU. Il riferimento è al caso, *Lautsi c. Italia*, [Grande Camera], n. 30814/06.

<sup>52</sup> Il tema è stato approfondito nell'ambito del Convegno *Quale futuro per la fecondazione assistita in Italia dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale*, svoltosi a Roma, in data 17 luglio 2014, i cui atti sono in corso di pubblicazione nella Rivista di Bioetica.

essi tutte le coppie che aspettano finalmente di poter sperare; chi, ancora ha sostenuto che vi siano anche normative europee già recepite da rendere applicabili a tutti gli effetti.

L'opzione inizialmente avallata dal Governo e, più in particolare, dal ministro della salute, Beatrice Lorenzin, era stata l'adozione di un decreto legge volto a regolamentare quegli aspetti ritenuti non coperti dalla pronuncia del Giudice costituzionale.

Nonostante le perplessità sull'uso dello strumento normativo primario, dal momento che alla luce della decisione costituzionale sarebbe stato sufficiente un decreto del Ministro della salute per regolamentare gli aspetti organizzativi utili e l'aggiornamento delle linee-guida, per stabilire, tra l'altro il numero massimo delle donazioni, come suggerito nella stessa decisione costituzionale, l'impostazione del decreto stesso e il suo contenuto erano da valutarsi molto positivamente.

Condivisibile la priorità data alla tutela della salute e alla sicurezza di tutta la pratica medica, attraverso sistemi di tracciabilità europei, la creazione di percorsi di informazione e consenso informato e le garanzie di anonimato, di gratuità e di volontarietà delle donazioni. È importante al riguardo il riferimento al c.d. "egg-sharing" ossia alla possibilità di donare da parte della donna che accede alla fecondazione omologa, una parte degli ovociti "sovranummerari".

Rispetto alle polemiche in merito alla conoscenza del nato sulle proprie origini, risultava accolta la tesi sulla necessità di non stabilire diritti e obblighi al riguardo e, al contrario, veniva previsto l'accesso alle sole informazioni sanitarie laddove sussistessero gravi e comprovati motivi attinenti alla salute dell'embrione formato o del nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, attestati da un medico responsabile di una struttura ospedaliera pubblica.

Allo stesso modo, appariva saggio e ragionevole non aver inserito un obbligo vero e proprio a carico dei genitori del nato circa l'informazione a quest'ultimo sulle modalità della nascita. Su tale questione debba rimanere assolutamente *la libertà e l'autonomia della coppia a decidere su cosa, come e quando dire*, atteso che si tratta di una problematica che ha un impatto rilevante sulla esistenza propria e del nato. E ciò anche in considerazione della conformità con principi costituzionali come quello di autodeterminazione e di rispetto della vita privata e familiare richiamati dalla stessa pronuncia della Corte Costituzionale.

Soprattutto, nel decreto risultava centrale il riferimento all'introduzione nei *Livelli essenziali di Assistenza* (c.d. LEA) della fecondazione eterologa, ottemperando a uno dei rilievi principale della decisione costituzionale, quello della irragionevole discriminazione economica<sup>53</sup>.

L'approvazione del decreto legge è stata, tuttavia, bloccata in seno al Consiglio dei Ministri, che ha preferito rimettere ogni scelta in punto di regolamentazione della materia al Parlamento nazionale.

Si tratta di soluzione che solleva più di una perplessità a fronte di una decisione costituzionale chiarissima nell'escludere la sussistenza di un vuoto normativo in materia, come ha di recente ribadito anche il Presidente della Corte costituzionale ed estensore della decisione, Giuseppe Tesaro<sup>54</sup>, che viceversa avrebbe comportato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata.

<sup>53</sup> Il testo è tratto dall'audizione del Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin, presso la XII Commissione, Camera dei Deputati, 29 luglio 2014.

<sup>54</sup> Per la versione integrale dell'intervista rilasciata dal Presidente della Corte costituzionale, Giuseppe Tesaro, al quotidiano «Il Messaggero» in data 10 agosto 2014, si rinvia al link: [http://m.ilmessaggero.it/LANCIO\\_NOTTE/tesaro\\_nessun\\_vuoto\\_normativo\\_italia\\_eterologa/notizie/840280.shtml](http://m.ilmessaggero.it/LANCIO_NOTTE/tesaro_nessun_vuoto_normativo_italia_eterologa/notizie/840280.shtml) (ultima consultazione 20/10/2014).

Ancora, il ritiro del decreto legge mette a rischio la praticabilità delle tecniche c.d. eterologhe nei centri pubblici, subordinando, ancora una volta, l'esercizio di un diritto costituzionale, le giuste esigenze della procreazione, alle capacità economiche delle coppie in palese violazione del principio di eguaglianza.

Se, inoltre, il punto debole del decreto-legge era proprio lo strumento, dal momento che si sarebbe corso il rischio, una volta portata la materia in Parlamento, che il dibattito non ruotasse in ordine alle norme necessarie per rendere praticabili le tecniche "eterologhe", quanto piuttosto su questioni di principio di segno opposto, delegare allo stesso Parlamento tutta la questione appare sicuramente rischioso e fuorviante.

Infatti la situazione a cui assistiamo ora è che, da un lato, sulla base della decisione costituzionale i centri privati, alla luce anche delle prime pronunce giurisprudenziali in materia<sup>55</sup>, non solo potrebbero, ma dovrebbero intervenire; dall'altro, la Regione Toscana, in attesa delle norme di carattere nazionale, ha adottato linee-guida che consentono ai propri centri pubblici e privati di effettuare l'eterologa<sup>56</sup>; con ciò scatenando un dibattito a livello regionale sulla necessità e sull'opportunità dell'adozione di linee-guida regionali e, in generale, sulla possibilità che il diritto all'eterologa sia garantito in una sola Regione. Tutto ciò in attesa di un provvedimento del Governo che, nelle more delle decisioni parlamentari, faccia chiarezza sui punti controversi per consentire un avvio della pratica in modo uniforme.

Le reazioni seguite alla sentenza mi inducono ad alcune considerazioni conclusive, di carattere generale.

Possiamo sicuramente affermare che la legge n. 40/2004 abbia cambiato completamente volto dopo gli interventi della Corte costituzionale che l'ha ricondotta nell'alveo dei principi costituzionali e soprattutto della ragionevolezza.

Non è più una legge ideologica che si illude di imporre valori astratti ai cittadini incidendo sui loro diritti, fatta di irragionevoli divieti, ma è una legge laica, che bilancia valori, che riconosce la giusta esigenza della procreazione come diritto incoercibile delle persone, e che, soprattutto, pone come principi fondanti quelli di autonomia e di responsabilità delle coppie e del medico.

La legge 40, oggi, attraverso le pronunce della Consulta, ritiene i propri cittadini quelle "persone" a cui la costituzione ha dato dignità e fiducia nella capacità di scelta; è una legge che non demonizza la scienza e gli scienziati, ma li responsabilizza.

La Corte però, nel ribadire non soltanto in astratto l'assenza di vuoto normativo, ma ripercorrendo nei dettagli la disciplina oggi applicabile, sottolineando che l'unico problema da risolvere con linee guida sarebbe eventualmente il numero delle donazioni (aspetto che, ribadisco, non può giustificare il rinvio dell'applicazione della decisione), ci consegna un quadro normativo che non consente, ma impone, per essere rispettosi dei principi fondamentali della Costituzione, di iniziare immediatamente a garantire alle coppie la possibilità di avere accesso alle tecniche in Italia, senza ulteriori indugi.

<sup>55</sup> Cfr. la recentissima decisione del Tribunale di Bologna, 14 agosto 2014 (il testo può leggersi in [www.voxdiritti.it](http://www.voxdiritti.it)), la quale, risolvendo un giudizio nato anteriormente alla decisione n. 162 del 2014, non solo ribadisce il diritto ad accedere alla fecondazione eterologa da parte della coppia ricorrente, ma afferma che, alla luce della sentenza della Corte, nella quale è chiarito come non vi sia alcun vuoto normativo, quel diritto è esigibile immediatamente nei confronti del centro (privato) alla quale la coppia si era rivolta.

<sup>56</sup> L'atto di indirizzo della Regione può trovarsi sul sito ufficiale della Regione Toscana.

E tuttavia, io ritengo che, in un periodo non troppo lungo e una volta risolti i problemi pratici dell'avvio della tecnica "eterologa", sarebbe opportuno l'adozione di un nuovo testo legislativo, che riscriva quello vecchio alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale, eventualmente risolvendo alcuni problemi che sono ancora aperti.

Le indicazioni non sono soltanto sui valori costituzionali in gioco, e in primis sui principi di autonomia e di responsabilità, ma anche sulla tecnica legislativa, e i problemi aperti potrebbero riguardare il divieto assoluto della ricerca scientifica sugli embrioni, anche su quelli abbandonati e che le coppie vorrebbero donare a questo scopo; la possibilità di accesso per le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche o sessualmente trasmissibili; la possibilità di accesso per le persone che oggi non lo possono fare, e cioè le coppie omosessuali o i *single*.

Un nuovo testo sarebbe importante anche perché il pericolo dell'errore, della disinformazione è enorme: basti pensare che ancor oggi circolano versioni della legge anteriori alla decisione costituzionale del 2009 e che quelle versioni sono ancora ritenute applicabili da alcuni centri.

Infine è stata proprio la Corte costituzionale, in apertura di questa bellissima decisione, a ricordarci che si tratta di questioni complesse, eticamente sensibili, che spetta in primo luogo al legislatore risolvere, tracciando però i confini costituzionali di qualsiasi intervento anche per il futuro: i confini che, al di là degli specifici parametri, si fondano sui due valori su cui si poggia la nostra Carta costituzionale: l'autonomia e la responsabilità delle persone.

*The Station Law no. 40/2004*





## Quando il *desiderio* di avere un figlio diventa un *diritto*: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità

Ilaria Rivera\*

WHEN THE *DESIRE* TO HAVE A CHILD BECOMES A *RIGHT*: THE CASE OF THE ITALIAN LAW NO. 40/2004 AND ITS (RECENT) UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The essay aims at exploring the social, cultural context and the political debate related to the Italian law on medically assisted reproduction (no. 40/2004); it is also offered a framework of the many “judicial misfortunes” that have progressively eroded the crucial points of the legislation. The prohibition of gametes’ donation (art. 4, c.3), recently repealed by the Constitutional Court (judg. no. 162/2014), will be carefully considered, dealing with the scenarios that this repeal opens. This paper will analyse the core of the reasons which led to introduce such a ban, trying to compose its outcomes with the reasons that have advocated its repeal; moreover, it will be highlighted that, despite the “warning” of the Court on the risk of a regulatory vacuum as a result of this verdict, the lifting of the ban involves some legal difficulties in application of the new legal framework. On the other hand, a particularly complex profile consists in the moral implications of the issue, which have accompanied the path of the law no. 40 since its genesis, causing its ideological and practical contradictions.

KEYWORDS: gametes’ donation; Italian Constitutional Court; medically assisted reproduction; right to have a child; protection of embryos.

SOMMARIO: 1. Tra diritti e desideri. Un’introduzione al tema – 2. La procreazione medicalmente assistita tra previsioni normative e imprecisioni applicative – 3. La tutela dell’embrione e la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 – 4. Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio del giudice europeo. La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo *S.H. e altri c. Austria* e le sue ricadute nazionali – 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e le ragioni dell’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa – 6. I problemi di una normativa “etica” – 7. Possibili scenari a seguito della sentenza n. 162 del 2014 – 8. Qualche osservazione (non) conclusiva.

### 1. Tra diritti e desideri. Un’introduzione al tema

**T**utti ricorderanno una melodia che ha accompagnato la nostra infanzia, che suonava un po’ così: «I sogni son desideri di felicità...». Il richiamo è tanto povero dal punto di vista scientifico, quanto efficace dal punto di vista pratico. Parafrasando, infatti, i versi citati, è possibi-

\* *Dottoranda in Diritto penale, Giustizia penale e internazionale nell’Università degli Studi di Pavia.*

le delineare un concetto di *felicità* inteso come appagamento dei bisogni e dei desideri che stimolano l'animo umano e ne orientano le scelte verso il raggiungimento di tali scopi.

Una simile chiave di lettura va confrontata con le recenti vicende giurisdizionali che hanno condotto alla dichiarazione d'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004, ed un esito distorto di questa operazione potrebbe essere quello di ridurre il riconoscimento dei diritti al pari di una mera soddisfazione di queste "esigenze di felicità", più o meno pregnanti, la cui rilevanza sia suffragata almeno dal comune sentire sociale ed avallata dalle moderne scoperte tecnologiche.

È chiaro che tale esito rischia di destrutturare l'interno impianto ordinamentale statale, che poggia sulla certezza del diritto e sulla prevedibilità delle conseguenze giuridiche – situazioni che evidentemente non potrebbero essere garantite se i diritti fossero trattati al pari delle "esigenze di felicità" da cui si è partiti. La collocazione dei diritti, infatti, in una dimensione avulsa dalla precomprensione politica nelle aule parlamentari e destinata a fondarsi quindi sull'esclusiva facoltà del giudice di rilevarne la legittimità o meno caso per caso, comporta conseguenze piuttosto problematiche non solo sotto un profilo meramente classificatorio, dato il rischio di moltiplicazione dei diritti tutelabili, ma anche – e soprattutto – sotto un profilo di effettività della garanzia. Si porrebbe, infatti, il problema di individuare la sede più opportuna non tanto a produrre questi diritti, quanto soprattutto a salvarli.

## 2. La procreazione medicalmente assistita tra previsioni normative e imprecisioni applicative

Tralasciando per un attimo queste brevi considerazioni sui rapporti che si innestano tra politica, giurisdizione e diritti, cui si tenterà di fornire una risposta al termine del presente elaborato, occorre fare un passo indietro ed evidenziare sommariamente il contesto socio-politico, che ha portato all'approvazione della tanto criticata legge n. 40 del 2004. In particolare, prima dell'entrata in vigore di tale legge, la fecondazione eterologa era abitualmente praticata in taluni centri specializzati, nel rispetto delle circolari del Ministro della sanità del 1 marzo 1985, che vietava il ricorso all'eterologa nelle strutture del Servizio sanitario nazionale, del 27 aprile 1987, che disciplinava i protocolli da seguire e gli schedari delle coppie che facevano ricorso a tali pratiche, e del 10 aprile 1992, che prevedeva le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale, nonché dell'ordinanza del Ministero della salute del 5 marzo 1997, in tema di «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», che – come si desume dalla stessa rubrica – vietava la commercializzazione e «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro o in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico».

In tale prospettiva, la necessità di un intervento legislativo<sup>1</sup> che disciplinasse puntualmente tutti gli aspetti relativi alla procreazione medicalmente assistita (PMA), non solo quella eterologa, ma anche

<sup>1</sup> Sottolinea la rilevanza e la delicatezza dei diversi interessi costituzionalmente coinvolti lo stesso giudice delle leggi, nell'ord. n. 347 del 1998, in cui, nel dichiarare l'inammissibilità della q.l.c. dell'art. 235 c.c. concernente l'azione di disconoscimento della paternità in caso di inseminazione eterologa, sottolinea che «preminenti in

quella omologa, derivava dalla sussistenza di forti divergenze<sup>2</sup> in ordine alla liceità di tali pratiche, ulteriormente esacerbate dal fatto di innestarsi su una materia “eticamente sensibile”. Una riprova del carattere fortemente controverso di una siffatta normativa era dato, infatti, dal giudizio negativo che attraversava larga parte del Parlamento e che animava anche gli esponenti della comunità cattolica. Ciò nonostante, la scelta del legislatore di mettere nero su bianco la previsione di limiti alla ricorribilità alle pratiche di PMA derivava anche dalla crescente sedimentazione di una comune sensibilità in sede europea sul tema e sull’opportunità di allinearsi agli altri Paesi al fine di dare un assetto più stabile all’intera disciplina.

D’altra parte, ciò che ne è derivato è una normativa fortemente contraddittoria, ricca di criticità – la maggior parte delle quali caduta in sede giurisdizionale (nazionale ed europea) – evidenziate dalla stessa Corte costituzionale in sede di ammissibilità del *referendum* abrogativo<sup>3</sup>, e, tuttavia, ritenute, superabili, in quanto poste a fondamento di una legge “costituzionalmente necessaria”, ossia della prima legge in grado di fornire una regolamentazione organica di tutta la materia concernente la PMA.

---

proposito sono le garanzie per il nuovo nato (v. le sentenze n. 10 del 1998; n. 303 del 1996; n. 148 del 1992; nn. 27 e 429 del 1991; e nn. 44 e 341 del 1990), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all’art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare», evidenziando, altresì, la peculiare posizione in cui verrebbe a trovarsi il giudice, nella situazione di carenza legislativa, antecedente all’approvazione della suddetta legge n. 40 del 2004, il quale dovrebbe, a questo punto, farsi carico di «ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

<sup>2</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La fecondazione assistita tra prassi medica e svolte giurisprudenziali*, in *Corr. mer.*, 2009, 7. Per una ricostruzione dei primi commenti alla legge n. 40, si vedano, tra gli altri, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d’impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Torino, 2005; F. VARI, *Concepito e procreazione medicalmente assistita*, Bari, 2008; A. LOIODICE, *Linee guida ministeriali sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 254 ss.; R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, VII, Milano, 2006, 249 ss.; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2005, 2, 361 ss.; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione medicalmente assistita: forti orientamenti, linee di tendenza: Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004; M.R. MORELLI, *I valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 237 ss.

<sup>3</sup> La Corte costituzionale, con sentenza n. 45 del 2005, dichiarò inammissibile il *referendum* abrogativo avente ad oggetto l’intera legge n. 40, in quanto ritenuta legge “costituzionalmente necessaria”; d’altra parte, dichiarò ammissibili, con le sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005, i quesiti referendari aventi ad oggetti singole disposizioni della normativa. Tuttavia, tali *referendum* furono dichiarati invalidi per mancato raggiungimento del *quorum*. Sul punto, si veda, M. ANIS, *I referendum sulla procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2005; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l’inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 2, 382; A. RUGGERI, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota “a prima lettura” di Corte Cost. n. 45-49 del 2005)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (senza data).

A questo proposito, occorre precisare che la legge sulla procreazione medicalmente assistita consente ai soggetti che siano titolari dei requisiti di cui all'art. 5 di tale legge («coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi») di fare ricorso alle tecniche di PMA «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4, comma 1). In sostanza, la legge consente a tali soggetti – ad esclusione, quindi, delle coppie omosessuali, dei *single*, dei soggetti che vogliono far ricorso alla maternità surrogata<sup>4</sup> o alla fecondazione *post mortem* – di richiedere la fecondazione di tipo omologo (con il prelievo di ovuli e di sperma provenienti dalla coppia stessa), vietando, al contrario, l'utilizzo di materiale genetico esterno alla coppia (fecondazione eterologa), sia che si tratti di liquido seminale esterno sia che si tratti di ovocita esterno. Ciò, tuttavia, rischia di porsi in contrasto proprio con il dichiarato fine della legge, che è quello di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana...» (art. 1). Invero, vietando la fecondazione eterologa, la legge sembra discriminare<sup>5</sup> proprio quei soggetti che più hanno bisogno di ricorrere alla PMA in quanto portatori di patologie che ne cagionano l'infertilità o la sterilità assoluta e irreversibile.

In realtà, guardando tra le pieghe della normativa in esame, quello che emerge è il carattere residuale della PMA di tipo omologo (fecondazione *in vitro* - FIVET) rispetto alle altre cure terapeutiche volte a favorire la fecondazione e la generazione. Vi potrebbero, quindi, far ricorso solo le coppie le cui patologie possono essere «curate», in prima battuta, con protocolli terapeutici più blandi (ad esempio, il monitoraggio dell'ovulazione, la stimolazione dell'ovulazione ovvero l'inseminazione intrauterina semplice) e, ove questi risultino fallimentari, attraverso la procedura di fecondazione *in vitro*, certamente più complessa ed invasiva. Tale considerazione è tutt'altro che banale, in quanto conduce ad affermare la consequenziale esclusione della PMA per le coppie le cui patologie non possano essere curate con altre terapie mediche<sup>6</sup> (infertilità o sterilità assolute o irreversibili), per le quali l'unica soluzione consisterebbe nella partecipazione, nel momento generativo, di un soggetto terzo per la *donazione* di materiale genetico proprio.

Non sono mancati, infatti, in dottrina coloro i quali hanno messo in rilievo come la differenza fondamentale tra le coppie che accedono alla fecondazione omologa e quelle che vorrebbero accedere all'eterologa riposi sullo stato della malattia invalidante, la cui maggiore gravità non potrebbe essere

<sup>4</sup> Per un approfondimento su tale pratica e sulla sua (il)liceità, cfr., tra i tanti, M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 487; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; C. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo, meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, 4-5, 777 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 813 ss.; S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (2 luglio 2010).

<sup>6</sup> Nel senso che tali patologie non avrebbero alcuna cura, da intendersi quale protocollo medico volto a ripristinare le funzionalità dell'organo malato, non potendo essere configurata come tale la fecondazione eterologa, vedi M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, XXIV, 2004, 5.

in alcun modo sanata<sup>7</sup> se non attraverso una finzione riproduttiva, nella quale alla coppia si affiancherebbero altri soggetti. La finalità della fecondazione omologa sarebbe, quindi, quella di rimuovere una causa impeditiva della procreazione, facendo sempre ricorso al materiale genetico interno alla coppia, e proprio tale finalità definirebbe i confini della sua legittimità<sup>8</sup>; al contrario, invece, il fine della fecondazione eterologa sarebbe quello di eludere un problema riproduttivo interno alla coppia, coinvolgendo un soggetto terzo che contribuisca al soddisfacimento del desiderio di avere un figlio. Desiderio, questo, che altrimenti non riuscirebbe in alcun modo ad essere appagato – se non, ad esempio, con l'adozione – e che lascia non poche perplessità in ordine alla sua pretesa fondamentale<sup>9</sup>.

Peraltro, a tal proposito, occorre rammentare che proprio l'istituto dell'adozione assume un ruolo fondamentale nell'articolato della legge n. 40 del 2004. Infatti, ai sensi dell'art. 6 di tale legge, che disciplina le modalità del consenso della coppia alle procedure di fecondazione medicalmente assistita – ai tempi della formulazione della normativa, solo di quella omologa –, il medico curante ha l'obbligo di prospettare alla coppia la possibilità di richiedere l'adozione o l'affidamento di cui alla legge n. 183 del 1984 come *alternativa* alla procreazione artificiale. Ma l'equiparazione tra le tecniche di procreazione artificiale e l'adozione mal si concilia con la finalità dell'adozione, che, come è nota, è quella di trovare un ambiente familiare idoneo al benessere minore. D'altra parte, la lettera dell'art. 6 sembra quasi suggerire che la procreazione artificiale di cui legge n. 40 del 2004 abbia un fine diverso da quello noto di trovare una soluzione alle ipotesi di sterilità o infertilità, laddove non si siano rinvenibili altre pratiche mediche efficaci: posta la prospettazione dell'*alternatività* con l'adozione, pare quasi che lo scopo dia quello di garantire, con qualsiasi mezzo, un figlio alla coppia che lo desidera.

<sup>7</sup> A conforto dell'affermazione per cui la fecondazione eterologa non potrebbe essere qualificata come "terapia" dell'infertilità o della sterilità irreversibile della coppia, cfr. F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119, la quale evidenzia che «Un parametro invece in grado di tracciare in maniera più corretta il confine del «terapeutico» è quello che individua come curativi solo gli interventi che tendono a ripristinare il funzionamento dell'organo ammalato. Tale ripristino può, allora, avvenire con un'operazione sia ripartiva, sia sostitutiva [...] in questo modo, tanto la dialisi, quanto le protesi e la fecondazione artificiale omologa, che operano una sostituzione che consente all'organo su cui è realizzato l'intervento di tornare a svolgere la sua funzione specifica, sono senz'altro terapeutiche. Al contrario, le pratiche di fecondazione artificiale eterologa non rientrerebbero in questa classificazione [...] il prelievo del seme e/o dell'ovulo e la loro introduzione nell'utero realizzano chiaramente un'ipotesi di intervento che non dispiega affatto le sue finalità "benefiche" verso l'individuo su cui è compiuto».

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa e sulla qualificazione di terapia medica, si veda A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 52 ss. Sul punto, interessante è la classificazione offerta da M.M. FRACANZANI, *Osservazioni in margine alla procreazione medicalmente assistita*, in F. VARI, *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 38, che denomina *semisterile* la coppia che abbisogna di materiale genetico altrui ed *infecunda* la coppia che necessita solo dell'aiuto medico e che utilizza materiale genetico proprio.

<sup>9</sup> Al tal proposito, si fa rinvio a Corte cost., sentenza n. 332 del 2000, in cui la Corte afferma, con riguardo alla normativa che prevedeva come requisito per accedere alla Guardia di finanza militare il fatto di non avere figli, che «un siffatto divieto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata».

In realtà, proprio il richiamo all'adozione, all'art. 6, consente un'ulteriore riflessione. Se, ad una prima lettura, l'onere posto in capo al personale medico sembra sbilanciare la disciplina verso l'interesse della coppia a soddisfare le proprie scelte procreative – come appena accennato –, è pur vero che la disposizione va letta in combinato disposto proprio con quel divieto (censurato dalla Corte) di fecondazione eterologa. Da questa lettura sinottica, si ricava che il ricorso alle pratiche di PMA è consentito, stando alla lettera della legge, *nella misura in cui* non è possibile intervenire *con altro opportuno protocollo terapeutico*, il tutto dopo un'attenta valutazione, con il supporto del personale medico, «in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa» – proprio in ragione del fisiologico portato di invasività psico-fisica della pratica scientifica *de qua*. E quest'attenta valutazione – che è valutazione di quel carattere residuale cui si accennava sopra – dovrebbe forse riguardare anche l'opportunità di un'adozione.

Emerge così che la differenza tra i due tipi di fecondazione non sussiste solo sotto un profilo prettamente patogenetico, ma anche sotto un profilo “teleologico” – come dimostra proprio l'opportunità di procedere all'adozione. Nel caso di fecondazione omologa, infatti, l'adozione pare costituire l'*alternativa* ove la coppia dovesse ritenere che la sottoposizione alla PMA possa essere rischiosa o, semplicemente, emotivamente stressante; al contrario, nel caso di fecondazione eterologa – nella vigenza del suo divieto – il ricorso all'adozione avrebbe rappresentato l'*unica alternativa possibile* per perseguire il desiderio di genitorialità, salva la scelta di recarsi all'estero per eludere il divieto in parola.

### 3. La tutela dell'embrione e la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009

Sin dal primo momento, la legge n. 40 del 2004 ha mostrato tutta la sua fragilità e l'evidente sbilanciamento verso la tutela dell'embrione<sup>10</sup> (*rectius*, del concepito<sup>11</sup>) – a discapito di quella degli altri soggetti coinvolti – che, come messo in evidenza dallo stesso giudice delle leggi nella nota sentenza n. 27 del 1975 (che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p., che puniva penalmente l'aborto), «persona ancora non è»<sup>12</sup>. Sbilanciamento che non ha mancato di essere sanzionato a più riprese dal giudice nazionale e da quello europeo in considerazione del preminente ruolo assunto dalla donna, il cui corpo non può ridursi a involucro diretto alla procreazione. In particolare, si inseri-

<sup>10</sup> A tal proposito, è significativo il rimando alla sentenza della Corte di giustizia (Corte giust., Grande Camera, C-34/10, 18 ottobre 2011, *Brüstle c. Greenpeace*), che, nel negare la brevettabilità di invenzioni che comportino la distruzione di embrioni umani, chiarisce che «il contesto e lo scopo della Direttiva [cfr. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche] rivelano che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato».

<sup>11</sup> Cfr. F. VARI, *Concepito e procreazione medicalmente assistita*, cit., 127. Per un approfondimento sulla posizione del concepito nell'ordinamento nazionale ed internazionale, v., tra gli altri, A. LOIODICE, *Diritto costituzionale (concepito e)* (voce), in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienze giuridiche*, IV, Napoli, 2012, 477 ss.

<sup>12</sup> È interessante il confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza *Vo. c. Francia* (ric. n. 53924/00) dell'8 luglio 2004, afferma espressamente che il «non nato» sia da considerare inequivocabilmente come «persona». In dottrina, P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009 pone in evidenza l'«incompletezza» della soggettività dell'embrione.

sce nel solco di un tale orientamento la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009<sup>13</sup>, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 nella parte in cui limitava il numero degli embrioni producibili a quanto strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore ad un numero di tre (comma 2) e nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere realizzato senza pregiudizio della salute della donna (comma 3), in violazione degli artt. 3 e 32 Cost<sup>14</sup>. In questo modo, la Corte sanzionava tali norme *in difetto* e *in eccesso*: *in difetto*, perché sarebbe potuto risultare necessario, al fine di assicurare l'alta probabilità di riuscita dell'intera procedura, produrre un numero superiore a tre embrioni, in considerazione del fatto che alcuni di essi sarebbero potuti andare perduti, aprendo così, di fatto, la strada anche alle indagini diagnostiche genetiche, che necessitano della produzione di un numero considerevole di embrioni; in secondo luogo, *in eccesso*, perché l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni prodotti avrebbe potuto dar luogo a gravidanze plurime, il cui grado di fallimentarità sarebbe potuto dipendere anche dalle caratteristiche fisiche, nonché dallo stress psichico, della donna che si sottopone alla PMA.

Ebbene, entrambe le valutazioni offerte dalla Corte sono volte a sottolineare la necessità di contemperare l'esigenza di tutelare l'embrione «[...] con la tutela delle esigenze di procreazione», a conferma della tutela *non assoluta* del concepito. Proprio in considerazione della molteplicità dei fattori che possono, quindi, condizionare la riuscita della pratica del "figlio in braccio", la Consulta, in un passaggio essenziale della pronuncia del 2009, sottolinea che, di norma, non è il legislatore a poter stabilire specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Infatti, poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche che sono in continua evoluzione, «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (*cons. dir.* 6.1). Con tale percorso argomentativo, la Corte restituisce al ruolo del medico l'autorevolezza nelle scelte terapeutiche più opportune che gli è propria<sup>15</sup>, e che, per il tramite della legge sulla procreazione medicalmente assistita, aveva subito una considerevole riduzione in merito alla possibilità di operare valutazioni discrezionali, anche con riguardo alle modalità operative circa i cicli di stimolazione ovarica e di impianto degli embrioni.

<sup>13</sup> Cfr. ordinanze di rimessione TAR Lazio, sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, Trib. Firenze, 26 agosto 2008, Trib. Firenze, 15 luglio 2008. Per un commento, si vedano C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"?*, in *Dir. fam.*, 2009; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009; M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale tra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze, 2011, 133-138.

<sup>14</sup> La Corte costituzionale chiarisce la portata di tale pronuncia nella successiva ordinanza n. 97 del 2010, con cui dichiara inammissibili le medesime questioni sollevate, questa volta, dal Tribunale di Milano (ordd. 6 marzo 2010 e 10 marzo 2010).

<sup>15</sup> L'affermazione della Corte sembra riecheggiare, infatti, il dettato dell'art. 12 del codice di deontologia medica, ai sensi del quale «al medico è riconosciuta piena autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico [...]». In tal senso, anche Corte cost., sentenze nn. 8 del 2011, la sopra citata 151 del 2009 e 282 del 2002.

#### 4. Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio del giudice europeo. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *S.H. e altri c. Austria* e le sue ricadute nazionali

Occorre attendere, però, l'intervento della Corte di Strasburgo per vedere per la prima volta espressamente il divieto di fecondazione eterologa *sub iudice*. Lungi dal ripercorrere tutte le tappe, sebbene rilevanti, della vicenda che hanno condotto alla pronuncia europea, ci si limita qui a richiamarne i tratti essenziali che hanno influenzato, come si vedrà, anche i nostri giudici. Si fa riferimento alla sentenza *S.H. e altri c. Austria*<sup>16</sup> (ric. n. 57813/00) del 1 aprile 2010, con la quale il giudice europeo ha dichiarato la violazione da parte della legge austriaca sulla fecondazione eterologa (vietata *in vitro*, non anche *in vivo*) degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (principio di non discriminazione) CEDU, considerando irragionevole la disparità di trattamento tra le coppie che avrebbero potuto accedere alla fecondazione *in vivo* e quelle che, al contrario, non avrebbero potuto fare ricorso alla fecondazione *in vitro*, e sottolineando, altresì, l'illogicità dell'argomentazione adottata dal Governo austriaco circa il divieto di ovodonazione, giustificata dalla necessità di contrastare lo sfruttamento e la mercificazione della donna. In quell'occasione, il giudice europeo chiariva che il dettato dell'art. 8 CEDU non impone allo Stato membro un *obbligo positivo*<sup>17</sup> di adottare una determinata normativa concernente la PMA<sup>18</sup>; tuttavia, se lo Stato la introduce, «Il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nelle sfere dell'art. 8 CEDU [...] pertanto i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale [...] sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti».

Una volta aperta, così, la breccia sul divieto di fecondazione eterologa, i Tribunali di Milano (ord. 2 febbraio 2011), Firenze (ord. 6 settembre 2010) e Catania (ord. 21 ottobre 2010) sollevavano dinanzi alla nostra Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale del relativo divieto di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, incentrando gran parte delle proprie argomentazioni sulla prospettata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, con particolare riguardo al significato loro attribuito nella recente sentenza della Corte di Strasburgo *S.H. e altri c. Austria*, e richiamandone espressamente ampi brani a suffragio della presunta incostituzionalità.

<sup>16</sup> Corte EDU, prima sezione, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), sentenza del 1 aprile 2010. Per un commento alla sentenza, si vedano, tra i tanti, I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (2 luglio 2010); A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 131-27; L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, 2010, 3.

<sup>17</sup> Così, anche Corte EDU, *Dickson c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, sentenza del 4 dicembre 2007.

<sup>18</sup> Più in generale, per una disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti c.d. "procreativi" e sulla loro riconducibilità all'art. 8 CEDU, si vedano Corte EDU, *Evans c. Regno Unito* (ric. n. 6339/05), sentenza del 10 aprile 2007; *A, B e C c. Irlanda* (ric. n. 44362/04), sentenza del 16 dicembre 2010; *Dickson c. Regno Unito* (ric. n. 44362/04), cit.



Nel frattempo, però, a spegnere le speranze di chi aveva confidato nell'ormai prossima dichiarazione di incostituzionalità dell'eterologa, era intervenuta la Grande Camera della Corte di Strasburgo che, nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011<sup>19</sup>, aveva sovvertito completamente il precedente dispositivo ed era arrivata a giustificare la compatibilità della legge austriaca con l'art. 8 CEDU – mentre non aveva analizzato nel merito la censura relativa all'art. 14, che risultava, pertanto, assorbita – in considerazione del fatto che rientra nel potere discrezionale di ciascun Stato membro (il c.d. margine di apprezzamento<sup>20</sup>) la predisposizione di una determinata normativa e l'effettuazione di tutta una serie di bilanciamenti dei diversi interessi coinvolti, la cui sindacabilità da parte della Corte europea è possibile solo ove tale normativa risulti manifestamente irragionevole ovvero non vi sia una proporzione tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti. Peraltro, la scelta della Corte europea di non voler ingerire nelle dinamiche interne a ciascuno Stato al punto da imporre il riconoscimento di determinati diritti sembra essere confermata anche dalla considerazione del momento storico (*time factor*) in cui la normativa austriaca era stata adottata, sebbene, come sottolineato dalla stessa Corte di Strasburgo<sup>21</sup>, la pronuncia della Corte costituzionale austriaca del 1999 sulla legittimità della normativa sulla PMA si fondasse su un contesto scientifico certamente diverso e meno

<sup>19</sup> Per un commento a tale sentenza, si vedano, tra i tanti, G. SALERNO, *La Grande Camera della Cedu inverte la rotta: legittimo il divieto di fecondazione eterologa. Chance ormai ridotte per l'incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40*, in *Guida al Diritto*, 46, 19-21; A. OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. cost.*, 2012, 1, 138-141; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 3.

<sup>20</sup> Sul tema, tra i tanti, A. MCHARG, *Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Modern Law Review*, 1999, 671 ss.; R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. S.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993; G. LETSTAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; e proprio con riguardo a temi sensibili, quali la bioetica o le coppie omosessuali, J. SCHOKKENBROEK, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, 20 ss.; S. GREER, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; ed ancora, F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, Archivio; I. ANDRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODENINNO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, 7 ed., Torino 9-10 ottobre 2009, Napoli, 2010, 7-28.

<sup>21</sup> Corte EDU, Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, cit., par. 117: «La Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica all'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro».

avanzato di quello odierno<sup>22</sup>. Se quindi, da una parte, la Corte europea valorizzava la priorità decisionale di ciascuno Stato membro per l'elaborazione e l'attuazione delle proprie politiche, d'altra, faceva leva sulla mancanza di un *consensus* europeo<sup>23</sup>, soprattutto nelle materie eticamente sensibili, suscettibili di sollevare opinioni contrastanti.

Proprio alla luce di tale importante *revirement* della Corte europea nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 3 novembre 2011, in attesa della quale, prudentemente, l'Avvocatura dello Stato nella propria memoria difensiva aveva richiesto lo spostamento dell'udienza e della pronuncia della Corte costituzionale sul punto, il giudice delle leggi decideva di adottare una pronuncia processuale (ordinanza n. 150 del 2012), ossia di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, sulla base dell'innegabile pregnanza della sentenza europea, il cui sopraggiungere costituisce un *novum* giurisprudenziale di cui i giudici rimettenti non possono non tener conto per rivalutare la rilevanza della questione di costituzionalità, soprattutto in ragione del fatto che alcuni di essi avevano incentrato l'asse argomentativo dell'ordinanza di rimessione esclusivamente sulla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU (Tribunale di Firenze).

A ben guardare, però, il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale potrebbe risultare fallace per due ordini di motivi: innanzitutto perché il giudice delle leggi considera assorbite, nell'alveo dell'art. 117, primo comma, Cost.<sup>24</sup>, tutte le censure formulate con riguardo agli altri parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 32 Cost.), dando l'impressione di dare maggior peso al parametro convenzionale; in secondo luogo, perché, con tale pronuncia, sembrerebbe che la Corte voglia sottrarsi dal decidere sulla spinosa questione della fecondazione eterologa, omettendo, peraltro, di considerare le opportune differenze sussistenti tra la normativa austriaca che – si badi bene – consentiva la fecondazione eterologa nei limiti della donazione di liquido seminale maschile (fecondazione *in vivo*) e la normativa italiana che, stando all'articolato della legge n. 40 del 2004, non consentiva alcun ricorso alla stessa, limitandosi a disciplinare i rapporti che sarebbero potuti insorgere tra il donatore di gameti, il coniuge o convivente consenziente e “figlio dell'eterologa”, nei casi di violazione di tale divieto. Invero, come efficacemente evidenziato in dottrina e in giurisprudenza, il richiamo dei *dicta* europei e l'opera di trasposizione dei quei principi convenzionalmente sanciti nell'ordinamento nazionale andrebbe fatto nel rispetto e nella valorizzazione degli elementi propri del contesto giuridico in cui si

<sup>22</sup> Cfr. G. REPETTO, “Non di sola CEDU...”. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 151.

<sup>23</sup> In senso analogo, anche Corte EDU, *Evans c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, sentenza 10 aprile 2007, in cui la Corte conclude che gli embrioni risultanti dalla fecondazione *in vitro* non rientrano nell'ambito di tutela di cui all'art. 2 (diritto alla vita) CEDU, in quanto non si è ancora forma un consenso unanime a livello europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita umana. Sulla formazione di sensibilità differenti tra le diverse realtà statali, si veda C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

<sup>24</sup> Così, cfr. M. MANETTI, *La fecondazione eterologa non è soltanto affare della Corte di Strasburgo*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, 2013, 126, nonché, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei visi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di incostituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (12 giugno 2012); A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 luglio 2012).

inserirlo<sup>25</sup>. Pertanto, il giudice delle leggi ben avrebbe potuto effettuare un'operazione di *distinguishing* sul divieto espresso dalla legge n. 40 del 2004, in considerazione delle peculiarità normative interne.

### 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e le ragioni dell'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa

Solo con la sentenza n. 162 del 10 giugno 2014<sup>26</sup>, anticipata dal relativo comunicato stampa del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale arriverà a censurare *expressis verbis* la legge n. 40 del 2004 per il divieto assoluto di ricorso alle pratiche di fecondazione eterologa, sulla base di un apparato motivazionale tutt'altro che pacifico, imperniando (stavolta) l'asse del proprio *decisum* attorno alla violazione dei parametri costituzionali puramente interni<sup>27</sup> e ritenendo assorbito il profilo di censura relativo alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta di una scelta motivazionale – quella della Corte – che, anche se non formalmente incentrata sulle norme convenzionali ritenute violate (nell'interpretazione fornita, da ultimo, nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, *S.H. e altri c. Austria*), sembrerebbe richiamare proprio gli snodi essenziali di tale pronuncia.

In particolare, come sopra anticipato, la Corte di Strasburgo, nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del novembre 2011, ribaltando il giudicato della Prima sezione, giustificava il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla normativa austriaca principalmente in ragione del fatto che lo stesso non fosse assoluto (è vietata solo l'eterologa *in vitro*) e che gli Stati aderenti alla CEDU fossero liberi di operare discrezionalmente le proprie scelte politiche, operando i relativi bilanciamenti tra gli interessi coinvolti e ponderando le possibili ricadute sul sistema giuridico interno. Bilanciamenti che, però, come specificato dalla stessa Corte europea, avrebbero potuto essere sindacati e sanzionati dalla stessa nelle ipotesi di irragionevolezza o manifesta "sproporzione".

In questo modo, come si vedrà dinanzi, il giudice delle leggi – riprendendo il ragionamento sviluppato dalla Corte europea, pur giungendo ad esiti differenti – sembra censurare il divieto di PMA di tipo eterologo sia perché non prevede alcun tipo di deroga, ma soprattutto perché il bilanciamento che ha condotto il legislatore italiano a formulare il testo della legge n. 40 del 2004 sarebbe *irragionevole*,

<sup>25</sup> Così, *ex plurimis*, Corte cost. sentenze nn. 236 del 2011 e 317 del 2009. Sul punto, cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012, 160.

<sup>26</sup> Per un commento alla sentenza, si vedano M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it) (17 giugno 2014); A. MUSUMECI, "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (luglio 2014); V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>27</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo con la Corte EDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014) e G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (13 giugno 2014).

sia dal punto di vista letterale che dal punto di vista sistemico, in considerazione anche dell'evoluzione della coscienza sociale e dei progressi scientifici in materia.

Prima di analizzare, però, la solidità del percorso argomentativo ricostruito dalla Corte a sostegno dell'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, occorre, in primo luogo, delineare il *casus belli* da cui origina un siffatto ragionamento, ossia la lettera dell'art. 4, comma 3, che «[...] stabilisce il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili».

In particolare, la pronuncia della Corte costituzionale prende le mosse dalle ordinanze di rimessione dei Tribunali di Milano<sup>28</sup>, Firenze<sup>29</sup> e Catania<sup>30</sup>, che hanno sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), agli artt. 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), e agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU (prima ordinanza), questione di legittimità costituzione dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 (tutte e tre le ordinanze), e dell'art. 9, comma 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» e art. 12, comma 1, di tale legge (prima e terza ordinanza).

Come anticipato, l'art. 4, comma 3, stabilisce il divieto di fare ricorso alle pratiche di fecondazione artificiale di tipo eterologo; mentre gli artt. 9 e 12 disciplinano le ipotesi in cui si contravvenga a tale divieto, magari recandosi in strutture sanitarie straniere che praticino le suddette tecniche, stabilendo, rispettivamente, che «[q]ualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2) del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1) e che «[i]n caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9, comma 3), con la conseguenza, peraltro, che «[c]hiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro» (art. 12, comma 1).

Nella pronuncia in esame, il giudice delle leggi perviene alla (problematica) declaratoria di incostituzionalità del divieto in parola<sup>31</sup>, in ragione dei parametri costituzionali interni e della ricostruzione del quadro normativo nazionale alla luce del mutamento del contesto sociale e delle progressioni tecno-

<sup>28</sup> Trib. Milano, ord. 8 aprile 2013.

<sup>29</sup> Trib. Firenze, ord. 29 marzo 2013.

<sup>30</sup> Trib. Catania, ord. 13 aprile 2013.

<sup>31</sup> Divieto di ricorrere alle pratiche di fecondazione eterologa che – è opportuno ricordare – sebbene espressamente formulato all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, va letto in combinato disposto con il successivo art. 9, commi 1 e 3, di tale legge, che disciplina il divieto, per il coniuge o il convivente che abbia prestato consenso, di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e l'impossibilità, per il donatore di gameti, di acquisire diritti o assumere obblighi nei confronti del nato. Da tale quadro normativo, emerge chiaramente la volontà del legislatore di regolamentare anche quelle ipotesi in cui tale divieto fosse stato violato, ad esempio recandosi in quei Paesi in cui tale pratica era permessa. Sulla possibilità – antecedente alla formulazione della legge n. 40 – di procedere all'azione di disconoscimento della paternità in caso di inseminazione eterologa, si veda Cass. civ., 16 marzo 1999, n. 2315. *Contra*, Trib. Napoli, 24 giugno 1999.

logiche e scientifiche. Ma tale strutturazione della pronuncia non costituisce solo una cifra di stile. Infatti, dal punto di vista sostanziale, tale scelta assume un'importanza significativa anche nel quadro dei rapporti tra i livelli giurisdizionali nazionali e sovranazionali perché consente alla Corte costituzionale di rivendicare la preminenza del proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, sebbene nella consapevolezza della imprescindibile considerazione dei *dicta* convenzionali.

Dopo aver ribadito brevemente che lo scrutinio costituzionale delle norme impugnate deve sempre essere compiuto esaminando tutti gli interessi coinvolti, che richiedono, in ogni caso, «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005)» (*cons. dir.* 5), e che al giudice della legge spetta di verificare se vi sia stato un irragionevole bilanciamento tra le diverse esigenze, viene sinteticamente riportato il quadro regolamentare che disciplinava la fecondazione eterologa prima del suo espresso divieto. Un divieto che, stando alle parole della Corte, non trova riscontro in alcun principio costituzionale e che, viceversa, dovrebbe essere escluso proprio dalla lettura congiunta di alcune norme costituzionali.

A giudizio della Corte, infatti, proprio dal combinato disposto dagli artt. 2, 3 e 31 Cost., si ricava la libertà della coppia di formare una famiglia, che «anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali [...]» (*cons. dir.* 6). Nozione, quella di famiglia, che, così come prevista in Costituzione, non è necessariamente legata alla presenza in seno alla stessa dei figli (sentenze nn. 189 del 1991 e 123 del 1990); e, d'altra parte, qualora questi invece ne siano parte, non è necessario che vi sia un legame genetico con i rispettivi genitori, come dimostra l'ormai consolidato istituto dell'adozione.

La Corte dedica, poi, ampio spazio nella propria argomentazione, in risposta alle osservazioni svolte dai giudici rimettenti sulla possibile violazione dell'art. 32 Cost. da parte della normativa impugnata, alla ricostruzione del diritto alla salute, che deve essere inteso nel più ampio significato di integrità psico-fisica<sup>32</sup> e che deve condurre il legislatore a tenere in considerazione anche «gli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite ... anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica e alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta» (*cons. dir.* 7). Per suffragare tale interpretazione, la Corte richiama anche le parole dell'atto costitutivo del 1946 dell'Organizzazione mondiale della Sanità, secondo cui «[i]l possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano», avvalorando così l'elaborazione di un concetto onnicomprensivo di salute, in

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., sentenze nn. 251 del 2008; 113 del 2004; 253 del 2003; 167 del 1999. Per una panoramica sulla diverse sfaccettature del diritto alla salute, si vedano, tra i tanti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 95 ss. e 141 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 772; *Id.*, *Salute. 1) Diritto alla salute – Dir.cost.* (voce), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5. In particolare, nel senso di salute come stato di benessere psico-fisico, si veda R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)* (VOCE), in *Diz. dir. pubb.*, VI, Milano, 2006, 5395. Interessanti, a tal proposito, sono le considerazioni svolte da M. CALOGERO, *La procreazione artificiale: una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 66, il quale afferma che «[...] Il riferimento da parte del costituente alla nozione di salute invece che a quella di salute fisica autorizza ad ampliare notevolmente il significato da attribuire all'espressione "finalità terapeutica", facendovi rientrare non solo gli interventi necessari per la cura degli aspetti anatomici e funzionali dell'organismo, ma anche quelli rivolti a favorire il raggiungimento o la conservazione dell'equilibrio psichico».

grado di ricomprendere sia la sfera fisica che quella mentale. Peraltro, dopo aver richiamato la precedente sentenza n. 151 del 2009, nella quale afferma che rientra nel campo di autonomia e di responsabilità del medico la corretta individuazione delle scelte terapeutiche da apprestare al paziente, la Corte conclude con un assunto che rischia di essere foriero di interpretazioni contraddittorie. Secondo le parole della Corte, infatti, la questione all'esame non porterebbe tanto a considerazioni nuove sul diritto alla salute, tali da offrirne una prospettiva in chiave *sogettiva*, né tantomeno ad affermare il desiderio di autocompiacimento della coppia, quanto, piuttosto, ad una più compiuta riflessione su come dovrebbe essere riservata alla scienza medica la corretta individuazione delle patologie e la predisposizione delle relative cure. E al tal proposito, non è mancato chi abbia messo in evidenza che, così intesa, la scienza medica costituirebbe il fondamento di nuovi diritti<sup>33</sup> e il medico curante diventerebbe il soggetto più idoneo a garantirne l'attuazione.

Procedendo nel *reasoning* della Corte, come il divieto in questione non troverebbe fondamento nel dettato costituzionale e in quello internazionale (Convenzione di Oviedo del 1997 e Protocollo opzionale del 12 gennaio 1998, entrambi recepiti in Italia con legge n. 145 del 2001), non sarebbe dirimente neanche l'*horror vacui* che potrebbe derivare dagli effetti della sua incostituzionalità. È vero, sì, infatti, che la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» e che, quindi, è «costituzionalmente necessaria (sentenza n. 45 del 2005)»; d'altra parte, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato. Peraltro, già con la sentenza n. 59 del 1958, la Corte aveva affermato che la facoltà di «dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa [...]» (*cons. dir.* 11), facendo appello, al fine di evitare situazioni spiacevoli, alla saggezza del legislatore.

D'altro canto, (quasi) nella consapevolezza della problematicità del proprio *iter* argomentativo, il giudice delle leggi sembra preoccuparsi di dissipare ogni dubbio in ordine all'insussistenza nel testo costituzionale di ostacoli al riconoscimento della fecondazione eterologa<sup>34</sup>, e di dimostrarne l'immediata

<sup>33</sup> In tal senso, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi ius*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (13 giugno 2014), il quale evidenzia drammaticamente come portando questo tipo di ragionamento alle estreme conseguenze si finirebbe col sacrificare il riconoscimento legale dei diritti sull'altare della progressione della scienza e della tecnica. In particolare, l'A. obietta che «[s]i potrebbe pensare che la concezione sottesa alla pronuncia sia quella della scienza al servizio della persona e dei suoi diritti. A me pare, invece, che i diritti e la persona finiscono per dipendere sempre di più dalla scienza e dalla tecnica, come dimostra bene proprio questa importante motivazione», ponendosi, infine, un interrogativo cruciale: «Il diritto alla genitorialità e il diritto alla famiglia con prole derivano dalla libera autodeterminazione del soggetto [...] oppure sono il frutto della scienza e della tecnica? Il diritto ad essere genitore è un aspetto della persona o una possibilità consentita alla persona dalla medicina?». In senso analogo, R. NANIA, *Osservazioni sui profili costituzionali della "fecondazione eterologa"*, in F. VARI (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 55, il quale si chiede «se tutte le possibilità che la tecnica si candida ad offrire nel campo della manipolazione biologica debbano convertirsi immediatamente in opportunità e diritti di rango costituzionale indifferenti rispetto alle loro conseguenze».

<sup>34</sup> In tal senso, anche F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 31 gennaio 2005, Fasano, 2005, 281 ss; A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in G. RAZZANO (a cura di), *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, cit., 355 ss.

percorribilità nel corpo delle restanti (e non censurate) norme. Ne deriva che, nella vigenza degli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 «all'evidenza direttamente riferibili alla PMA di tipo eterologo», il ricorso alla fecondazione eterologa sarebbe consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da queste certificate. Tale tecnica sarebbe compatibile anche con l'art. 5 della legge, che disciplina i soggetti che possono accedere alla PMA, senza porre distinzione alcuna tra il tipo omologo o eterologo; nonché con l'art. 6, che contempla la disciplina del consenso; ed ancora, con gli artt. 7, 10 e 11 in materia, rispettivamente, di emanazione delle linee guida ministeriali di attuazione della legge e di individuazione delle strutture sanitarie abilitate a compiere le procedure di PMA. Infine, ben si armonizzerebbe con il testo dell'art. 12, che disciplina le sanzioni derivanti in caso di inosservanza dalle precedenti disposizioni. A giudizio della Corte, si tratterebbe, quindi, di «applicazione diretta» di tali norme anche alla fecondazione di tipo eterologo, e non d'interpretazione estensiva. Interpretazione estensiva che, invece, viene ritenuta operante con riguardo al dettato dell'art. 8, regolante lo *status* del concepito a seguito di PMA, che stabilisce che «[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».

Ampio spazio viene dedicato nell'apparato motivazionale a sostegno dell'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 alla violazione del principio di ragionevolezza<sup>35</sup>, ossia del canone di razionalità<sup>36</sup> dell'ordinamento. Come evidenziato in diversi passaggi della pronuncia in questione, la legge sulla procreazione medicalmente assistita è frutto di una serie di bilanciamenti fra le diverse esigenze rilevanti; bilanciamenti tesi, in ogni caso, ad assicurare la tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (art. 1 di tale legge). In materie come la procreazione medicalmente assistita, soggette ai mutamenti della società civile "liquida"<sup>37</sup> e del progresso scientifico, il sindacato della Corte sulle scelte legislative è teso a verificare se «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti

<sup>35</sup> Sul punto, Corte cost., sentenza n. 1 del 2014, in cui la Corte chiarisce che «[i]n ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa [...] siffatto scrutinio impone [...] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stata realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi "attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti" (sentenza n. 1130 del 1988) [...]». In senso analogo, anche le sentenze nn. 151 del 2009, 345 e 245 del 2007. Nel senso di ragionevolezza come coerenza intrinseca della norma, anche alla luce della sua *ratio*, si vedano Corte cost., sentenze nn. 476 del 2002 e 204 del 1982. Per un approfondimento più analitico del canone della ragionevolezza e delle sue molteplici articolazioni, cfr., tra gli altri, G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; Id., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Per un'analisi della ragionevolezza in campo medico, si veda S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014).

<sup>36</sup> In tal senso, Corte cost., sentenze nn. 286 del 1999 e 240 del 1997.

<sup>37</sup> Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003.

non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale» (*cons. dir.* 13). E tale scrutinio viene effettuato dando applicazione a un principio prossimo a quello della ragionevolezza, ossia il principio di proporzionalità<sup>38</sup>, che – come specificato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014 – «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriba quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non proporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (*cons. dir.* 13).

In questo passaggio, in realtà, la conclusione a cui perviene la Corte pare piuttosto apodittica, laddove ritiene che la preclusione assoluta a ricorrere alla PMA di tipo eterologo sarebbe *intrinsecamente* irrazionale, perché colpirebbe proprio le categorie di soggetti più deboli, frustrando il loro desiderio di genitorialità e il loro diritto alla salute (neppure controbilanciato dal corrispondente dovere di tutelare l'embrione) e, tra quest'ultimi, soprattutto quelli che non disporrebbero delle risorse finanziarie per recarsi all'estero e richiedere l'attivazione della relativa procedura (c.d. turismo vo<sup>39</sup>).

In sostanza, dall'analisi della ricostruzione argomentativa della Corte sembrano emergere due elementi dirimenti.

In primo luogo, è il concetto di diritto alla salute che si sgancia dalla sfera prettamente intima del soggetto e acquisisce una portata *super-individuale*. In tal senso, la Corte sembra raccogliere la prospettiva offerta dai giudici rimettenti nelle rispettive ordinanze, configurando un diritto *della coppia* alla salute o – volendo giocare con le parole – un *diritto alla salute della coppia*, che dovrebbe trovare appagamento nella connaturale derivazione del rapporto di coniugio, ossia nella filiazione. Ma così si finisce per incorporare nel diritto alla salute una serie di aspettative, più o meno legittime, concernenti il rapporto di coppia, che concorrerebbero a determinarne il benessere, e a rendere *assoluti* quei bisogni che, in realtà, si prospettano come *soggettivi*.

Quello che desta poi perplessità è l'utilizzo del canone della ragionevolezza per dare vigore, nei termini sopra ricostruiti, ad un assetto motivazionale tutt'altro che lineare. *Quasi a voler stabilizzare con un libro un tavolo traballante*. In effetti, già in occasione della pronuncia n. 1 del 2014, la Corte aveva fatto ricorso alla ragionevolezza per dichiarare l'illegittimità del meccanismo (distorsivo) di attribu-

<sup>38</sup> Nel senso di proporzionalità come giusto equilibrio tra mezzi impiegati e fini perseguiti, si vedano, tra le tante, Corte cost., sentenze nn. 58 del 2006, 185 del 2003 e 416 del 2000.

<sup>39</sup> Per una ricognizione della disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) negli altri Paesi dell'Europa, si veda C. CASONATO, T.E. FROSINI, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. LOMBARDI, S. DE ZORZO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue tecnologie. Generi, tecnologie e disuguaglianze*, Milano, 2013. A tal proposito, giova evidenziare che, oltre all'Italia, solo la Lituania e la Turchia vietano in assoluto le pratiche di fecondazione eterologa. La donazione di ovuli è vietata, oltre che in tali Paesi, anche in Germania, Norvegia e Svizzera. In alcuni Paesi, come Lussemburgo, Polonia, Danimarca, Francia e Svezia, la fecondazione eterologa, prima vietata, è oggi ammessa. Peraltro, le normative adottate a livello statale differiscono per i soggetti che possono beneficiarne: ad esempio, in Gran Bretagna, Spagna, Belgio, Svezia, la fecondazione eterologa è riconosciuta anche alle donne *single*; in altri Paesi, l'eterologa è concessa solo a coppie sposate (Germania) ovvero sposate o conviventi (Svezia, Francia) o quando il marito o il convivente della donna sia sterile o se si è in presenza di una malattia ereditaria (Norvegia).



zione del premio di maggioranza previsto dalla legge n. 270 del 2005. Non stupisce, quindi, che la Corte abbia fatto ricorso a tale principio anche per giustificare l'illegittimità del divieto di eterologa. Infatti, come emerge dalla sentenza n. 162 del 2014, il peccato originale del divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo consisterebbe nella sua *assolutezza*, e non nella sua previsione in sé, che – al contrario – avrebbe potuto ben tollerare l'individuazione di determinati limiti.

Ciò che stupisce è l'esito del bilanciamento operato dalla Corte in tale pronuncia, tutto a favore del diritto della coppia ad autodeterminarsi nelle proprie scelte procreative (diritto che sfocia anche nella facoltà di disporre del proprio corpo<sup>40</sup>). Si tratta di un diritto che, a giudizio della Consulta, avrebbe come unico contraltare l'interesse del nato da PMA di tipo eterologo, il cui unico pregiudizio potrebbe dalla frattura<sup>41</sup> esistente fra genitorialità genetica, biologica e legittima<sup>42</sup> ovvero in ragione del desiderio di conoscere le proprie origini ai sensi dell'art. 28 della legge n. 183 del 1984<sup>43</sup>. D'altra parte, sempre secondo le parole della Corte, tali rischi non avrebbero ragion d'essere, essendo agevolmente risolvibili nella comparazione con la legge n. 184 del 1983 sull'adozione, in cui il legislatore ha previsto espressamente ipotesi in cui la genitorialità genetica non coincida con quella legittima, e stabilendo opportune procedure attraverso le quali lo stesso adottato all'età di 25 anni (18 anni, qualora ricorrano gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica) possa accedere alle informazioni relative all'identità dei propri genitori biologici. Peraltro, un siffatto temperamento è stato valorizzato dalla Corte costituzionale anche in occasione della pronuncia sul c.d. parto in anonimato (sen-

<sup>40</sup> Come costantemente affermato nella giurisprudenza costituzionale, «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (così, sent. n. 161 del 1985 e, da ultimo, sent. 162 del 2014). Sul punto, vedi M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1985, 54.

<sup>41</sup> Cfr. M.L. DI PIETRO, E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999, 169, che parlano di «maternità e paternità frammentate, dissociate, abortite».

<sup>42</sup> In particolare, con l'espressione «maternità genetica», si fa riferimento alla donna che dona il proprio gamete femminile; con l'espressione «maternità biologica» si fa riferimento alla donna nel cui utero verrà impiantato l'embrione e che sarà deputata a portare avanti la gravidanza fino al parto. Infine, parlando di genitorialità legittima si fa rinvio a quella particolare posizione giuridica per cui un soggetto, non necessariamente genitore genetico o biologico, diventa titolare di diritti e obblighi nei confronti del figlio. Tali ulteriori specificazioni si rendono necessarie ove si considerino anche gli istituti della surroga di maternità e dell'adozione. Peraltro, tale classificazione acquista una significativa attualità nell'ipotesi, verificatasi di recente all'Ospedale Pertini di Roma, di «scambio degli embrioni» tra due coppie che si erano sottoposte a PMA omologa. Il Tribunale di Roma (I sez. civ., ord. 8 agosto 2014), nel rigettare il ricorso della coppia i cui gameti sono stati impiantati nel corpo della donna dell'altra coppia, volto ad ottenere la consegna dei figli genetici, ricostruisce la fattispecie alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del quadro normativo nazionale ed internazionale, considerandola come una sorta di «eterologa da errore» o «surroga materna da errore», in ragione della mancanza del consenso di entrambe le coppie, ma soprattutto in ragione del fatto che è «[...] nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino. Non può, pertanto, non ritenersi sussistente un interesse dei minori al mantenimento di *tale legame*, soprattutto alla luce del fatto che i bambini [...] abbiano già instaurato un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori e sono già inseriti in una famiglia». Viene, quindi, ritenuta prevalente la genitorialità biologica (o uterina) a discapito di quella genetica. In riferimento a tale vicenda, si rinvia alle «Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni», approvato dal Comitato nazionale per la Bioetica riunito in seduta Plenaria l'11 luglio 2014, in [www.governo.it](http://www.governo.it).

<sup>43</sup> Sul punto, si vedano, tra gli altri, G.F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 1566; A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 2.

tenza n. 278 del 2013), dichiarando l'*irragionevolezza* del diritto della madre all'anonimato a fronte del diritto del figlio a conoscere le proprie origini<sup>44</sup> e invitando il legislatore a reintervenire in materia al fine di introdurre appositi strumenti per verificare la costante sussistenza del rifiuto della madre ad essere menzionata.

Dalla pronuncia sembra quasi emergere il diritto (insopprimibile?<sup>45</sup>) della coppia a procreare<sup>46</sup>, in ragione delle acquisizioni scientifiche e tecnologiche, che porterebbe ad una visione *paidocentrica* della famiglia, da intendersi, però, non già nel senso che potrebbe desumersi dalla lettera dell'art. 30 Cost. («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli [...]»), né tanto meno come concepita con l'istituto dell'adozione<sup>47</sup>. Al contrario, la famiglia si configura qui come la formazione sociale in cui la presenza della prole diventa funzionale al raggiungimento del benessere della stessa. Ma in tal senso, si rischia di far dipendere la tenuta della coppia dalla possibilità o meno di avere figli, fino a chiedersi se sia corretto dire che il figlio sia la "cura" dell'infelicità della coppia. In realtà, occorrerebbe procedere con cautela in quanto, se si arrivasse ad avallare una tale conclusione, si rischierebbe di prevedere una sorta di diritto al figlio *ad ogni costo e con tutti i costi* (con riguardo alle spese economiche relative alle procedure procreative).

Peraltro, una tale visione mal si concilia con il dettato costituzionale e, anzi, al contrario, ne forza le potenzialità ermeneutiche. Innanzitutto, è difficile sostenere che dalla nozione di società naturale di cui all'art. 29 Cost. sarebbe ricavabile anche quella peculiare situazione di plurigenitorialità che connota l'ipotesi di accesso alla fecondazione eterologa. Vero è che, con il progresso della società, il concetto della famiglia si è gradualmente sganciato dalla configurazione matrimoniale per trovare riscontro, piuttosto, in formazioni unite da legami di affettività, anche se non solennemente consacrati nel vincolo coniugale. Tuttavia, la situazione che rischia di venirsi a creare con il riconoscimento della PMA di tipo eterologo contravverrebbe allo stesso articolo 30 Cost., che dispone l'obbligo dei genitori – senza alcuna differenza tra genitori genetici o legali – di mantenere, educare ed istruire i figli, legittimi e non, e quindi di provvedere alla formazione materiale, intellettuale e spirituale dell'infante<sup>48</sup>. A tal riguardo, poi, occorre rammentare che lo stesso art. 9 della legge n. 40, nella parte in cui esclude l'acquisizione da parte del donatore di qualsiasi diritto o obbligo nei confronti del figlio, ne sancisce l'irresponsabilità, ponendosi in contrasto con il suddetto obbligo di cui all'art. 30 e con la stessa nozione di famiglia che si ricava dall'art. 29 Cost.

<sup>44</sup> Cfr. Art. 7 della Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989 e che prevede il diritto di ogni fanciullo di conoscere, *nella misura del possibile*, le proprie origini, e art. 8.10 della Carta europea dei diritti del fanciullo.

<sup>45</sup> In senso negativo, si veda Trib. Milano, sentenza 23 novembre 2009, in cui il giudice afferma che non esiste nell'ordinamento giuridico italiano alcuna norma che riconosca il diritto insopprimibile a procreare.

<sup>46</sup> Sulla nozione di procreazione, si veda F. CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minori giust.*, 2008, 60 ss.

<sup>47</sup> Cfr., sul punto, *ex plurimis*, Corte cost., sentenze nn. 315 del 2007, 383 del 1999, 283 del 1999, 348 del 1998, 10 del 1998, 303 del 1996, 361 del 1995, 148 del 1992, 27 del 1991, in cui la Corte afferma espressamente che «[...] l'istituto dell'adozione deve avere il proprio centro di gravità nella tutela del preminente interesse del minore, rispetto al quale devono essere subordinati tanto gli interessi degli adottanti (o aspiranti tali) quanto quelli della famiglia d'origine».

<sup>48</sup> Cfr. G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino, 2006, 66.

Inoltre, la possibilità di ricorrere all'eterologa neppure potrebbe ricavarsi dall'art. 31 Cost., nella parte in cui pone l'obbligo per lo Stato di agevolare la formazione della famiglia (comma primo) e di proteggere la maternità e l'infanzia (comma secondo). Tale disposizione si inserisce nell'ottica di proteggere e promuovere la famiglia anche dal punto di vista economico, attraverso la predisposizione di tutte quelle provvidenze sociali volte ad aiutare materialmente i genitori nella crescita e nel sostentamento dei figli. Pertanto, difficilmente si potrebbe dedurre da tale obbligo la necessità di consentire l'accesso a qualsivoglia pratica medica di procreazione medicalmente assistita. In senso contrario, non troverebbe alcuna spiegazione la preclusione per i *single* (salvo talune eccezioni) o le coppie omosessuali di accedere all'adozione<sup>49</sup> o alla fecondazione artificiale.

## 6. I problemi di una normativa "etica"

Al di là dei passaggi giudiziari europei che hanno portato, dapprima, all'ordinanza n. 150 del 2012 e, poi, alla più recente sentenza n. 162 del 2014, occorre evidenziare come la legge n. 40 del 2004 abbia dimostrato tutte le proprie criticità proprio nella progressiva demolizione da parte dei giudici comuni di talune sue norme. Posto, come abbiamo visto, che il clima nel quale tale normativa fu elaborata era fortemente controverso e che, difficilmente, sarebbe stato possibile formulare una regolamentazione della materia scevra da qualsiasi implicazione ideologica – salvo il caso in cui si fosse optato per una normativa di tipo permissivo<sup>50</sup> –, l'interventismo giurisdizionale, talora a difesa della legge<sup>51</sup>, tal'altra volta a smantellare l'impianto normativo, si inserisce nello scenario di sordità che caratterizzava le aule parlamentari, sebbene da più parti (da ultimo, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>52</sup>) sollecitate a modificare la normativa del 2004.

<sup>49</sup> Sul punto, cfr. B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa «La famiglia davanti ai suoi giudici», Catania 7-8 giugno 2013. Si segnala che, al momento in cui si scrive, è intervenuta la "storica" sentenza (30 giugno-30 luglio 2014) n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma, con la quale il giudice ha accolto il ricorso proposto da una coppia omosessuale per l'adozione della figlia biologica – nata a seguito di PMA eterologa praticata all'estero – di una delle due donne da parte della convivente, affermando come la fattispecie rientri nel campo di applicazione dell'art. 44 lett. d) della legge n. 184 del 1983, modificata dalla legge n. 149 del 2001, che disciplina l'istituto dell'adozione in casi particolari «nel superiore interesse del minore», ed evidenziando, altresì, che l'orientamento sessuale dei genitori non inciderebbe sulla crescita fisica e morale del figlio, e che quindi la preclusione dell'adozione sarebbe del tutto discriminatoria.

<sup>50</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso*, in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., 19.

<sup>51</sup> Cfr. Trib. Catania, ordinanza del 3 maggio 2004; TAR. Lazio, sez. III *ter*, sentenza 9 maggio 2005, n. 3452.

<sup>52</sup> Oltre alle sopra citate sentenze, rispettivamente della Prima Sezione e della Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, si fa riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 agosto 2012, Seconda sezione, *Costa e Pavan c. Italia* (ric. n. 54270/10), in cui la Corte ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (principio di non discriminazione), proprio con riguardo alla legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consente l'accesso alla diagnosi preimpianto alle coppie, come i ricorrenti, non sterili e non infertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4, comma 1). In particolare, i giudici europei sottolineano l'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia, ponendo a confronto la disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004, che vieta alla donna, in un momento antecedente all'impianto in utero, di sapere se gli embrioni prodotti siano affetti dalla stessa malattia genetica di cui la coppia è portatrice, e quella prevista dall'art. 4 della legge n. 194 del 1978, che consente alla stessa donna, qualora venga a conoscenza che il feto (non più embrione!) sia affetto dalla malattia genetica, di procedere ad

Parallelamente a quanto accaduto con la sentenza n. 1 del 2014 di illegittimità costituzionale della legge elettorale, anche la questione del divieto assoluto di fecondazione eterologa sembrerebbe confermare la Corte costituzionale assuma un ruolo tutt'altro che sussidiario nella preservazione della coerenza normativa, facendosi carico di "riscrivere", nel limite delle proprie possibilità, norme nate male<sup>53</sup> e applicate in modo ancora peggiore. Senza addentrarci in una riflessione più generale sul rapporto intercorrente tra la Corte costituzionale e il legislatore, che rischierebbe di essere viziata dallo spazio del presente elaborato, nonché di distogliere l'attenzione dalla tematica che ci si propone di indagare, si vuole qui soltanto rammentare come il giudice, qualunque sia il grado da questi assunto, anche se posto sul gradino più alto a tutela della coerenza dell'ordine costituzionale, non potrebbe in alcun modo supplire al compito del legislatore, sostituendosi efficacemente al dibattito politico che trova nelle aule parlamentari la sua *sedes* privilegiata.

È necessario – come opportunamente osservato da alcuni<sup>54</sup> – che la politica si riprenda "quel che le è proprio, senza pretendere – è ovvio – di ridurre la giurisdizione a semplice *techne* e il giudice ad *automate*, ma senza abdicare alla propria funzione sistematica".

In tal senso, la scena politica, in quanto luogo di *rappresentazione* e *rappresentanza* degli interessi degli elettori, dovrebbe tornare ad essere l'arena di confronto – ed di scontro – tra i diversi attori politici, al fine di produrre norme efficaci e socialmente accettate.

A tale considerazione si potrebbe obiettare che, difficilmente, in temi che coinvolgono sensibilità anche di tipo etico-religioso<sup>55</sup>, sarebbe possibile mantenere una certa neutralità<sup>56</sup> o comunque il persegui-

---

aborto terapeutico. Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 60, laddove definisce siffatto divieto «uno degli aspetti più barbari della legge n. 40». Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri"* (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012 – 11 febbraio 2013), in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013. Per un approfondimento sul seguito della sentenza della Corte EDU *Costa e Pavan c. Italia* e sulla *disapplicazione* da parte del Tribunale di Roma dell'art. 4 della legge n. 40 del 2004, vedi A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine della pronuncia del Trib. Di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (8 ottobre 2013) e A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>53</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 4, 2000, 583, secondo cui la ragionevolezza dovrebbe rappresentare il «modo istituzionale di esercizio della funzione normativa».

<sup>54</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1664.

<sup>55</sup> Sul rapporto tra diritti e scienza, si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita – Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

<sup>56</sup> Cfr. M. ATIENZA, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in *Ragione pratica*, 1996, 81, che pone in evidenza le criticità relative al processo, in sede legislativa, di "giuridificazione della bioetica". Analogamente, R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (Relazione al Convegno "La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci", Trento, 20 maggio 2004, spec. 6): l'A. sottolinea icasticamente che «[l']idea per cui lo stato deve uscire dalla società civile e lasciare alle libere scelte delle famiglie l'istruzione, l'assistenza, le scelte culturali eccetera, significa riconoscere non ai singoli, ma ai nuclei – e la coppia è un nucleo – la libertà di scelta e di gestione; come si concilia questa idea con uno Stato impiccione che sbircia sotto le lenzuola per controllare se i partner sono "omo" o "etero" (ma non troppo "etero", s'intende), costringe il giudice a ficcare l'occhio nella provetta, va a controllare quanti sono gli embrioni

mento di una prospettiva laica<sup>57</sup>, perché il risultato a cui si perverrebbe sarebbe, in ogni caso, sbilanciato a favore di una o di un'altra posizione. Tuttavia, il problema, in questo caso, non è quello di scegliere la posizione migliore, ma quella meno irragionevole.

Ciò che dovrebbe costituire il fine ultimo di ogni scelta politica consapevole consisterebbe nella realizzazione, nel tessuto sociale diversificato, di un clima di mediazione ideologica, ottenuta grazie alla previsione di meccanismi compromissori di bilanciamento. Mediazione assiologica che, come abbiamo visto, non ha avuto luogo con riguardo alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, come dimostrano anche le numerose pronunce dei giudici di merito ed amministrativi che hanno scardinato pezzo a pezzo la struttura normativa complessiva<sup>58</sup>. Si pensi, ad esempio, alla diagnosi genetica preimpianto (PGD)<sup>59</sup> (da non confondere con la diagnosi prenatale, che, sebbene ne condivida le finalità, viene eseguita a gestazione già iniziata), considerata di dubbia accessibilità per le coppie che potessero far ricorso alla PMA omologa<sup>60</sup>, dato il dettato sibillino della legge<sup>61</sup>, e soggetta a molteplici interventi giudiziari<sup>62</sup>.

---

conservati nel congelatore? Che tipo di ideale di società ne esce?»; ed ancora, ID., *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004), Torino, 2005, 7 ss.

<sup>57</sup> Sul concetto di laicità, nella vastissima letteratura in materia, si vedano, ad esempio, G. DI COSIMO, *Laicità e democrazia*, in S. RODOTÀ, F. RIMOLI (a cura di), *Bioetica e laicità*, 2009, 201 ss; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o di morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Torino, 2007; C. TRIPODINA, *Dio o Cesare? Chiesa cattolica e Stato laico di fronte alla questione bioetica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2007, 1. Significativa, a tal riguardo, la riflessione di F. STELLA, *Laicità dello Stato, fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 309: l'A. sostiene che il giurista, anche se cattolico, non può rinvenire la propria scala valoriale nelle Sacre Scritture, ma solo nel testo costituzionale.

<sup>58</sup> Per una disamina delle traversie giurisdizionali della legge n. 40, cfr. G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla fecondazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 517 ss; A. CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 3669 ss.

<sup>59</sup> Si fa riferimento all'ordinanza del 16 luglio 2005 del Tribunale di Cagliari, con cui è stata sollevata q.l.c. dell'art. 13 della legge n. 40, per violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost., «nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori». In quell'occasione, la Corte aveva dichiarato la questione inammissibile con ord. n. 369/2006, in ragione della contraddittorietà dell'ordinanza di remissione che desumeva l'incostituzionalità di tale divieto non solo dall'art. 13, ma anche da altri articoli della legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo normativo. Per un commento, si vedano A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (Nota a margine dell'ordinanza n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (17 novembre 2006); A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3846; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, ivi, 3859. Per una ricognizione della diagnosi preimpianto, si veda B. LIBERALI, *La diagnosi genetica reimpianto fra interpretazione costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014, 2.

<sup>60</sup> Sul carattere controverso della formulazione della legge, da cui non è possibile dedurre in maniera espressa il divieto di ricorrere alla diagnosi preimpianto, cfr. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi reimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, XI, 521. *Contra*, S. LA ROSA, *La diagnosi genetica reimpianto: un problema aperto*, in *Fam. e dir.*, 2011, VII-IX.

In tematiche ricche di implicazioni assiologiche, occorre che il legislatore si faccia carico del compito di elaborare una struttura normativa che tenga in considerazione i molteplici aspetti rilevanti, ma che consenta anche una certa “flessibilità”. Insomma, sarebbe opportuno che il rigore normativo allentasse un po’ la presa a favore della valorizzazione delle scelte (consapevoli) dei singoli. Ad esempio, nel campo della procreazione medicalmente assistita, ciò che andrebbe perseguito è la previsione di meccanismi di responsabilizzazione del personale medico e di corretta informazione delle coppie che debbano prestare il proprio consenso alle pratiche in questione. Una responsabilizzazione, però, che non necessariamente deve essere inquadrata in una cornice sanzionatoria per potersi dire efficace. Certamente, il fatto di lasciare la possibilità di accedere a tali procedure alla libera determinazione dei soggetti coinvolti potrebbe favorirne l’abuso; tuttavia, in questo modo, si eviterebbero posizioni *integraliste*, da scongiurare in realtà sociali con tendenze pluraliste, come quelle degli Stati democratici moderni.

Altro profilo che potrebbe sicuramente trarre giovamento dalla codificazione di una normativa attenta alla molteplicità degli interessi coinvolti consisterebbe nel fatto di alleggerire il giudice del compito di intervenire, in posizione di mediatore tra il dettato normativo e le istanze dei singoli, per chiarire la

<sup>61</sup> Invero, l’art. 13 della legge n. 40 del 2004 vieta «qualsiasi forma di sperimentazione su ciascun embrione umano» (comma 1) e «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni» (comma 3), consentendo solamente «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano», sempre che «si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche, ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso» (comma 2). L’art. 14 di tale legge, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale con la sent. n. 151 del 2009 dei commi 2 (numero di embrioni non superiore a tre) e 3 (l’obbligo di effettuare l’impianto non appena possibile), pur vietando in via generale «la crioconservazione e la soppressione degli embrioni» (comma 1), consente la stessa ove «il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (comma 3), prevedendo il diritto dei genitori ad essere informati sul numero e «sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero» (comma 5). Successivamente, le Linee guida ministeriali (D.M. 21 marzo 2004) hanno stabilito che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell’articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». Tale limitazione dell’indagine a fini esclusivamente osservazionali è stata poi annullata dal TAR Lazio con sentenza n. 398 del 2008 «in quanto tale divieto, introdotto da una norma regolamentare, restringe quanto previsto dall’art. 13 l. 40/04 in tema di interventi terapeutici e diagnostici sugli embrioni». A seguito di tale pronuncia, sono state adottate le nuove Linee guida ministeriali (D.M. 11 aprile 2008), che hanno conservato il divieto di diagnosi preimpianto per finalità di eugenetica posto dalle precedenti Linee guida, ed hanno eliminato la limitazione al carattere «osservazionale» delle indagini. Altra importante novità introdotta dalle nuove Linee guida è stata l’estensione, tra i soggetti legittimati ad accedere alla PMA *ex art. 4*, comma 1, legge n. 40 del 2004, anche alle coppie il cui *partner* sia affetto da malattia sessualmente trasmissibile per HIV, HBV o HCV.

<sup>62</sup> Sulla legittimità della diagnosi preimpianto, attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 6, 13, 14, comma 5, della legge, cfr. Trib. Cagliari, sent. 24 settembre 2007, purché ricorrano determinate condizioni, ossia: sia stata richiesta dai soggetti aventi diritto ad essere informati sul numero e «sullo stato di salute degli embrioni prodotti»; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all’impianto nella donna; sia strumentale all’accertamento di eventuali malattie dell’embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e adeguata informazione. Ed, ancora, Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007; TAR Lazio, sez. III *quater*, sent. 21 gennaio 2008, n. 398; dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, Trib. Bologna, sent. 20 giugno 2009; Trib. Bologna, ord. 19 luglio 2010; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010, n. 191. Da ultimo, si vedano anche Trib. Cagliari, ord. 9 novembre 2012, n. 5925; Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013 (caso *Costa e Pavan*).

portata di una normativa opaca e di controversa attuazione. D'altra parte, le articolate traversie giudiziarie, tutt'altro che favorevoli, che hanno interessato la legge sulla procreazione medicalmente assistita, dimostrerebbero che solo il giudice, chiamato ad operare in un tessuto normativo assiologicamente sovraccarico<sup>63</sup>, potrebbe farsi promotore delle sensibilità *minoritarie*, divenendo l'unico canale concretamente soddisfattivo delle pretese individuali.

In realtà, quest'ultima considerazione rischia di risultare se si considera il fenomeno in questione limitatamente ai confini nazionali. Si assiste, infatti, soprattutto in quelle tematiche eticamente sensibili che coinvolgano gli aspetti salienti della persona umana (inizio e fine vita, gli atti dispositivi del proprio corpo o, se incapace, del corpo altrui), alla strutturazione di un processo osmotico di *codificazione* giudiziaria, che anticipa e orienta le scelte legislative nazionali. E ciò troverebbe, in qualche modo, conferma anche nella sopra citata sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, in cui il giudice delle leggi, per avvalorare la struttura argomentativa a favore dell'incostituzionalità della legge elettorale italiana, richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca sull'incostituzionalità del sistema elettorale tedesco. In sostanza, il momento giudiziale parrebbe anticipare quello legislativo, in cui si comporrebbero a sistema la pluralità degli accenti particolari di cui il giudice si fa portatore.

## 7. Possibili scenari a seguito della sentenza n. 162 del 2014

Le perplessità che accompagnano l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, anche nella più recente esigenza di riformulazione, debbono trovare opportuna valutazione anche alla luce delle parole dell'attuale Ministro della Salute, Beatrice Lorenzin. In particolare, il Ministro ha dichiarato, in risposta anche a quelle Regioni<sup>64</sup> che vogliono dare attuazione immediata alla fecondazione eterologa, – dopo aver annunciato e poi ritirato, a seguito della bocciatura del Consiglio dei ministri, la proposta di decreto-legge – di voler consegnare al dibattito parlamentare<sup>65</sup> la possibilità di produrre un testo normativo organico in cui inserire tutte quelle regole a corollario della facoltà di ricorrere

<sup>63</sup> Parla di «sovraccarico morale» nelle tematiche bioetiche A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, I, 2009, 1-58.

<sup>64</sup> Il riferimento, in particolare, è alla Regione Toscana e alle parole del Presidente della stessa, Enrico Rossi, che in un'intervista a *La Repubblica* (11 agosto 2014) spiega che la scelta di dare avvio all'eterologa tramite delibera regionale si inserisce nel solco della sentenza della Corte costituzionale, che non avrebbe portato «ad un vuoto legislativo». Di contrario avviso il Presidente della Regione Piemonte Chiamparino che auspica, invece, l'adozione di Linee guida comuni a tutte le Regioni ([www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 28 agosto 2014). Si segnala che, in data 4 settembre 2014, è stato approvato dalla Conferenza delle Regioni il testo delle *Linee guida* condivise ([www.regioni.it](http://www.regioni.it), nella sezione "Conferenze"), che ha ricevuto l'assenso del Ministero della Salute: esso prevede, tra l'altro, che la fecondazione eterologa sarà gratuita o con ticket (LEA), accanto al principio dell'anonimato del donatore, salvo gravi esigenze mediche.

<sup>65</sup> Sulla evitabilità del passaggio parlamentare, in quanto la sentenza della Corte costituzionale non creerebbe alcun vuoto normativo (anche in ragione dell'estendibilità della normativa di cui al d.lgs. n. 191/2007, di attuazione della direttiva 2004/23/CE in materia di donazione di tessuti e cellule umane), si veda la recente iniziativa promossa da un gruppo di eminenti Costituzionalisti, firmatari del «Manifesto per l'immediata attuazione / il pieno rispetto della Sentenza n. 162 della Corte Costituzionale» (in [www.assoziazionelucacoscioni.it](http://www.assoziazionelucacoscioni.it)), i quali auspicano, piuttosto, un aggiornamento delle *Linee guida*.

alla PMA di tipo eterologo<sup>66</sup> (quali, ad esempio, la previsione di limiti d'età dei donatori; la gratuità della donazione; il vincolo per il donante di non effettuare più di un certo numero di donazioni; l'obbligo di istituire una banca dati relativa alle informazioni dei donatori e dei soggetti nati da eterologa; il diritto del nato di conoscere le proprie origini biologiche; la possibilità di richiedere la compatibilità di colore della pelle, gruppo sanguigno e colore di capelli e occhi, nonché il diritto della coppia ad avere adeguata assistenza psicologica durante il percorso formativo di crescita del figlio), chiarendo, altresì, che la procedura volta ad attuare la fecondazione artificiale eterologa sarebbe a carico del Servizio sanitario nazionale, rientrando tra i LEA (livelli essenziali delle prestazioni).

È auspicabile, stavolta, una maggiore ponderazione sulla normativa da adottare, anche in considerazione degli ulteriori profili problematici della legge n. 40, per ora non colpiti da incostituzionalità, ma che, ben presto, potrebbero divenire oggetto del sindacato giurisdizionale e costituzionale. Si fa riferimento, in particolare, al divieto, che si ricava dalla lettera dell'art. 4, comma 1, della legge, per le coppie omosessuali<sup>67</sup> ovvero per i *single* di accedere alla fecondazione. L'esperienza ci insegna come il mutamento del sentire sociale possa condizionare la validità o meno di una norma o, quanto meno, contribuire a interrogarsi sulla sua perdurante attualità<sup>68</sup>. Si fa riferimento a quanto accaduto di recente con le ordinanze di rimessione del Tribunale di Roma<sup>69</sup>, con cui, a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo sul noto caso *Costa e Pavan c. Italia*, il giudice romano ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40, in riferimento agli

<sup>66</sup> Sul punto, cfr. interrogazione presso la Camera dei deputati al Ministero Lorenzin sugli intendimenti a seguito della sentenza n. 162 del 2014 (Resoconto stenografico dell'Assemblea – Seduta n. 255 di mercoledì 2 luglio 2014, consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it)) e il testo dell'audizione del Ministro Lorenzin alla Commissione Affari Sociali alla Camera dei deputati del 29 luglio 2014, consultabile in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

<sup>67</sup> Evidenzia l'ipocrisia della legge n. 40 del 2004 ad escludere dal novero dei soggetti che vi possano ricorrere le coppie omosessuali, nonché le coppie "eterologhe" R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, in *Quad. cost.*, 2002, 793 ss.

<sup>68</sup> Sia consentito il rinvio alla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, nella quale la Corte, pur riconoscendo alle coppie omosessuali adeguata tutela ex art. 2 Cost. in quanto «come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», ne esclude l'equiparazione alle coppie eterosessuali unite in matrimonio, in ragione del fatto che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Per un commento alla sentenza, si vedano, tra i tanti, R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, II, 1629; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, n. 10 del 2010, 997; P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. Cost.*, 2010, 361; F. ANGELINI, *I "compromessi sposi": la Corte fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (2 luglio 2010); M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Politeia*, 2010, 100, 84. Più ampiamente, sul tema, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma etero-sessuale del matrimonio*, Torino, 2010 e *ivi* A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*.

<sup>69</sup> Cfr. Trib. Roma, I Sez. civ., ordd. nn. 69 del 15 gennaio 2014 e 86 del 28 febbraio 2014.



artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto alle coppie non sterili né infertili, ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, le quali, come efficacemente sottolineato da alcuni<sup>70</sup>, avrebbero potuto accedere a tali pratiche solo se si fosse operata un'interpretazione del concetto di *infertilità* di cui all'art. 1 della legge n. 40, tale da intendersi come l'impossibilità di avere «figli vivi e vitali a causa di aborti ripetuti, problemi genetici o malattie infettive».

Dunque, sebbene nell'ordinamento italiano non sia possibile ricorrere direttamente al giudice delle leggi, col tempo potrebbe crescere la consapevolezza e la sensibilità giudiziaria sul tema e gli stessi giudici comuni potrebbero alimentare quel dialogo con la Corte costituzionale, chiedendo di far dichiarare l'incostituzionalità – nei termini dell'*irragionevole ponderazione* – della legge n. 40 anche in ordine all'esclusione di altri soggetti. E, a questo punto, la Corte, memore del percorso argomentativo contenuto nella sentenza n. 162 del 2014, difficilmente potrebbe riuscire a non riconoscere ad altri egual diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative e di perseguire la propria *salus* psicofisica con il supporto delle tecnologie mediche.

D'altra parte, occorre rammentare che aver aperto le porte alla fecondazione eterologa rischia di portare a ipotesi in cui non si abbiano solo una coppia e un donatore esterno, ma anche più donatori, laddove entrambi i soggetti che desiderino avere un figlio, sposati o conviventi che siano, siano affetti da una patologia tale da cagionare l'infertilità o la sterilità assoluta ed irreversibile. In tal caso, si porrebbero due paradossi: in primo luogo, il nato potrebbe scoprire non solo di non essere figlio di uno dei due genitori, ma addirittura di entrambi, con la probabilità di sviluppare un forte *stress* emotivo<sup>71</sup>; inoltre, in questo caso, non si vedrebbe la necessità per la coppia di ricorrere alla PMA eterologa, ben potendo accedere all'adozione.

La proposizione di un tale esempio potrebbe servire a dimostrare come la *ratio* dell'ormai decaduto divieto si fondasse sulla necessità di impedire di eludere l'*impossibilità* – e non, come nel caso della fecondazione omologa, la *difficoltà* – di generare, attraverso le moderne acquisizioni scientifiche. Tenendo a mente questo particolare profilo, potrebbe allora spiegarsi la scelta del legislatore di escludere qualsiasi tipo di pratica di fecondazione eterologa – sia *in vivo* sia *in vitro* – dalla quale deriverebbe la realizzazione di un progetto genitoriale non più naturale, bensì *autoreferenziale*.

Infatti, seppur nella consapevolezza che il desiderio di avere un figlio costituisca un'esigenza insopprimibile, una volta aperto il varco all'eterologa, si potrebbe giungere a derive inaspettate. Si potrebbe, ad esempio, voler riconosciuto e (quasi) garantito il diritto ad avere un figlio, e non solo: un figlio

<sup>70</sup> Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, 2005, 60.

<sup>71</sup> Di contrario avviso, seppur con riguardo alla questione dell'azione di riconoscimento del figlio naturale, cfr. Corte cost., ord. n. 7 del 2012, in cui la Corte afferma come «la crescente considerazione del *favor veritatis* [...] non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la *verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore*, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un *rapporto di filiazione veridico* (sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)» (corsivi nostri).

sano<sup>72</sup>, privo delle caratteristiche genetiche che possano renderlo portatore o affetto da una determinata malattia genetica, fino ad arrivare a voler un figlio con determinate caratteristiche fenotipiche<sup>73</sup>. Cosa che, anche se al momento non è possibile, potrebbe portare nel tempo a convincere della sua irrinunciabilità. Occorrerebbe usare, quindi, particolare cautela quando ci si addentra in ambiti dal forte carattere assiologico, come quello della procreazione, in quanto si potrebbe arrivare a ricondurre quelli che nascono come bisogni sotto l'etichetta di diritti<sup>74</sup>.

## 8. Qualche osservazione (non) conclusiva

Tirando le somme delle riflessioni svolte, ci si pone infine un quesito: che cos'è un figlio? Sorvolando su considerazioni di carattere prettamente religioso che arrivano a considerare la nascita di un figlio come la manifestazione più alta della grandezza di Dio, quello che più semplicemente ci si chiede è se il figlio, così come delineato nelle pieghe del tessuto normativo in esame, possa essere considerato come la realizzazione di un progetto familiare, che avrebbe ugualmente dignità d'essere anche in sua mancanza, ovvero se costituisca l'elemento imprescindibile affinché possa configurarsi il rapporto affettivo o coniugale. La cartina al tornasole del grado di *felicità* di quel rapporto.

La tentazione è quasi quella di ritenere il figlio come la proiezione della coppia genitoriale – una sorta di *portio parentum* – da cui attingerebbe valori e regole di vita. Ma, se da una parte, tale conclusione si sposerebbe sia con l'ipotesi di genitorialità biologica sia con l'ipotesi di genitorialità *artefatta* – tramite adozione o PMA – in quanto avvalorerebbe l'assunto per cui conta a ben poco la provenienza genetica a fronte dell'elemento affettivo, dall'altra sembrerebbe avallare la tesi della irrinunciabilità della presenza di figli nell'ambito del contesto familiare.

A voler parafrasare le argomentazioni addotte dalla Corte nella recente sentenza n. 162 del 2014, si potrebbe formulare il seguente sillogismo. La possibilità di accedere alle tecniche di fecondazione eterologa rientrerebbe nel diritto della coppia di autodeterminazione – affettiva, prima ancora che procreativa – di cui all'art. 2 Cost., che, a sua volta, sarebbe teso a salvaguardare la dignità della stessa dal momento della sua formazione e per tutte le fasi successive<sup>75</sup>. In tale prospettiva, la scelta di accedere all'eterologa non sarebbe in alcun modo sindacabile né tantomeno bilanciabile<sup>76</sup>, in

<sup>72</sup> Cfr. E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i 'giochi di parole' diventano decisivi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 3; B. Randazzo, *La bulimia della Corte dei "desideri"*, cit.

<sup>73</sup> Sulle possibili derive eugenetiche della diagnosi preimpianto, si veda J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2001, trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2002, 33.

<sup>74</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 697 ss.

<sup>75</sup> Sul diritto alla procreazione come espressione della più generale libertà di determinarsi e di perseguire il pieno sviluppo della proprio personalità, si veda A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, Milano, I, 2011, 1342.

<sup>76</sup> Per una nozione di dignità umana come valore "superfondamentale", si veda A. Ruggieri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). *Contra*, M. Luciani, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 1060 ss. Particolarmente efficace è l'immagine della dignità come *bilancia* su cui

quanto sintomatica della necessità di garantire al nucleo di (aspiranti) genitori una vita dignitosa ed appagante.

In realtà, come sopra accennato, in questo modo si rischia di estendere il concetto di dignità a dismisura<sup>77</sup>, fino a farvi ricadere qualsivoglia esigenza sentita come vitale nella sfera più intima della propria coscienza.

Cionondimeno, se si intende la dignità come l'esaltazione della persona umana in tutte le sue manifestazioni psico-sociali, allora diventa ancora più complicato decidere su quale dignità dover appuntare la normativa sulla procreazione medicalmente assistita: se su quella della coppia desiderosa di dare frutto all'amorevole rapporto che la unisce ovvero su quella del nato.

Per cercare di arrivare ad una possibile soluzione del bilanciamento che si è prospettato, bisogna spendere qualche parola sui riflessi che l'adozione della pratica eterologa potrebbe comportare nella sfera personale del figlio così concepito. Niente assicura, infatti, che l'amore della coppia per il figlio nel corso degli anni rimanga immutato. Tutt'altro che lineari sono le dinamiche familiari, e il fatto di avere un figlio *non proprio* potrebbe portare uno dei due coniugi o, anche, entrambi a rifiutare – seppur non legalmente, quanto meno affettivamente – quell'individuo tanto voluto. D'altra parte, ciò potrebbe comportare un notevole disagio per il figlio, e per un duplice motivo: per il fatto di scoprire di non essere figlio genetico; e per il fatto di non sentirsi amato, proprio a causa di questo elemento.

Ancora: proprio il fatto di avere un figlio *in provetta* potrebbe scatenare nei genitori legittimi un perverso meccanismo per il quale, al progressivo emergere delle diversità fisiche o al potenziale affioramento di contrasti caratteriali, quest'ultimi potrebbero arrivare a rinfacciare la mancanza di un legame biologico, sgretolando, così, quell'iniziale progetto familiare che li aveva animati.

Ed infine, potrebbe accadere che il figlio, dopo esser venuto a conoscenza della verità biologica, senta un progressivo distacco nei confronti della famiglia di appartenenza, e cerchi di instaurare un rapporto affettivo con la persona che, sebbene sconosciuta, sente più affine, ossia il donatore; così come potrebbe accadere che i genitori legittimi muoiano e che il figlio pretenda, per un principio di prossimità, l'assistenza e il supporto morale e materiale del donatore, in attuazione di quelle norme costituzionali che ne sanciscono l'obbligatorietà da parte dei *genitori*. In tale evenienza, la lettera dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004 lo consentirebbe?

Ebbene, alla luce della breve casistica che si è cercato di ricostruire, si potrebbe concludere che, anche nell'ambito della normativa più permissiva, sarebbero molteplici i risvolti psicologici e sociali non

---

misurare i beni che si intendono tutelare offerta da G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2008. Ne sottolinea la «funzione residuale» nel bilanciamento tra ricerca scientifica e altri diritti costituzionalmente rilevanti R. BIN, *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in R. BIN, R. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Milano, 2012, 136. Per una ricostruzione storica del concetto in discorso, cfr. P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, 34 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 82 ss.; R.D. GLENSY, *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 74 ss.

<sup>77</sup> Nel senso di configurare la dignità umana come espressione della libertà di autodeterminazione personale, cfr. F. GAMBINI, *Il principio di dignità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, I, Torino, 2005, 231 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

prevedibili né, tanto meno, giuridicamente disciplinabili in via preventiva<sup>78</sup>. Ciò che muove l'animo umano non è, per sua natura, giuridificabile. Le regole morali possono non coincidere del tutto con quelle giuridiche.

D'altra parte, vi è da chiedersi se, abbandonando un approccio così rigido, si voglia veramente percorrere una strada così insidiosa. Ancorché la società moderna abbia dato riprova di accogliere modelli familiari *destrutturati* da un contesto matrimoniale, ma parimenti degni di considerazione e di tutela, nella previsione della molteplicità degli interessi coinvolti e della base affettiva che ne informa l'articolarsi, ci si limita ad osservare che il ricorso alla fecondazione eterologa, che porterebbe parimenti a situazioni plurisoggettive, non sarebbe animato da un senso di affettività condivisa. Il ruolo del donatore nella costruzione della nuova famiglia sarebbe totalmente residuale e confinato al momento di iniziale partecipazione materiale. Al contrario, quello che potrebbe portare a giustificare la proposizione di realtà familiari c.d. allargate sarebbe la consapevolezza che vi sia un solido elemento volontaristico alla base.

Peraltro, il riconoscimento della pratica eterologa potrebbe portare alla formazione di radici identitarie deboli, con potenziali risvolti negativi anche nella rete di relazioni a cui il figlio nel corso della propria esistenza potrebbe approcciarsi.

La soppressione del divieto in questione può comportare indubbiamente un miglioramento della qualità della vita familiare di tante coppie afflitte da patologie riproduttive irreversibili; cionondimeno, le valutazioni che ruotano attorno a una tale scelta non possono arrestarsi alla considerazione del modo più "efficace" per appagare un bisogno affettivo, ma devono spingersi al punto di mettere in dubbio la fondatezza di quel bisogno – o per lo meno al punto di valutare se da quel bisogno può nascere un diritto. Un bisogno che, nel caso di specie, nascerebbe accompagnato da una deficienza colmabile solo tramite il ricorso a pratiche di *fictio parentalis*. Ma la simulazione di una genitorialità non ne determina automaticamente la cosciente assunzione.

Il concetto di genitorialità, come delineato dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, infatti, implica la messa in opera di una serie di comportamenti, responsabilità, sentimenti, vincoli e rinunce, la cui onerosità andrebbe valutata anche alla luce degli equilibri della coppia e dei soggetti terzi del quale si richiede l'apporto. Così inquadrato, il progetto familiare volto alla procreazione e, quindi, alla filiazione tramite PMA eterologa si muoverebbe su un crinale scivoloso in ragione della farraginosità del modello familiare che ne deriverebbe e, soprattutto, in conseguenza del fatto di scaturire dalla smodatezza di un (mal celato) desiderio.

Sia che si tratti di fecondazione omologa che di fecondazione eterologa, è labile il confine tra desiderio e ostinazione. I continui cicli di stimolazione ormonale, gli interventi, le speranze, le delusioni renderebbero la fisiologicità della filiazione un'aspettativa infernale e il desiderio della stessa quasi una necessità per compensare lo *stress* di ricorrere alla fecondazione artificiale.

<sup>78</sup> Colgono le segno le parole di S. AMATO, *Caratteri di biodiritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 1, 41, laddove evidenzia che, nel campo del biodiritto, «qualsiasi intervento normativo, e in qualsiasi forma si manifesti, appare in ogni caso inadeguato: o troppo rigido o troppo aperto. Può essere letto in funzione di quello che preclude o che potrebbe precludere (il timore del paternalismo legale) o alla luce di quello a cui prelude o a cui potrebbe preludere (il timore di una *slippery slope*)» (corsivo dell'A.).

Senza dubbio, sin dall'antichità, i desideri dell'uomo hanno rappresentato il motore delle sue azioni. Ne hanno mosso il passo e caratterizzato la personalità. Tuttavia, questi non sono rimasti sempre immutati e le modificazioni sociali e culturali hanno inciso anche sulla loro configurazione. Le "esigenze di felicità" mutano, e pure rapidamente. Con l'avanzare, poi, delle innovazioni scientifiche e del progresso tecnologico, essi hanno assunto una nuova *facies* e ricevuto quella legittimazione giuridica, a livello normativo come a livello giurisprudenziale, che gli era preclusa.

Un quadro del genere acquista una portata ancora più significativa se rapportato a una dimensione giuridica *globalizzata*, ove il riconoscimento dei diritti fondamentali beneficia della pluralità dei cataloghi che ne proclamano l'inviolabilità e della moltiplicazione dei momenti giurisdizionali di accertamento. Infatti, la sussistenza di livelli giurisdizionali disgiunti dalle relative realtà statuali, da una parte, garantisce una certa neutralità nella salvaguardia di un determinato diritto, in ragione della equidistanza dalle pastoie politiche nazionali; dall'altra, rischia di innescare un meccanismo a catena nel quale quei diritti che non trovano riconoscimento a livello nazionale potrebbero avere più fortuna in altre sedi. Del resto, un tale esito diventerebbe parossistico se valutato con riguardo a quelle aspirazioni che, seppur legittimi, veri e propri diritti non sono e che sarebbero tutelabili solo attraverso forzature interpretative.

Conclusivamente, proprio alla luce della portata *dirompente* dei bisogni umani e del loro potenziale processo di inveroamento giuridico, rimane un quesito da porci: siamo sicuri di voler consegnare ai tumulti dell'animo l'esistenza di un diritto?



## Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti

Chiara Tripodina\*

THE “RIGHT” TO ARTIFICIAL REPRODUCTION IN ITALY: AN EMBLEMATIC STORY, AMONG LAW-MAKER, JUDGES AND COURTS

ABSTRACT: Through the steps of the history of medically assisted reproduction in Italy, that develops in an emblematic way among the law-maker, judges and Courts, the Author deals with the relationship between political law and case law in the protection of last generation fundamental rights.

KEYWORDS: abrogative referendum; Italian constitutional case-law; gametes’ donation; medically assisted reproduction; pre-implantation genetic diagnosis.

SOMMARIO: 1. Il “nuovo diritto” a procreare artificialmente – 2. Corte costituzionale: la sentenza n. 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di PMA – 3. Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita – 4. *Referendum* abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004 – 5. Corte costituzionale: l’ordinanza n. 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto – 6. Corte costituzionale: la sentenza n. 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» – 7. Giurisprudenza di merito: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili – 8. Corte europea dei diritti dell’uomo: la sentenza 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan vs. Italia*: il “diritto al figlio sano” e prime applicazioni in Italia - 9. Corte costituzionale: la questione di legittimità costituzionale pendente in materia di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili - 10. Corte costituzionale: la sentenza n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa - 11. Conclusioni: la PMA tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

### 1. Il “nuovo diritto” a procreare artificialmente

**A**ncora cinquant’anni fa – fino a tutti gli anni Sessanta del Novecento – parlare di procreazione in termini di diritto avrebbe destato stupore: si procreava quando e se la natura lo concedeva; altrimenti ci si rassegnava a una vita senza figli o si percorreva la via stretta dell’adozione.

La procreazione diviene oggetto di rivendicazione in termini di diritto nel momento in cui esce dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta: quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del *diritto a procreare artificialmente*. Un tipico “diritto dell’età della tecnica”, precipitato

\* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali, Università del Piemonte Orientale.

delle nuove possibilità che il progresso della scienza medica pone dinnanzi agli uomini e che, della sequenza delle generazioni dei diritti, rappresenta l'ultimo approdo<sup>1</sup>.

In particolare, la storia della procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA) in Italia prende avvio in una «situazione di carenza [legislativa...] con implicazioni costituzionali»<sup>2</sup>: manca una legge che la disciplini, e tuttavia la pratica è diffusa sin dall'inizio degli anni Ottanta del Novecento<sup>3</sup>, governata solo da sparute circolari ministeriali. Alcuni casi arrivano nelle aule dei tribunali (soprattutto questioni di disconoscimento di paternità)<sup>4</sup>, e i giudici, nel silenzio della legge, incominciano a tessere diritto a partire dal sistema normativo esistente. Finché la questione approda, nel 1998, davanti alla Corte costituzionale, che con un monito invita il legislatore a colmare il vuoto normativo esistente.

Le legge arriva sei anni dopo, nel 2004. E da quella data in poi è un susseguirsi di pronunce di giudici e corti, che, brano a brano, ne colpiscono le parti – gli obblighi e i divieti – più caratterizzanti. E il processo di sgretolamento della legge è ancora in corso: è di pochi mesi fa la pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa, e si è ora in attesa di una pronuncia sul divieto di PMA e diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

Pare allora interessante ricostruire e rileggere le tappe più significative della storia giuridica della PMA in Italia, perché essa si pone come emblematica di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore, giudici e corti nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la nostra Costituzione “non dice”, e che nascono dalle nuove possibilità - ma anche dalle nuove «minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza» - che «possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne»<sup>5</sup>.

## 2. Corte costituzionale: la sentenza n. 347 del 1998 sulla necessità costituzionale di una legge in materia di PMA

La prima tappa significativa della storia della disciplina della PMA in Italia può farsi risalire alla sentenza della Corte costituzionale n. 347 del 1998.

In quella sentenza, la Corte era stata chiamata a giudicare sull'incostituzionalità dell'articolo 235 del codice civile, nella parte in cui, prevedendo la possibilità di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità in capo al marito affetto da impotenza, pareva consentire questa possibilità anche al marito che, colpito da tale patologia, avesse precedentemente dato il consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. La Corte concludeva il giudizio con una pronuncia di inammissibilità per

<sup>1</sup> Sulle generazioni dei diritti, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997; P. BARILE, *Nuovi diritti e libertà fondamentali*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, 1 ss.

<sup>2</sup> Con le parole di Corte costituzionale, sent. 347/1998, poco più oltre richiamata nel testo.

<sup>3</sup> L'11 gennaio 1983 nasceva la prima bambina con PMA in Italia.

<sup>4</sup> Sulla giurisprudenza antecedente la l. 40/2004, P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 279 ss.

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 263 s.



«l'estraneità della fattispecie oggetto del giudizio alla disciplina censurata», ma denunciava al contempo una «situazione di carenza [legislativa...] con implicazioni costituzionali».

In particolare la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali *in primis* «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti, continuava la Corte, che «è compito del legislatore specificare».

Precisando ulteriormente, la Corte lasciava in quella sentenza una frase destinata a divenire un importante pilastro nei rapporti legislatore-giudici nella disciplina delle materie eticamente sensibili: «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore». Tuttavia – aggiungeva – qualora la legge manchi, «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

### 3. Parlamento: la legge 40 del 2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita

A colmare la lacuna denunciata dalla Corte costituzionale provvide il Parlamento, approvando il 10 febbraio 2004 la legge n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»<sup>6</sup>.

Nonostante l'approvazione di una legge fosse considerata da più parti auspicabile – oltre che costituzionalmente necessaria, dopo la pronuncia della Corte – per mettere fine all'anarchia regnante in materia, la scelta concreta del legislatore del 2004 di porre l'embrione sul medesimo piano rispetto agli altri soggetti coinvolti nelle pratiche di PMA come soggetto portatore di diritti<sup>7</sup> divise fin da subito il mondo politico, sociale, oltre che etico e scientifico. In seguito alla sua entrata in vigore, infatti, in ragione dello statuto giuridico forte riconosciuto all'embrione fin dall'istante del concepimento, molte delle pratiche mediche e scientifiche che avevano a oggetto embrioni e che sino a quel momento erano state ordinariamente poste in essere divennero vietate.

Se parte del mondo politico e parte della società fu appagata nel vedere approvata una legge dai contenuti così ideologicamente marcati, altra parte si dimostrò invece fortemente contraria, ritenendo che in uno stato laico e rispettoso della libertà di coscienza fosse possibile e doveroso su materie eticamente controverse addivenire a leggi compromissorie, in grado di fissare regole di compatibilità tra concezioni diverse e interessi contrapposti.

Tra gli strumenti per rimuovere la legge si tentarono sin da subito sia la via del *referendum* popolare abrogativo che quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

<sup>6</sup> Per un primo commento alla legge, *ex multis*, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 3, 453 ss.; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, 2, 501 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 3, 523 ss.

<sup>7</sup> Dice l'art. 1: la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

#### 4. Referendum abrogativo del 2005: il tentativo (fallito) di abrogare la legge 40 del 2004

Il referendum abrogativo fu proposto con cinque quesiti – uno totale e quattro parziali – sui quali giudicò la Corte costituzionale il 13 gennaio 2005, con le sentenze nn. 45, 46, 47, 48, 49. La Corte ritenne ammissibili i quesiti di abrogazione parziale e inammissibile quello di abrogazione totale, in coerenza con la già citata sentenza n. 347 del 1998, che aveva fatto intendere che una legge – quale che fosse – sulla procreazione medicalmente assistita non fosse abrogabile nella sua interezza, perché costituzionalmente necessaria per garantire una tutela minima ai nati da procreazione artificiale<sup>8</sup>.

Il referendum si svolse il 12 e 13 giugno 2005, ma non raggiunse il *quorum* necessario per la sua validità, dato che partecipò alla consultazione referendaria solo il 25,9% degli aventi diritto. La responsabilità di questa scarsa affluenza alle urne fu imputata, in gran parte, all'intervento delle alte gerarchie della Chiesa cattolica, che in quell'occasione fecero ampio uso degli strumenti massmediatici per persuadere i cittadini cattolici ad astenersi dal voto.

#### 5. Corte costituzionale: l'ordinanza n. 369 del 2006 (meramente processuale) sul divieto di diagnosi preimpianto

Anche la via dell'incidente di costituzionalità fu tentata subito: la prima ordinanza in materia è del tribunale di Catania e risale al 3 maggio 2004. In quell'occasione, però, il giudice *a quo* respinse l'istanza di parte, ritenendola manifestamente infondata<sup>9</sup>.

Perché la questione approdasse alla Corte costituzionale si dovette attendere il 2006, quando il Tribunale di Cagliari pose la questione di legittimità costituzionale relativamente all'articolo 13 della legge 40, «nella parte in cui non consente di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave e attuale per la salute psico-fisica della donna».

Rispetto alla prassi in atto prima dell'approvazione della legge, in effetti, la nuova disciplina legislativa aveva segnato una seria diminuzione di possibilità per le coppie ad alto rischio genetico che intendessero scegliere la via della prevenzione. Se, sino agli anni Novanta, "prevenzione" poteva significare solo diagnosi prenatale in corso di gravidanza e aborto terapeutico in caso di anomalia del nascituro con riflessi negativi sulla salute fisica o psichica della madre, da quegli anni in poi era stata resa accessibile la strada della diagnosi genetica preimpianto, che, utilizzando le tecniche della fecondazione *in vitro*, permetteva la produzione di più embrioni con materiale genetico interno alla coppia malata o portatrice sana della malattia genetica, e, previa selezione, l'impianto in utero dei soli embrioni sani. Tale tecnica, poiché evitava il dramma dell'aborto terapeutico, aveva incontrato ampio favore tra

<sup>8</sup> M. ANIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

<sup>9</sup> Il ricorso mirava alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto. A commento, M. OLIVETTI, *Decisione coerente, ma gli interessi vanno bilanciati*, in *Guida al diritto*, 2004, 23, 58 ss.; M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (13 maggio 2004).

le coppie ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche che intendevano scongiurare la nascita di un bambino malato. Dopo l'approvazione della legge 40, tale possibilità era di nuovo preclusa. Le ragioni di perplessità in ordine alla ragionevolezza di tale parte della legge gravitavano soprattutto intorno alla considerazione che, se da un lato la legge mirava a garantire l'intoccabilità degli embrioni quale che fosse il loro "stato di salute", vietando di svolgere su di essi qualsiasi diagnosi preimpianto, dall'altro restava aperta la possibilità di aborto terapeutico dei feti accertati come geneticamente tarati in seguito a diagnosi preparto (l. 194/1978), con l'esito paradossale e irrazionale di tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita (embrioni intoccabili vs. feti abortibili). In quell'occasione, però, la Corte, a fronte dell'alto grado di politicità della questione, decise di non decidere, e si trincerò dietro un'ordinanza processuale di manifesta inammissibilità da molti giudicata pilatesca<sup>10</sup>.

### **6. Corte costituzionale: la sentenza n. 151 del 2009 sulla produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»**

A una prima pronuncia nel merito sulla legge 40 la Corte costituzionale giunse nel 2009, con la sentenza n. 151, con la quale dichiarò l'illegittimità della legge in una delle sue parti più controverse: quella che, per ogni ciclo di fecondazione artificiale, imponeva la produzione di embrioni in un numero strettamente necessario «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» (art. 14, comma 2)<sup>11</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della legge 40, al fine di limitare i disagi per l'aspirante madre causati dalla sottoposizione a stimolazioni ovariche plurime e a ripetuti interventi di prelievo di ovociti, si era affermata la prassi medica di produrre più ovociti in ogni ciclo di procreazione assistita, inseminarli tutti creando embrioni in soprannumero, impiantarne un massimo di due, e crioconservare gli altri per successivi interventi, nel caso in cui il primo tentativo non fosse andato a buon fine. Tutto ciò con una variabilità che dipendeva da diversi fattori da considerare quali, oltre alla qualità degli embrioni, la

<sup>10</sup> Corte costituzionale, ord. n. 369/2006. A commento, A. CELOTTO, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 6, 3846 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, *ivi*, 3849 ss.

<sup>11</sup> *Ex multis*, M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1688 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3, 1696 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (15 luglio 2009); S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 settembre 2009). La sentenza ha trovato conferma un anno dopo nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2010.

salute e l'età della donna e i precedenti esiti di altre procedure di procreazione medicalmente assistita.

L'articolo 14, comma 2 della legge del 2004 vietava di continuare a procedere con questa prassi medica, imponendo quella alternativa della creazione di embrioni necessari a un unico e contemporaneo impianto, e comunque in numero non superiore a tre. Fine evidente della norma era quello di evitare la produzione di embrioni cosiddetti "soprannumerari" (cioè in numero superiore a quelli impiantabili in un'unica volta nell'utero materno), e dunque di rimuovere alla radice la controversa questione circa la loro destinazione.

Nella sentenza del 2009, la Corte costituzionale, in coerenza con le denunce dei giudici *a quibus* e della dottrina maggioritaria<sup>12</sup>, constatò i risvolti negativi che la pratica imposta dalla legge finiva per avere nella prassi: per un verso, «rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non [desse] luogo ad alcun esito», con ciò aumentando i rischi di insorgenza di patologie tumorali che a tale iperstimolazione possono essere collegate; per altro verso, determinando, «in quelle ipotesi in cui maggiori [fossero] le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'articolo 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto». Tutto ciò reso possibile dal fatto che «la previsione legislativa non riconosce[va] al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». La legge, insomma, secondo la Corte, impediva ai medici di esercitare in conformità alla migliore pratica medica, limitandone ingiustificatamente l'autonomia e la conseguente responsabilità, con esiti esiziali sul diritto alla salute (della donna), costituzionalmente garantito dall'articolo 32 della Costituzione.

Imponendo di riservare il medesimo trattamento a situazioni dissimili, il legislatore – continuava la Corte – non violava solo il diritto a ricevere le cure più adeguate rispetto al proprio individuale caso clinico, ma anche contestualmente l'articolo 3 della Costituzione, «riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza», non tenendo in considerazione che nella procreazione assistita le possibilità di successo variano «in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza».

La sentenza della Corte costituzionale cancellava per questi motivi dalla disposizione impugnata le parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», lasciando salvo il residuo disposto dell'articolo 14, comma 2, per il quale «le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto precisato dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario». L'intervento demolitorio manteneva così salvo il principio della "stretta necessità" nella produzione di embrioni, ma

<sup>12</sup> R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008.

il *quantum* che soddisfaceva questo principio non veniva più stabilito *erga omnes* per legge, ma veniva demandato all'autonoma valutazione del medico, chiamato a decidere la pratica migliore per il singolo caso concreto, in scienza e coscienza e in accordo con la volontà del paziente. Come «logica conseguenza» della caducazione delle parole del secondo comma dell'articolo 14, derivava anche la necessità della deroga al principio generale del divieto di crioconservazione stabilito nel primo comma del medesimo articolo, e pertanto la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale anche dell'articolo 14, comma 3, nella parte in cui non disponeva che «il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, [dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

In altre parole, la disciplina che derivava dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dei commi 2 e 3 dell'articolo 14 consentiva nuovamente, come precedentemente alla legge 40, la crioconservazione degli embrioni eventualmente prodotti in soprannumero: il medico, insieme ai pazienti che avessero voluto sottoporsi alla pratica della procreazione medicalmente assistita, avrebbe valutato quanti ovociti prodotti da ogni ciclo di stimolazione ovarica fecondare, quanti embrioni così prodotti impiantare, e quanti crioconservare per altri eventuali futuri impianti.

### **7. Giurisprudenza di merito: soluzioni interpretative per consentire la diagnosi preimpianto alle coppie sterili o infertili e tentativi creativi per consentirla anche alle coppie fertili**

Nel frattempo, in seguito alla mancata decisione della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto, aveva trovato progressivo consolidamento tra i giudici un diritto vivente che, con interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge, era giunto a ritenere lecita la diagnosi preimpianto in talune circostanze<sup>13</sup>.

In particolare, l'articolo 13, comma 2 della legge 40, laddove afferma che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative», veniva interpretato nel senso che era da ritenersi lecita la diagnosi preimpianto qualora fosse richiesta da soggetti che legittimamente avessero avuto accesso alle pratiche di PMA ai sensi della legge (dunque coppie sterili o infertili); avesse a oggetto embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; fosse strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire agli aspiranti genitori un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare ex articolo 14, comma 5 della legge, potendo essi scegliere, in caso di esito infausto della diagnosi, anche di rifiutare l'impianto dell'embrione stesso, con conseguente sua cultura *in vitro* fino al suo estinguersi<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Tribunale di Cagliari, 22-24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007; Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; Tribunale di Bologna, 29 giugno 2009. Su questa evoluzione giurisprudenziale, E. MALFATTI, *L'accesso alla procreazione medicalmente assistita, tra "integrazioni" della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (senza data).

<sup>14</sup> TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, infatti, ha dichiarato illegittima per eccesso di potere la disposizione delle *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* (d.m. 21 luglio 2004, ministro Sirchia), per la quale «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» e «ogni indagine relativa allo stato di salute

Alla luce di questo orientamento giurisprudenziale, consolidato e mai negato nel tempo, si può dire che la diagnosi preimpianto costituisca a oggi nel nostro ordinamento non solo una possibilità lecita, ma un diritto – per di più da garantirsi gratuitamente dal Servizio sanitario nazionale<sup>15</sup> - per le coppie sterili o infertili che ricorrano alla PMA, funzionale a una adeguata e completa informazione sullo stato di salute degli embrioni, ma anche a consentire alla donna una decisione consapevole sul loro trasferimento, che può anche essere rifiutato qualora possa rappresentare un serio pericolo per la sua salute psico-fisica, quale effetto della condizione patologica del concepito.

Residua però un profilo della legge sul quale non pare possibile alcuna interpretazione adeguatrice, pena l'andare contro la sua lettera: la permanente esclusione dalla possibilità di accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, e con esse alle tecniche di diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche; e dunque il dubbio sulla ragionevolezza di una disciplina che discrimina gli aspiranti genitori che necessitano dell'aiuto della tecnica per procreare in ragione delle loro "condizioni personali" (non fertili vs. fertili).

La questione di legittimità costituzionale sotto questo profilo avrebbe potuto essere già sollevata dal Tribunale di Salerno in occasione del giudizio, il 9 gennaio 2010, sul caso di una coppia fertile che chiedeva di poter ricorrere alla diagnosi preimpianto per non trasmettere malattie genetiche ai figli. Ma il giudice di Salerno, anziché sollevare la questione di fronte alla Corte costituzionale, ritenne di poter fare un'interpretazione adeguatrice della legge 40, nel senso di consentire l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie fertili, giacché «il diritto a procreare [un figlio sano<sup>16</sup>], e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie geneticamente trasmissibili».

Decisione criticabile, perché l'interpretazione adeguatrice rispetto alla Costituzione di un testo di legge è possibile solo ove a ciò non osti la lettera della legge stessa: non si può cioè dire che, laddove la legge scrive «infertile», va interpretata come se dicesse «fertile» perché così vuole la Costituzione. Se una legge è contraria a Costituzione, e l'errore non è rimediabile per via interpretativa perché la soluzione adeguata non è tra le possibilità ermeneutiche del testo della legge, l'unica via è sollevare la questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale, pena il sostituire la decisione del Parlamento con quella di un giudice che, ribellandosi alla soggezione alla legge, si fa egli stesso legislatore. Peraltro, agendo senza coinvolgere la Corte costituzionale e forzando il testo della legge, il giudice di Salerno, se da un lato raggiunse l'obiettivo di garantire quello che egli riteneva essere un diritto della coppia che ricorreva di fronte a lui, dall'altro precluse a tutte le altre coppie nella medesima condi-

---

degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». È rimasta salva, invece, giacché non era oggetto di impugnazione, la parte della disposizione che prevedeva che, «qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'articolo 14, comma 5» e, «ove in tal caso il trasferimento dell'embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi».

<sup>15</sup> Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012, che ha prescritto che «qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogare [la diagnosi preimpianto] tempestivamente in forma diretta», la prestazione medica deve essere «erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie».

<sup>16</sup> Il diritto «al figlio, per di più sano» è testualmente indicato in altra parte della sentenza.

zione la possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta per mezzo di una declatoria di illegittimità costituzionale<sup>17</sup>.

### 8. Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan vs. Italia*: il "diritto al figlio sano" e prime applicazioni in Italia

Sul diritto all'accesso alla PMA da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche si è pronunciata anche la Corte europea per i diritti dell'uomo, con sentenza del 28 agosto 2012, nella causa *Costa e Pavan vs. Italia* (n. 54270/10)<sup>18</sup>. All'unanimità la Corte europea ha giudicato la legge 40 in violazione dell'articolo 8 della CEDU, nella parte in cui, vietando la PMA e la diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, lede il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare, sotto il particolare profilo del diritto a «mettere al mondo un figlio non affetto [dalla] malattia genetica di cui sono portatori sani»<sup>19</sup>.

La Corte non ha qualificato l'aspirazione dei ricorrenti come «diritto ad avere un figlio sano», bensì come diritto ad avere «la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui sono portatori sani», non potendo in ogni caso la diagnosi preimpianto «escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro». Secondo la Corte, tale specifico diritto rientrerebbe «nel campo della tutela offerta dall'art. 8», rappresentando «una forma di espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti».

Tuttavia, l'articolo 8, al secondo paragrafo, prevede che non possa esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Per la Corte, la legge 40 con i suoi divieti rappresenta senz'altro un'ingerenza nella vita

<sup>17</sup> C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2010, 1, 1 ss.

<sup>18</sup> Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, *Costa et Pavan vs. Italia*, § 37. La sentenza è su [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), e, nella traduzione italiana, su [www.governo.it](http://www.governo.it). Per un commento, E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 3, 1 ss.; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, 1, 1 ss.; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, *ivi*, 1 ss. C. TRIPODINA, *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa Costa et Pavan vs Italia)*, in *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2013, 3, 923 ss.

<sup>19</sup> Avverso questa decisione, il 22 novembre 2012, il Governo italiano aveva avanzato domanda di rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 CEDU; ma l'11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* l'ha rigettata con provvedimento non motivato, rendendo così la sentenza definitiva ex art. 44, c. 3, lett. c), CEDU. La Corte EU ha dato notizia del rigetto con un comunicato stampa del 12 febbraio 2013 – CEDH 047 (2013) – rinvenibile su [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); la notizia è riportata su [www.governo.it](http://www.governo.it), dove si può trovare anche, in lingua francese, la *Memoria del Governo italiano per il rinvio alla Grande Camera*.

privata delle persone, che tuttavia, da un lato, è prevista con legge, dall'altro, «può ritenersi intesa al perseguimento degli scopi legittimi di tutela della morale e dei diritti e delle libertà altrui». Potrebbe dunque ritenersi un'ingerenza legittima, tra l'altro di quelle rispetto alle quali, «in mancanza di un consenso europeo in materia, gli stati membri godrebbero di un ampio margine di apprezzamento», stante la natura morale, etica e sociale della questione coinvolta.

Sennonché, nel caso in esame, la Corte ha giudicato l'ingerenza dell'ordinamento italiano sproporzionata e incoerente. In particolare, ha ritenuto la tutela dell'embrione, che sta alla base del divieto di diagnosi preimpianto, «inconciliabile con la possibilità offerta ai ricorrenti di procedere ad un aborto terapeutico qualora il feto risulti malato, tenuto conto in particolare delle conseguenze che ciò comporta sia per il feto, il cui sviluppo è evidentemente assai più avanzato di quello di un embrione, sia per la coppia di genitori, soprattutto per la donna». Alla luce di ciò, «è giocoforza constatare che, in materia, il sistema legislativo italiano manca di coerenza. Da un lato esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia».

La Corte non ha, dunque, riscontrato una violazione diretta del divieto di diagnosi preimpianto con l'articolo 8 CEDU, bensì ha ricavato questa violazione alla luce di una triangolazione, in cui un ruolo determinante è stato fatto giocare alla disciplina italiana in materia di interruzione di gravidanza.

Non ha invece accolto la dedotta violazione dell'articolo 14 CEDU<sup>20</sup>: sul punto la Corte ha fatto pienamente sua la ricostruzione del Governo, per la quale «il diritto italiano vieta l'accesso alla diagnosi preimpianto a qualsiasi categoria di persone». Ma così non è: come più sopra detto, in Italia si è affermato un diritto vivente per cui le coppie sterili o infertili hanno il diritto a ricorrere alla diagnosi preimpianto, così come un tale diritto è esteso dalle *Linee guida* alle coppie fertili, di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili<sup>21</sup>.

Rispetto a questa pronuncia della Corte EDU non può non rilevarsi come essa, letta alla luce del diritto italiano, presenti alcune distonie, a dimostrazione di come la dimensione sovranazionale del diritto costituzionale contemporaneo, con la sua moltiplicazione dei piani di tutela, non consenta sempre ricostruzioni armoniche del contenuto e della portata dei diritti su ciascuno dei piani<sup>22</sup>. L'interruzione di gravidanza, infatti, è consentita in Italia non mai – direttamente e funzionalmente – per permettere l'aborto di un feto malato (neppure, più restrittivamente, di un feto affetto dalla specifica malattia di cui i genitori sono affetti o portatori sani e geneticamente trasmissibile), ma esclusivamente ai fini di tutelare la vita e la salute fisica o psichica della donna che il feto reca in grembo. Sicché l'eventuale interruzione di gravidanza di un feto portatore di malattia deve trovare *sempre* la sua giustificazione in questo accertato riflesso patologico sulla salute della madre: è la «realità e gravità del danno o pe-

<sup>20</sup> Critiche sotto il profilo della scarsa valorizzazione della violazione dell'art. 14 CEDU – sia pure in una valutazione complessivamente favorevole della decisione della Corte – C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano*, cit., 1 ss.; L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 119 ss.

<sup>21</sup> Le *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita* consentono infatti la PMA anche alle coppie fertili in caso di malattie infettive a trasmissione sessuale, come HIV o epatite B e C, al fine di depurare lo sperma dalla componente infettiva prima che l'embrione sia fecondato.

<sup>22</sup> M. LUCIANI, *Diritti controversi alla Corte di Strasburgo*, in *l'Unità*, 3 settembre 2012, 15.



ricolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione» l'unica giustificazione costituzionalmente difendibile per una regressione di tutela del concepito<sup>23</sup>.

Ed è la salvaguardia della vita o della salute della donna la sola *ratio* giustificativa che la legge 194/1978 accoglie per consentire l'interruzione volontaria di gravidanza: la donna deve accusare «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica» (art. 4). Anche laddove la legge parla di «anomalie o malformazioni del nascituro», queste sole non possono mai giustificare l'aborto se non riverberano «in grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (artt. 4 e 6). Ed è di nuovo a questa giustificazione – l'inidonea tutela della salute della madre, al fine di tutelare il concepito – che si è appellata la Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009.

La Corte EDU, invece, mai richiama il diritto alla tutela della salute della donna.

E non v'è poca differenza nell'affrontare il discorso sulla diagnosi preimpianto in termini di diritto alla scelta di un figlio sano, oppure in termini di diritto alla tutela della salute della donna. Non si tratta di ipocrisia in punto di diritto: è la linea di confine che divide, in Italia, ciò che è giuridicamente consentito da ciò che non lo è. Ed è una linea di confine che, nonostante le possibili e non nascondibili sovrapposizioni proprio lì dove il confine corre, va difesa in quanto tale.

Nonostante queste distonie, la sentenza di Strasburgo ha iniziato a produrre effetti all'interno del nostro ordinamento giuridico. È stata infatti richiamata sia dal Tribunale di Cagliari che dal Tribunale di Roma, in due casi di richiesta di accesso alla diagnosi preimpianto da parte di coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Nel primo caso la coppia era infertile, e dunque il Tribunale cagliaritano, ponendosi in linea con il diritto vivente già affermato nel nostro ordinamento, non ha avuto problemi a ritenere, nella sentenza 9 novembre 2012, «certamente possibile un'interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia [...], appaiono conformi alla nostra Carta»<sup>24</sup>.

Il caso romano era più problematico, riguardando una coppia fertile: il testo della legge, laddove consente l'accesso alla PMA, e di conseguenza alla diagnosi preimpianto, alle sole coppie sterili e infertili, non consentirebbe – come più volte detto – interpretazioni adeguatrici nella direzione indicata dalla Corte di Strasburgo. Il giudice *a quo* avrebbe, dunque, dovuto investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale per violazione, tra gli altri, dell'art. 117, comma 1. Ma il giudice romano – che si trovava a dover decidere dell'istanza proprio della coppia Costa e Pavan di vedere riconosciuta efficacia immediata e diretta al pronunciamento del giudice europeo – ha ritenuto, con la sentenza del 26 settembre 2013, di non dover investire della questione la Corte costituzionale, e di potere dare alla sentenza europea «immediata esecuzione», essendo la regola da essa ricavabile «sufficientemente precisa e incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna contraria a convenzione»<sup>25</sup>, riconoscendo così alla coppia il diritto alla diagnosi preimpianto e al trasferimento in utero dei soli embrioni sani.

<sup>23</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 27/1975; confermata da sent. n. 35/1997.

<sup>24</sup> Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012.

<sup>25</sup> Tribunale di Roma, 26 settembre 2013. A commento, A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2013; nonché A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in*

9. Corte costituzionale: la questione di legittimità costituzionale pendente in materia di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili

Altri giudici, sempre del Tribunale di Roma<sup>26</sup>, hanno invece deciso di investire la Corte costituzionale della questione di legittimità del divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, per violazione degli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, nonché dell'articolo 117, comma 1, in relazione agli articoli 8 e 14 della Cedu. Per i giudici *a quibus*, infatti, la chiara lettera degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4 della legge 40, nel consentire l'accesso alla PMA solo alle coppie sterili e infertili, non permetterebbe «né una diretta disapplicazione della norma interna, per contrasto con diritti di rango superiore a tutela della salute della donna e del nascituro, né un'interpretazione della norma interna che sia costituzionalmente orientata, permettendo di raggiungere, con una lettura conforme al diritto, lo scopo di tutelare il diritto alla salute della donna e del nascituro».

La Corte costituzionale dovrà dunque pronunciarsi su questo profilo della legge 40. Senza chiamare in causa il – pur invocato nelle ordinanze di rimessione – “diritto al figlio sano”, che non ha alcun fondamento nel nostro ordinamento giuridico, sicuramente il divieto di accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche appare di dubbia costituzionalità sotto più di un profilo.

La medesima logica che conduce a dare prevalenza alla tutela della salute della donna rispetto alla salvaguardia del feto nella disciplina sull'aborto, consentendole in taluni casi di interrompere la gravidanza in seguito a una diagnosi prenatale infausta, è infatti estensibile *a fortiori* al caso in cui, per tutelare la salute della donna, le si consentisse di procedere a una diagnosi preimpianto al fine di poter intraprendere la gravidanza con un embrione sano, evitandole l'esperienza devastante, tanto sotto il profilo fisico che psicologico, di una gravidanza sorvegliata e di una successiva interruzione della stessa. La legge 40, pertanto, risulta irragionevole (per *irragionevolezza intersoggettiva*), nella parte in cui consente che siano trattate in modo differente la donna che intende interrompere volontariamente la gravidanza dopo la diagnosi prenatale, al fine di tutelare la sua salute, e la donna che, con il medesimo fine, intende intraprendere una gravidanza assistita solo previa diagnosi preimpianto.

La legge risulta, inoltre, irragionevole (per *irragionevole bilanciamento tra diritti confliggenti*), nella parte in cui per tutelare in modo forte l'embrione, nega totalmente protezione alla salute della donna, già indicata, invece, dalla giurisprudenza costituzionale, come preminente in caso di conflitto con gli interessi del nascituro<sup>27</sup>. Con una lesione, di riflesso, anche del diritto all'autonomia e responsabilità del medico di operare con il consenso del paziente le scelte professionali ottimali allo stato delle

---

*esecuzione*” di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi preimpianto, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.

<sup>26</sup> Tribunale di Roma, 15 gennaio 2014; Tribunale di Roma, 28 febbraio 2014. Su queste ordinanze del Tribunale di Roma, come su quelle di Cagliari e Roma citate nel precedente paragrafo, A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del “desiderio” di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2014, 2, 1 ss.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sent. n. 27/1975: «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

conoscenze scientifiche, risultando vietato l'utilizzo della metodologia a oggi meno gravosa per raggiungere il fine di tutela della salute della donna.

Ancora, la legge appare segnata dal vizio di *irragionevolezza strumentale*, laddove il mezzo che predispone (divieto di diagnosi preimpianto) non è funzionale al raggiungimento del fine che si propone (tutela del concepito): nel porre il divieto di soppressione del concepito nella fase embrionale, infatti, è la legge 40 stessa, all'articolo 14, commi 1 e 4, a far salvo «quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194», ammettendo la soppressione del concepito nella fase fetale. Con l'esito paradossale di vietare, tra le due – diagnosi preimpianto dell'embrione con esito eventuale la sua crioconservazione o diagnosi prenatale del feto con esito eventuale il suo aborto –, la pratica che impatta sulla vita del concepito nello stadio di sviluppo più remoto e nel modo più attenuato, lasciando consentita l'altra.

Da ultimo, ma non per importanza, ulteriore profilo di *irragionevolezza intersoggettiva* della legge si manifesta nel fatto che la diagnosi preimpianto non è vietata *in toto* in Italia, ma è consentita alle coppie sterili e infertili, oltre che alle coppie fertili di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. Ma, aperta la breccia nel muro del divieto assoluto alla diagnosi preimpianto, resta irragionevole l'esclusione dall'accesso alla medesima pratica delle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili: se, a tutela della propria salute, la donna sterile o infertile può chiedere di conoscere lo stato di salute dell'embrione, e decidere di conseguenza se procedere all'impianto, non si vede perché medesime ragioni di tutela della propria salute (se non più forti, alla luce della consapevolezza del proprio quadro genetico) non possano essere vantate dalla donna fertile portatrice di malattie genetiche trasmissibili: escluderla vorrebbe dire praticare nei suoi confronti una discriminazione sulla base di una diversa condizione personale (fertilità vs. infertilità o sterilità), che non può rivendicare alcuna ragionevolezza.

Dovrebbe, alla luce di tutto ciò, essere mutata anche la definizione giuridica di PMA: non più solo strumento per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1, l. 40), ma anche strumento per tutelare la salute della donna fertile che voglia intraprendere una gravidanza e che sia affetta o portatrice sana di malattia geneticamente trasmissibile, o il cui compagno sia affetto o portatore sano di malattia geneticamente trasmissibile o di malattia virale sessualmente trasmissibile.

In ultima analisi, se la legge 40 ha da essere dichiarata incostituzionale nella parte in cui non consente l'accesso alla PMA e alla diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, è per i numerosi profili di illegittimità e irragionevolezza elencati, e non per contrasto con un'inesistente – in Italia come in Europa – diritto al figlio sano<sup>28</sup>.

## 10. Corte costituzionale: la sentenza n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa

Da ultimo, con la sentenza 162 del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale ha inflitto un nuovo colpo alla legge 40, giudicando illegittimo il divieto di ricorso a fecondazione eterologa (art. 4, comma 3), nel-

<sup>28</sup> *Contra* G. GEMMA, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, cit., 121 ss.

la parte in cui non ne è esclusa l'applicazione alla coppia alla quale «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili»<sup>29</sup>.

La questione sulla legittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa era, invero, approdata alla Corte già nel 2009. I Tribunali di Milano, Firenze, Catania<sup>30</sup> avevano allora fondato i loro dubbi di costituzionalità con riguardo a molteplici parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 31, 32), tra i quali l'articolo 117, comma 1, Cost. per violazione degli articoli 8 e 14 della Cedu, nell'interpretazione offerta dalla prima sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione *Case of S.H. and others vs. Austria* del 1 aprile 2010, che aveva giudicato incompatibili con i citati articoli della Cedu la legge austriaca in materia di PMA, nella parte in cui vietava il ricorso ad alcune pratiche di fecondazione eterologa<sup>31</sup>.

Nelle more del giudizio costituzionale, tuttavia, tale sentenza era stata completamente rivista dalla *Grand Chambre*, che, con sentenza del 3 novembre 2011, aveva giudicato non incompatibili con la CEDU le restrizioni alla donazione di gameti previsti dalla legislazione austriaca. In particolare la Grande Camera, nel valutare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nelle cause che coinvolgono l'articolo 8 della CEDU, aveva ricordato come, da un lato, «laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato [sia] di norma limitato»; ma, dall'altro, qualora «non esist[a] alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli» e «la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica», il margine di apprezzamento sia «più ampio», spettando alle autorità dello Stato, «grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi», pronunciarsi «non solo "sull'esatto contenuto dei requisiti della morale" nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta».

Alla luce di questa sentenza, la Corte costituzionale italiana, cogliendo l'occasione per «non decidere» una questione politicamente difficile, con ordinanza n. 150 del 2012, aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché procedessero a un rinnovato esame dei termini delle questioni di legittimità costituzionale. A seguito del riesame, dei tre giudici rimettenti, solo il Tribunale di Milano<sup>32</sup> aveva ripresentato il dubbio di legittimità con riguardo all'articolo 117, comma 1; parametro rispetto al quale, tuttavia, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 162 del 2014, ha ritenuto di non doversi pronunciare, giudicando «assorbiti» i motivi di censura formulati con riferimento a esso. Quasi a volersi smarcare dal giudice internazionale e dal suo richiamo all'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in materia di PMA eterologa, che, se seguito dalla Corte, avrebbe dovuto

<sup>29</sup> Per i primi commenti alla sentenza, C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it) (17 giugno 2014); A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (11 giugno 2014); A. MUSUMECI, «La fine è nota». Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, luglio 2014; M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it) (17 giugno 2014).

<sup>30</sup> Tribunale di Milano, 6 settembre 2010; Tribunale di Firenze, 21 ottobre 2010; Tribunale di Catania, 2 febbraio 2011.

<sup>31</sup> Corte EDU, 1 aprile 2010, *Case of S.H. and others vs. Austria*, su [www.echt.coe.int](http://www.echt.coe.int).

<sup>32</sup> Tribunale di Milano, 8 aprile 2013. Le ordinanze degli altri giudici sono, rispettivamente, Tribunale di Firenze, 29 marzo 2013; Tribunale di Catania, 13 aprile 2013.

condurla a una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore (come sostenuto dalla difesa erariale), o comunque impegnarla nella complessa valutazione sul «come ed in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»<sup>33</sup>. L'elemento di reale novità rispetto al 2009 è rappresentato, in ogni caso, dalla precisa volontà della Corte costituzionale – quel che essa definisce il suo «potere-dovere» – di decidere.

Rispetto agli articoli della Costituzione della cui violazione si dubita – gli articoli 2, 3, 29, 31, 32 – la Corte costituzionale ha ritenuto di dover effettuare lo scrutinio delle censure «avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri», dal momento che la PMA «coinvolge plurime esigenze costituzionali», che, nel loro complesso, richiedono un bilanciamento «che assicuri un livello minimo di tutela legislativo ad ognuno». La Corte procede, dunque, dichiaratamente a un giudizio sul bilanciamento operato dal legislatore del 2004, a partire dagli interessi che la scelta politica del legislatore ha sacrificato con l'imporre il divieto di fecondazione eterologa.

Il primo è quello che la Corte costituzionale qualifica come *l'incoercibile determinazione di avere figli*. Per la Corte, la scelta della coppia, anche assolutamente sterile o infertile, «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli articoli 2, 3 e 31 Cost., concernendo la sfera privata e familiare. Sicché «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali», e ciò anche quando sia esercitata «mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Più prosaicamente - ma con parole che i giudici costituzionali non osano pronunciare – viene riconosciuto «il diritto al figlio», e il diritto alla fecondazione eterologa per ottenerlo. Si tratta di un riconoscimento impegnativo e totalmente inedito per la giurisprudenza costituzionale, che in passato aveva parlato, al più, di necessità di tutelare «le esigenze di procreazione»<sup>34</sup>. Il riconoscimento di tale diritto si fonda su un'equiparazione – invero non così lineare come la Corte vorrebbe fare sembrare – tra gli ostacoli politici alla formazione di una famiglia e gli ostacoli che la natura oppone alla procreazione. Quasi che vi fosse un imperativo categorico che imponesse al legislatore di tradurre in diritto tutto ciò che la tecnica consente, per il sol fatto che lo consente, senza possibilità di frapporre alcuna valutazione discrezionale.

Altro diritto sacrificato dal divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa è, per la Corte costituzionale, il diritto alla salute, inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della *salute psichica* oltre che fisica». È infatti certo «che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia». La Corte non invoca la tutela della salute fisica, pur essendo l'infertilità e la sterilità delle patologie, in quanto è oggetto di dubbio che si possa prospettare la PMA in genere, e quella eterologa in particolare, come «cura», il cui divieto può incidere negativamente sulla salute fisica delle persone sterili o infertili. Alla luce di questa difficoltà, la Corte muta angolo di prospettiva, guardando la sterilità e l'infertilità non tanto come malattie, bensì come – a loro volta – fonti di disturbi della sfera psico-emotiva, rispetto ai quali – questa volta

<sup>33</sup> Con le parole di Corte costituzionale, sent. n. 317/2009.

<sup>34</sup> Corte costituzionale, sent. n. 151/2009.

si – la PMA potrebbe rappresentare una cura dal punto di vista psicologico, andando ad appagare il desiderio di genitorialità, destinato a rimanere altrimenti frustrato.

Anche se desta più di una perplessità trovare un'interpretazione così ampia del diritto alla salute psichica, come diritto a vedere appagati i propri desideri o bisogni profondi - con il solo limite della non lesione degli altri interessi costituzionali -, con conseguente dovere della Repubblica di rimuovere tutti gli ostacoli che a essi si frappongono. Non che sia di per sé errato il riconoscimento della tutela della salute nella sua complessità e nella sua totalità, e dunque tanto nella sua componente fisica che psichica<sup>35</sup>; ma non basta affermare che «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondar il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici», per scongiurare il rischio che in futuro qualunque sofferenza psichica possa venire declinata come “diritto costituzionale al benessere” o “al non malessere”.

Il divieto di fecondazione eterologa «incide, dunque, sui richiamati beni costituzionali». Tuttavia «ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo», occorrendo verificare anche «se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame». La Corte passa così ad analizzare gli interessi costituzionali a presidio dei quali il legislatore del 2004 aveva posto il divieto. «L'unico interesse» che viene in questione e che si contrappone ai citati beni costituzionali è «quello della persona nata da PMA di tipo eterologo»: occorre accertare se tale interesse possa venire leso, «a causa del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale», oppure in termini di «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica».

Quanto al possibile rischio di danno alla salute psichica del nato da eterologa, a causa della scissione della genitorialità biologica da quella sociale, la Corte lo denuncia, ma poi non spende al riguardo alcun argomento. La Corte affronta invece il profilo della possibile violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica, che risolve pianamente, ricorrendo all'analogia con l'istituto dell'adozione – parendo dimenticare la profonda diversità, non solo di movente, tra le due situazioni giuridiche – per il quale un recente intervento legislativo<sup>36</sup> «ha disciplinato l'an ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato».

Alla Corte pare così di avere con evidenza dimostrato come il censurato divieto, avendo cagionato «una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato», sia, in definitiva, «il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento».

La Corte passa dunque a elencare i vizi di razionalità della legge 40, ulteriori rispetto all'irragionevole bilanciamento: a) *l'irrazionalità intrinseca*, in quanto, benché la legge 40 dichiara, all'articolo 1, comma 1, di voler «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana», il divieto di PMA eterologa preclude ad alcune coppie sterili o infertili il conseguimento del fine dichiarato «in contrasto con la *ratio legis*»; b) *l'irrazionalità intersoggettiva sulla base della gravità della patologia*, perché la legge discrimina, tra tutte le coppie affette da sterilità e infertilità, quelle

<sup>35</sup> Appropriatissimo fu, ad esempio, tale riconoscimento in Corte cost., sent. n. 161/1985, sull'identità sessuale delle persone transessuali, in ragione della necessità di ricomporre in esse la scissione tra soma e psiche.

<sup>36</sup> Art. 28, commi 4 e 5, l. 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

colpite da patologie più gravi. Per la Corte, il fatto che «le situazioni in comparazione non [siano] completamente assimilabili» «non rileva», giacché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe, come appunto nel caso in esame». La Corte non spiega né perché le fattispecie, «pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», né quali sono quelle «regole del discorso pratico» che sia assumono violate. In ogni caso, rime assai mobili e assai poco obbligate, ma in grado di incidere in modo decisivo sul giudizio di legittimità costituzionale delle scelte politiche operate dal legislatore; c) *l'irrazionalità intersoggettiva sulla base della capacità economica della coppia*, perché la legge, regolamentando «gli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro paese», e dichiarando non punibili l'uomo e la donna ai quali è applicata tale fecondazione, mostra di trattare in modo indiscriminatamente più favorevole, tra le coppie affette dalla patologie più gravi, quelle più ricche, le quali possono esercitare il loro diritto fondamentale al figlio anche fuori dall'Italia, nei paesi che riconoscono come legittima la pratica della fecondazione eterologa, mentre solo le coppie «prive delle risorse finanziarie necessarie per poter fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri paesi» si vedono negato in assoluto l'accesso a tale diritto; «ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto della disposizione in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». Dal punto di vista fattuale, quel che narra la sentenza è vero: migliaia di persone, dal momento in cui è entrata in vigore la legge 40, hanno praticato "turismo procreativo", per aggirare i divieti da essa imposti; ma è evidente come sia quantomeno fragile, se non pericoloso, l'uso dell'argomento dei "turismo dei diritti" per giudicare la ragionevolezza delle scelte del legislatore italiano che decida di vietare ciò che altri paesi consentono<sup>37</sup>.

## 11. Conclusioni: la PMA tra diritto politico e diritto giurisprudenziale

La narrata storia del diritto a procreare artificialmente è una storia in cui diritto politico e diritto giurisprudenziale, come ordito e trama in un arazzo, si intrecciano strettamente; ma dove il ruolo determinante nel comporre il disegno finale del tessuto lo svolge sicuramente il secondo. L'attuale profilo della disciplina della PMA è determinato, infatti, ormai più dagli interventi di giudici e corti, che da quanto inizialmente disposto dal legislatore.

Questo ruolo preponderante del diritto giurisprudenziale sul diritto politico non è un *unicum* della disciplina della PMA, ma è, al contrario, elemento che caratterizza la storia della tutela di tutti i diritti di ultima generazione.

Il legislatore italiano risulta, infatti, quasi sempre in ritardo e affanno rispetto all'evoluzione della scienza e ai problemi che essa pone; e, quando decide, lo fa seguendo un "modello impositivo"<sup>38</sup>,

<sup>37</sup> Sulla fragilità dell'argomento del "turismo dei diritti", basti citare, per tutti, L. ELIA, *Una brutta pagina*, in *Il Popolo* (8 giugno 2000).

<sup>38</sup> Parla di «modello impositivo» – che tende a imporre modelli di comportamento individuale tesi al rispetto e alla promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l'ordinamento suppone sia il suo bene – in alternativa a un «modello permissivo» – che riconosce il singolo come agente morale assolutamente libero e ne

“dall’alto”<sup>39</sup>, tale per cui a tutti impone ciò che la maggioranza (parlamentare) considera eticamente corretto. Sicché il diritto giurisprudenziale viene sempre più chiamato in causa per rimediare ai vuoti (come nel caso dei diritti delle persone nelle fasi terminali della vita) o alle storture (come nel caso della PMA) del diritto politico.

La “competenza normativa concorrente” del diritto giurisprudenziale<sup>40</sup>, così, da eccezionale e residuale rispetto al diritto legislativo, si è fatta progressivamente ordinaria e prevalente, e la denuncia dell’assenza di una legge, o la denuncia di una cattiva legge, è divenuta mera clausola di stile per aprire a creazioni giurisprudenziali.

Ciò non è solo quel che di fatto accade nelle pronunce dei giudici e delle corti, ma è anche quel che viene teorizzato come desiderabile da parte dei più: ossia, il definitivo superamento del diritto politico nella disciplina dei diritti fondamentali ad opera del diritto giurisprudenziale; il solo reputato in grado di offrire adeguata tutela ai diritti, e a quelli di ultima generazione in particolare, da un lato garantendo la massima aderenza del diritto alle mutevoli esigenze del caso concreto e la sua costante adattabilità a una realtà in continua trasformazione, dall’altro non imponendo mai scelte definitive tra i valori in conflitto, ma solo decisioni valide per casi o profili specifici<sup>41</sup>. In ragione di tutto ciò, viene formulato l’auspicio di un incremento e potenziamento di operatività del già instaurato “dialogo tra le Corti”, ossia del circolo virtuoso attivo tra i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e sovranazionali – ormai «*bouche du droit* (dell’intero sistema normativo, cioè) e non della semplice *loi*»<sup>42</sup> – in grado di garantire la cosiddetta “tutela multilivello” dei diritti senza bisogno di passare dal legislatore, ma applicando in via diretta e immediata i testi costituzionali. L’esito ultimo di una teorizzazione siffatta è chiaro: viene rinnegata qualunque priorità logico-temporale della decisione legislativa su quella giurisprudenziale, qualunque sua necessarietà: il diritto giurisprudenziale non più come applicazione e integrazione del diritto politico, ma come sua definitiva surrogazione.

È questo esito desiderabile? È desiderabile la marginalizzazione del Parlamento nell’assunzione delle decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse che riguardano diritti fondamentali di ultima generazione?

Non pare, se, oltre ai possibili vantaggi – il diritto non più proprietà di uno solo, ma «oggetto delle cure di tanti»<sup>43</sup> – si tengono in considerazione anche i possibili inconvenienti della cessione di potere decisionale dal potere politico a quello giudiziario. Primi fra tutti – oltre all’assenza di discussione

---

rispetta l’autonomia e l’autodeterminazione - C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 131 ss.

<sup>39</sup> Parla di approccio del diritto “dall’alto” - in cui prevale un’idea astratta della persona e dei suoi interessi – in alternativa a un approccio “dal basso” - che pone al suo centro una visione concreta della persona e dei fatti in cui è coinvolta – P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 7 ss.

<sup>40</sup> Parla di competenza normativa concorrente tra legislatore e il *continuum* corte costituzionale-giudici M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, 2009, 57.

<sup>41</sup> *Ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 84 ss.; Id., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, part. 161 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell’embrione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2010, 231 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss.

<sup>42</sup> A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 36; si veda anche D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto “al diritto”. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

<sup>43</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213.



pubblica, di rappresentanza di tutte le parti, di responsabilità nel processo di assunzione delle decisioni politiche – le ricadute sulla certezza del diritto e sull'uguale trattamento dei cittadini. Inconvenienti tanto maggiori quanto più si ha a che fare con i diritti fondamentali della persona e le diverse possibilità interpretative circa la loro tutela coincidono con un conflitto etico profondo e aperto all'interno della società sui valori coinvolti<sup>44</sup>.

La narrata storia della PMA è emblematica di questa incertezza: il giudice che si trovi a dovere applicare la legge sulla PMA può ritenere che essa non presenti alcun profilo di incostituzionalità, ma sia anzi coerente con una visione forte del principio personalista e del diritto costituzionale alla vita<sup>45</sup>; o, viceversa, può ritenere che sia incostituzionale sotto molteplici profili, a partire dalla mancanza di tutela della salute della donna<sup>46</sup>. Può ritenere che il divieto alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche sia superabile attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione, anche se *contra legem*<sup>47</sup>; oppure può ritenere insuperabile il chiaro divieto legislativo per via interpretativa, e ritenere necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte per rimuoverlo<sup>48</sup>. La stessa Corte costituzionale, in un dato momento storico, può decidere di non decidere su una questione politicamente complessa e controversa<sup>49</sup>; oppure può ritenere suo "potere/dovere" farlo<sup>50</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo può giudicare la legge italiana sulla PMA in contrasto con la CEDU in quanto in contraddizione con la disciplina italiana sull'aborto e il diritto ad avere un figlio sano<sup>51</sup>; mentre nell'ordinamento italiano si è sempre e solo parlato di interruzione volontaria di gravidanza al fine di tutelare la salute, fisica e psichica, della donna<sup>52</sup>. Ciascun giudice e ciascuna corte, a seconda della *sua* pre-comprensione del caso, del *suo* modello valoriale di riferimento, della *sua* interpretazione della Costituzione e delle carte costituzionali, ha, insomma, offerto soluzioni diverse, quando non opposte, ai medesimi casi. Questa incertezza, questa potenziale disuguaglianza di risulta, più di ogni altra cosa, pare inquietante.

Si dirà: la molteplicità delle interpretazioni ricavabili da un testo in ragione dei casi che interrogano il diritto non ha nulla di inquietante; è un dato ineliminabile – anzi qualificante – del diritto, pura ingenuità denunciarlo o farsi da esso impressionare. La replica è corretta, senonché parlare di "interpretazioni" vuol dire parlare di significati che si traggono da testi. Se il testo viene giudicato superfluo, ignorato, disconosciuto, da dove si traggono le interpretazioni?

Si risponderà: dai testi costituzionali; inutile e superfluo è solo il testo legislativo, strutturalmente inadeguato. I giudici e le corti sapranno trarre tutto ciò che serve per disciplinare i casi più controver-

<sup>44</sup> Nello stesso senso, A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XVI.

<sup>45</sup> Tribunale di Catania, 3 maggio 2004.

<sup>46</sup> TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398; Tribunale Firenze, 12 luglio 2008; Tribunale Firenze, 26 agosto 2008, che sollevano la questione di legittimità costituzionale che la Corte costituzionale decide con sentenza n. 151/2009.

<sup>47</sup> Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010; Tribunale Roma, 26 settembre 2013.

<sup>48</sup> Tribunale di Roma, 15 gennaio 2014; Tribunale di Roma, 28 febbraio 2014.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, ord. n. 369/2006.

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentt. nn. 151/2009; 162/2014.

<sup>51</sup> Corte EDU, 8 agosto 2012, *Costa et Pavan vs. Italia*.

<sup>52</sup> Corte costituzionale, sentt. nn. 27/1975; 25/1997; l. 194/1978.

si dai soli testi costituzionali: la Costituzione, la Convenzione EEDU, la Carta dei diritti dell'Unione Europea. Null'altro di intermedio occorre.

I testi costituzionali. Ma sulle questioni eticamente controverse che riguardano i diritti di ultima generazione i testi costituzionali non dicono: si tratta di "diritti senza costituzione"<sup>53</sup>. E non solo perché non furono, *ratione temporis*, nella mente dei costituenti, ma anche perché la nostra è una Costituzione tollerante, temperata, non totale<sup>54</sup>, che lascia convivere le une accanto alle altre le diverse possibilità insite nel pluralismo democratico, riconoscendo molteplici principi senza costringerli in un rigido inquadramento gerarchico. Diritto alla vita, tutela della salute, libertà personale, autodeterminazione, rispetto della dignità umana, uguaglianza, solidarietà vengono tutti chiamati in causa nelle questioni bioetiche (il classico richiamo, come in un'endiadi, agli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione); ma naturalmente come essi vengono interpretati (cos'è "vita", cos'è "dignità", cosa è "uguaglianza (ragionevole)", e cosa "solidarietà", fin dove arriva la "libertà"... ) e come vengono ponderati dipende in ultima analisi – salvo i "nuclei duri" di significato e di tutela che non possono essere messi in discussione e sono pertanto indecidibili – da scelte discrezionali; dunque da "decisioni".

La questione che storie come quella della PMA pongono con urgenza è questa: chi è legittimato ad assumere le decisioni? È giusto che scelte politiche fondamentali in materia di questioni eticamente controverse, sulle quali si registra una spaccatura netta all'interno della società e delle società, vengano assunte, pur in assenza di indicazioni univoche ricavabili dai testi costituzionali, da giudici o da corti, e non dal legislatore democraticamente eletto?

La questione – certo non nuova - è complessa, soprattutto in presenza di "cattive leggi", come in buona parte è la legge 40/2004. Quando un diritto costituzionale è totalmente sacrificato a vantaggio esclusivo di un altro (il diritto alla salute della donna vs il diritto allo sviluppo e alla vita dell'embrione) non è in discussione l'opportunità del bilanciamento posto in essere dal legislatore, ma l'assenza di bilanciamento, che la nostra Costituzione sicuramente non tollera. In questi casi, l'intervento correttore dei giudici e delle corti non è solo opportuno e auspicabile, ma anche necessario.

Ma quando un (preteso) diritto non è (chiaramente, pacificamente) tra quelli tutelati dalla Costituzione (come il "diritto ad avere un figlio", anche con patrimonio genetico altrui; come il "diritto ad avere un figlio sano", sganciato dal diritto alla tutela della salute della madre), allora l'intervento di giudici e corti teso a sostituire alla decisione politica assunta dal legislatore un'altra decisione, altrettanto politica in quanto non costituzionalmente imposta, è assai più discutibile.

Cosa renda preferibile la decisione politica del legislatore rispetto alla decisione politica di giudici e corti laddove la Costituzione non dice, è evidente: solo rispetto alla prima chi discute e sceglie sono i rappresentanti dei cittadini, persone cioè, che - pur nell'assenza del vincolo di mandato - hanno ricevuto il voto dai cittadini in ragione di valori e progetti politici di cui si dichiarano portatori; il dibattito che si svolge in parlamento è pubblico, controllabile, valutabile, ad esso prendono parte tutti i rap-

<sup>53</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 1 ss.

<sup>54</sup> Sul punto, V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 15; C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2008, 254 ss.

presentanti dei cittadini, sia quelli che concorrono alla maggioranza di governo che quelli che sono rimasti in minoranza all'opposizione; la pubblicità del processo di formazione fa sì che chi ha assunto la decisione sia politicamente responsabile di fronte ai suoi elettori; le decisioni assunte sono generali e astratte e, se le leggi sono ben redatte, non pongono in discussione la certezza del diritto.

Per almeno tutte queste ragioni, alla marginalizzazione della politica nell'assunzione delle decisioni politiche fondamentali, pur nella sua innegabile crisi, non ci si dovrebbe rassegnare. Ma, certo, affinché non venga marginalizzato, il legislatore dovrebbe diventare "buon legislatore", non potendosi negare che buona parte della responsabilità per la crescita di libertà creativa dei giudici sia da imputarsi alla cattiva qualità delle leggi.

In un contesto come quello dell'età della tecnica, "buon legislatore" è quello che non si sottrae al dovere di dettare una disciplina sulle questioni eticamente controverse, ma sa farlo rimanendo in equilibrio lungo il sottile crinale che gli è imposto dal rispetto di Costituzione, scienza, coscienza e corpo: *Costituzione*, perché il buon legislatore non deve essere affannato e sordinato segugio del novitismo scientifico, prono all'imperativo categorico per il quale «tutto ciò che è tecnicamente possibile fare va fatto e deve divenire diritto», ma deve sapere opporre al potere tecnologico i confini fissati dalla Costituzione a difesa dei diritti e della dignità dell'uomo; *scienza*, perché il buon legislatore, salvaguardato il nucleo intangibile dei diritti costituzionali, deve conoscere e rispettare anche i limiti che la scienza pone all'esercizio della sua discrezionalità politica nelle materie che toccano il corpo dei cittadini, non potendo in questi campi prescindere dalle conoscenze scientifiche e dalle evidenze sperimentali acquisite; *coscienza*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle materie eticamente controverse sulle quali la Costituzione non dice, deve saper assicurare a ciascuno spazi di libertà morale che gli consentano di agire in conformità alla propria coscienza, ricorrendo di preferenza a modalità deontiche deboli (permesso/facoltà), piuttosto che a quelle forti (obbligo/divieto); infine *corpo*, perché il buon legislatore, soprattutto sulle questioni in materia di bioetica, sa che il rispetto della coscienza dei cittadini si riflette nel rispetto del loro corpo e che, viceversa, l'imposizione per legge di un'opzione etica si può tradurre in coercizione non solo della libertà morale dei cittadini che non la condividono, ma anche della loro libertà personale, costringendoli a subire nel corpo pratiche o situazioni da loro percepite come crudeli e degradanti.

Alla luce della narrata storia giuridica della PMA, non si può dire che il legislatore italiano sia stato un "buon legislatore". Ma neppure i giudici, né comuni né costituzionali, sono stati sempre "buoni giudici". La morale che si potrebbe trarre da questa storia potrebbe essere nel senso di indurre a un impegno diffuso di tutti gli operatori del diritto – legislatore, giudici, corti, comunità scientifica – per la ricostruzione di un modello culturale collaborativo e non combattivo del diritto, in cui vi sia compenetrazione e non antagonismo tra le parti che concorrono alla sua vita, *gubernaculum* come *iurisdictio*, evitando qualsiasi rassegnazione all'esistente, qualsiasi marginalizzazione degli elementi "in crisi", nella consapevolezza che la crisi di un elemento – il *gubernaculum* – non giova all'intero, ma anzi presto riverbera negativamente anche sul secondo – la *iurisdictio* – e sull'intero sistema, nonché, sicuramente, sulla tutela dei diritti costituzionali, quale che sia la generazione alla quale appartengono.



## L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004

Stefano Agosta\*

ANABASIS (WITH CHANGING FORTUNES) OF ASSISTED REPRODUCTION WITH GAMETE DONATION, TEN YEARS AFTER LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: A punctual analysis on the former, strict ban on assisted reproduction with gamete donation in Italy – established by law no. 40/2004 – and its following, progressive “demolition” by the Italian Constitutional Court (especially by the recent judgement no. 162/2014). A reflection about the *criteria* applied by the Court, the role of the European Court of Human Rights and the future, desirable legislation on ethically sensitive subjects.

KEYWORDS: Bioethics and legislation, European Court of Human Rights, assisted reproduction with gamete donation, Italian constitutional case-law, reasonable balance

SOMMARIO: 1. Premessa: la fecondazione eterologa sulle rotaie delle montagne russe – SEZIONE PRIMA: PROFILI DE IURE CONDITO DELLA SENT. N. 162/2014 – 2. Il gioco di scatole cinesi dei diritti fondamentali delle coppie assolutamente sterili/infertili ed il rientro in grande stile del giudice costituzionale – 3. Il divieto di procreazione di tipo eterologo alla prova dei serrati *test*, rispettivamente, di *tenuta temporale*, *obbligatorietà internazionale* e *ragionevolezza* – SEZIONE SECONDA: PROFILI DE IURE CONDENDO – 4. Nuove tecniche argomentative per non poi troppo lontani impieghi giurisprudenziali – 5. Tra intraprendenza e *metus* reverenziale: il pendolo della Corte costituzionale non vuol ancora saperne di fermarsi nei rapporti con la CEDU – 6. Dove la scienza non arretra è il diritto che avanza (lineamenti di un possibile modello di *legislatio* in ambito bioetico) – A MO' DI SINTESI (E IN ATTESSA DI FUTURI SVILUPPI) – 7. Guardare al *vacuum* legislativo senza lasciar trapelare il benché minimo *horror* (considerazione a margine del futuro del binomio legge costituzionalmente obbligatoria/seguito legislativo).

### 1. Premessa: la fecondazione eterologa sulle rotaie delle montagne russe

**A**ssai singolare – quando non, per molti versi, *beffardo* – il destino della fecondazione artificiale eterologa nel nostro paese<sup>1</sup>: dopo quasi un trentennio di pacifica e fruttuosa convivenza<sup>2</sup> con la “sorella maggiore” di tipo omologo (realizzata invece mediante l’uso di gameti appartenenti alla coppia), infatti, essa cadeva inopinatamente in disgrazia per un decennio – a partire dall’emanazione della l. n. 40/2004, «Norme in materia di procreazione medicalmente assisti-

\* Ricercatore confermato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> ... di quel tipo di inseminazione, cioè, praticata col seme di un donatore estraneo alla coppia richiedente – se la sterilità/infertilità di essa dipenda dal *partner* maschile – ovvero con l’impiego di ovociti se la donna (pur in grado di portare a termine la gravidanza) non ne produca di propri.

<sup>2</sup> Così ad esempio, fino al 1983, le donazioni di ovociti in Italia sono proseguite indisturbate con l’impiego di materiale genetico in eccedenza rispetto agli interventi di procreazione omologa, a titolo gratuito per donatrici e riceventi.

ta», che brutalmente la espelle dall'ordinamento con l'art. 4, comma 3 – per poi essere definitivamente riabilitata<sup>3</sup> con la recente sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale<sup>4</sup>. Senza potersi spingere sino al punto di riconoscere che il divieto di eterologa non volesse affatto tutelare la pretesa del nascituro ad una famiglia *tout court* (come sarebbe stato *ragionevole* fare) quanto piuttosto quella ad una famiglia *biologica* (sul discutibile presupposto che essa garantisse il figlio più di quanto non potesse fare invece quella c.d. *affettiva*), la Consulta di fatto ha squarciato così *per tabulas* – fino a sollevarla del tutto – la spessa cappa di *apparenti* ragioni tecnico-mediche, psicologiche e giuridiche che aveva sin qui fatto pesantemente velo alle *reali* motivazioni di tale irragionevole proibizione: da troppo tempo, d'altro canto, la magistratura ordinaria aveva aperto un fuoco di sbarramento incrociato contro la disposizione di cui all'art. 4 cit. ed il “gioco a rimpiazzino” tra giudici e tribunale costituzionale, per quanto strategicamente condotto per quasi un quadriennio, non sarebbe potuto durare ancora a lungo<sup>5</sup>.

Nel bene e (soprattutto) nel male, insomma, è inutile nascondersi che la l. n. 40 – oltre a dare parecchio lavoro trasversalmente agli studiosi delle più svariate discipline – ha comunque segnato un non secondario capitolo della più recente storia italiana<sup>6</sup> allo stesso modo di quanto ne aveva a suo tempo scritto uno non meno importante la l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Ciò che infatti è saltato subito all'occhio – sin da quando la disciplina in oggetto era, per così dire, “in fasce” (A.S. 1514 del 18 giugno 2002) – non è stata tanto, o non solo, l'irragionevolezza delle singole opzioni normative quanto, piuttosto, quella della complessiva impostazione metodica che è parsa animare l'intero articolato: con la conseguenza che la progressiva opera pretoria di riallineamento di traiettoria alla Costituzione di tale testo ha preso le mosse, ed è andata gradualmente irrobustendosi, più da un vero e proprio giudizio strutturale su di esso che non da virtuali considerazioni di giustizia sostanziale<sup>7</sup>. Ad inconfondibile testimonianza di questo endemico e stagnante stato di fatto sarebbe, d'altronde, bastato il mero dato statistico della mole di ben quindici ordinanze di rimessione sin qui complessivamente sollevate sulla l. n. 40, a fronte di quelle che hanno all'epoca caratterizzato la normativa sull'aborto (sedici, distribuite però in uno spazio di tempo ben più ampio)<sup>8</sup>, nonché il florilegio di trentadue pronunzie cui essa ha dato luogo nell'arco di un decennio fra tribunali ordinari, amministrativi e giudice di legittimità delle leggi: in questa mobile galassia di interventi giurisprudenziali, era dunque così imprevedibile che la Corte costituzionale a un certo punto decidesse di rispondere alle sirene così pressanti del diritto vivente – dopo invero non poche, né irrilevanti, oscillazioni

<sup>3</sup> ... seppure a certe, stringenti, condizioni sulle quali si dirà meglio, *infra*, al par. 2.

<sup>4</sup> ... al cui *decisum* – in mancanza di diversa indicazione – devono intendersi tutti i richiami testuali di seguito riportati.

<sup>5</sup> Su tutti questi profili, volendo, cfr. S. AGOSTA, *Tra paradigma biologico ed affettivo: il divieto di fecondazione eterologa sul filo del rasoio di Ockham*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (23 settembre 2013).

<sup>6</sup> Così, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (16 aprile 2014).

<sup>7</sup> Cfr., ancora da ultimo, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014).

<sup>8</sup> Per questi rilievi, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (3 luglio 2014).

su cui, tra non molto, ci si intratterrà (par. 2) – con una decisione dagli effetti ovviamente ben diversi da quelli di qualsivoglia giudice su un caso singolo<sup>9</sup>.

Molteplici appaiono, pertanto, i profili *de iure condito* e (per quanto qui più specificatamente interessa) soprattutto *de iure condendo* per il futuro che la pronuncia n. 162 in epigrafe sembra rivelare. A partire dal primo dei piani considerati – sotto l'aspetto processuale – innanzitutto non è che stupisca obiettivamente più di tanto l'ennesima chiusura del contraddittorio ad una serie di associazioni<sup>10</sup> anche in questa delicata occasione così perentoriamente disposta: ancora nel 2013 (sentt. nn. 85 e 134), difatti, la Consulta non ha mancato di rimarcare come ammesse a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale fossero «le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura»; con la conseguenza che la richiesta d'intervento di associazioni che «non sono parti nel processo principale e non risultano essere titolari di un siffatto interesse qualificato» (punto 3 *cons. dir.*) va dichiarata inammissibile, senza che la circostanza che esse siano parti in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale è stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale sia neppure sufficiente a renderlo ammissibile<sup>11</sup>.

Quello che potrebbe fare più specie, casomai, è che lo stesso tribunale costituzionale non si faccia troppo scrupolo di attingere a piene mani dalle argomentazioni spese da quei soggetti pure recisamente esclusi un attimo prima dal contraddittorio<sup>12</sup>; così come di qualificare contraddittoriamente «nuova» e, ad un tempo, «diversa» la «prospettazione delle stesse questioni» da parte dei Tribunali ordinari di Firenze e di Catania (punto 3.1 *cons. dir.*); nonché di ritenere (allo stesso punto 11 *cons. dir.*) «costituzionalmente necessaria» la l. n. 40 e, al contempo, affermare che il sindacato di costituzionalità «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso<sup>13</sup>.

Una considerazione ovviamente a parte merita, infine, la sospetta eclissi dall'orizzonte del giudizio in esame del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., con tanta enfasi invocato nella pregressa occasione dell'ord. n. 150 cit. eppure, con altrettanta disinvoltura, rapidamente accantonato nel recente frangente: pur probabilmente espressiva della «sfiducia» via via nutrita dai giudici remittenti di Firenze e Catania di pervenire ad una declaratoria d'incostituzionalità sulla base della possibile lesione

<sup>9</sup> In tal senso, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.

<sup>10</sup> Così ad esempio le associazioni, rispettivamente, Vox - Osservatorio italiano sui diritti, Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica, Amica Cicogna Onlus, Cerco un bimbo e Liberi di decidere.

<sup>11</sup> Così, tra le altre, decc. nn. 470/2002, 150/2012.

<sup>12</sup> Quando, ad esempio, ritenga irrilevante «che nel relativo processo principale, secondo quanto dedotto da alcune delle associazioni intervenute nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania, sarebbe sopravvenuta la separazione personale dei coniugi ricorrenti: «indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla prova di siffatta sopravvenienza», difatti, «la stessa non può esplicare effetti sul giudizio di legittimità costituzionale, in quanto questo, una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato, come previsto dall'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel testo approvato il 7 ottobre 2008» (punto 3.3 *cons. dir.*).

<sup>13</sup> ... come prontamente rilevato – seppure solo di sfuggita – da A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014).

della CEDU<sup>14</sup> – che ad essa hanno evidentemente preferito una ricostruzione, per così dire, “domestica” della questione<sup>15</sup> – tale sparizione parrebbe, in realtà, testimoniare qualcosa di meno superficiale del mero rilievo processuale e più afferente ad una ridefinizione della piramide giudici ordinari-Corte costituzionale-CEDU su cui adesso non è possibile soffermarsi e, nondimeno, si ritornerà più diffusamente, *infra*, al par. 5.

## SEZIONE PRIMA: PROFILI DE IURE CONDITO DELLA SENT. N. 162/2014

### 2. Il *gioco di scatole cinesi* dei diritti fondamentali delle coppie assolutamente sterili/infertili ed il rientro in grande stile del giudice costituzionale

Aniché una solitaria monade – seppur salutata come “storica”<sup>16</sup> – la pronunzia in esame pare dunque esibire non pochi elementi di continuità con i suoi più celebri predecessori (part. sentt. nn. 347/1998, 282/2002, 45-49/2005, 151/2009, tutte abbondantemente richiamate nel testo) alla cui scia essa non difficilmente si accoda<sup>17</sup> sino a consolidarne il complessivo *trend* di sviluppo: il percorso giurisprudenziale che è andato lentamente dipanandosi nel corso degli anni sotto gli occhi di addetti ai lavori e opinione pubblica, nondimeno, si è rivelato tutt’altro che agevole e lineare, probabilmente manifestando le sue più intime contraddizioni proprio in occasione dell’ord. n. 150 cit. di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per diritto convenzionale sopravvenuto<sup>18</sup>. Come ad ogni modo già si anti-

<sup>14</sup> Così part. G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

<sup>15</sup> In tal senso, tra gli altri, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa. Prime riflessioni*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (10 maggio 2014).

<sup>16</sup> Così, per esempio, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014).

<sup>17</sup> Su tali profili, ad esempio, L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (osservatorio costituzionale, luglio 2014); G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

<sup>18</sup> ... sulla quale, *ex plurimis*, cfr. A. CIERVO, *Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (10 ottobre 2012); E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (29 giugno 2012); F. MANNELLA, *La difficile elaborazione del “diritto ad avere un figlio” tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (10 ottobre 2012); A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (19 luglio 2012); G. REPETTO, *Ancora sull’ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (25 giugno 2012); A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) e, se si vuole, S. AGOSTA, La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici*



cipava, pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che la decisione in commento abbia rappresentato per la Corte costituzionale l'imperdibile opportunità di riguadagnare un centro della scena che da qualche tempo le era stato (anche col suo colpevole concorso) sottratto dai giudici interni e da quello sovranazionale<sup>19</sup>.

A parte i profili processuali appena accennati, è chiaramente intorno al fondamentale crocevia del ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali coinvolti che il giudice di costituzionalità delle leggi ha predisposto il suo rientro in grande stile sul tema, abilmente intessendo i fili dell'impianto logico-argomentativo che, in non troppi passaggi invero, lo ha condotto abbastanza speditamente al merito della definitiva caducazione del predetto divieto: prima di procedere, però, era per la Corte ovviamente indispensabile individuare tutti i beni costituzionalmente in campo, giacché la procreazione medicalmente assistita inevitabilmente coinvolge «plurime esigenze costituzionali»<sup>20</sup> e, conseguentemente, «la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango» (punto 5 *cons. dir.*).

In tal senso, la latitudine delle argomentazioni copiosamente profuse dai giudici *a quibus* non lasciava alla Consulta che l'imbarazzo della scelta e – nell'ampio ventaglio di norme parametriche richiamate – quelle di cui alla libertà di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare ed al diritto alla salute della coppia assolutamente sterile/infertile non potevano che spiccare tra le altre<sup>21</sup>: la prima – quale «scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli» – esprimendo «la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare» (punto 6 *cons. dir.*); rispetto al secondo – assai vecchia conoscenza di anni di faticosa elaborazione giurisprudenziale – non essendo «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia» (punto 7 *cons. dir.*). Ciò naturalmente a patto di continuare ad assumere quell'accezione estensiva di diritto alla salute «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»<sup>22</sup> da tempo fatta propria dalla giurisprudenza<sup>23</sup> e saldamente puntellata nei decenni dal celebre atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (22 luglio 1946, New York) che già disponeva che «Il pos-

---

*comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, entrambi in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (rispettivamente, 12 giugno e 23 luglio 2012).

<sup>19</sup> In tal senso, ad esempio, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) (13 giugno 2014).

<sup>20</sup> Così già sent. n. 347/1998 (punto 3 *cons. dir.*).

<sup>21</sup> ... seppure con le precisazioni che più avanti si faranno.

<sup>22</sup> Cfr. sent. n. 251/2008 (punto 11 *cons. dir.*).

<sup>23</sup> Così, *ex plurimis*, sentt. nn. 167/1999, 253/2003, 113/2004.

sesso del migliore stato di sanità» (senza aggettivi...) «possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»<sup>24</sup>.

Per l'importanza che evidentemente li connota, entrambi i diritti evocati in campo dal tribunale costituzionale meritano dunque una – seppur succinta – considerazione, a partire da quello della coppia a formarsi una famiglia, sul cui scivoloso piano la pronunzia in commento si avventura con il richiamo anche al parametro di cui all'art. 29 Cost. Pur dovendo necessariamente prendere le mosse dall'assunto che, in effetti, «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli»<sup>25</sup>, si ammette nondimeno che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»: mirando «prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981)», difatti, esso renderebbe «comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (punto 6 *cons. dir.*).

Tale ultimo inciso – di un modello costituzionale di “famiglia”, cioè, che pare progressivamente slittare da quello della famiglia legittima *ex art. 29 cit.* ad uno di famiglia con figli *affettivi*, passando per quello intermedio di famiglia con discendenza biologica – ha attirato più di uno strale della dottrina, preoccupata dalla circostanza che una famiglia così prefigurata, sempre meno vincolata dal matrimonio e sempre più intrecciata al dato procreativo, finisca per rovesciare su se stesso il disegno costituzionale medesimo: vale a dire, inopinatamente convertendo la famiglia legittima fondata sul matrimonio in una *species* del più ampio *genus* rappresentato dal consorzio che lega necessariamente una coppia ai figli (con i riflessi che, *de iure condendo*, ciò potrebbe produrre in ordine al diritto alla genitorialità pure di *single* e coppie dello stesso sesso)<sup>26</sup>; tali considerazioni necessariamente impongono, pertanto, un migliore *focus* sul vero oggetto del giudizio di cui alla sent. n. 162, obbligando senz'altro a passare a quello che rappresenta l'altro (invero, forse, l'unico) diritto al centro della pronunzia in commento e, cioè, il diritto alla salute della coppia.

Come nel gioco delle “scatole cinesi”, invero, il diritto di procreare dei figli sembra dal giudice delle leggi racchiuso nel più capiente diritto di costruire una famiglia il quale, a sua volta, non può che rimandare al più ampio diritto di autodeterminarsi nella *scelta esistenziale* di vita privata e familiare<sup>27</sup>: così concentricamente tracciati, questi diritti verrebbero, infine, complessivamente cinti dal maggiore diritto alla salute (nel senso, *supra*, precisato). Se così non fosse stato, del resto, nemmeno il tribunale costituzionale avrebbe oggettivamente avvertito la necessità (come, invece, ha non casualmente fatto) di rimarcare come il divieto sia «stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile

<sup>24</sup> ... sebbene la pronunzia abbia curiosamente «trascurato di citare il passo, ben più pregnante, in cui l'OMS ha stabilito che la salute è “uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non solo l'assenza di malattia o di infermità”»: così V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

<sup>25</sup> Così, ad esempio, sentt. nn. 123/1990, 189/1991.

<sup>26</sup> Così spec. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) (13 giugno 2014).

<sup>27</sup> In tal senso, ad esempio, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

di sterilità o infertilità assolute» (punto 9 *cons. dir.*) della coppia<sup>28</sup>: è, dunque, all'ombra del diritto alla salute (psichica) che l'irragionevolezza di una terapia consentita alle sole coppie affette da meno gravi patologie rispetto ad altre si paleserebbe in tutta la sua macroscopica evidenza. Al piano della teoria della Costituzione insomma, anche a seguito degli approdi interpretativi cui pure è pervenuta la decisione in epigrafe, l'assetto dei diritti fondamentali – lungi dall'essere stato profondamente minato – parrebbe rimasto, nonostante tutto, integro e (forse) più saldo di prima.

### 3. Il divieto di procreazione di tipo eterologo alla prova dei serrati *test*, rispettivamente, di tenuta temporale, obbligatorietà internazionale e ragionevolezza

Dall'altra parte per così dire della barricata, una breve disamina degli interessi contrapposti ai due ora delineati svelava d'altro canto – con neanche troppa difficoltà – l'intrinseca fragilità che pare inevitabilmente connotarli: così, ritenuto «che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita», veniva in primo luogo sgombrato il campo dal tradizionale rischio di selezione eugenetica sugli embrioni, giacché «la considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici» (punto 9 *cons. dir.*).

Non diverso destino attendeva, poi, la non meno classica obiezione del pericolo per la salute dei soggetti coinvolti nella donazione di gameti: anche di esso il tribunale costituzionale si sbarazzava abbastanza agevolmente prendendo avvio dal fatto che «la tecnica in esame [...], alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica» [ciò naturalmente all'ovvia condizione che essa venga «eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati» (*ibidem*)]. Così sapientemente sforbiciato dal contorno, a contrapporsi ai predetti beni costituzionali della coppia ammalata – e, quindi, ad orgogliosamente presidiare l'assolutezza di un divieto talmente rigido come quello di cui all'art. 4, comma 3, cit. – non rimaneva che l'ultimo baluardo dell'interesse della persona nata dalla PMA di tipo eterologo: nella duplice veste, in particolare, del «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale» e «della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica» confezionata dall'Avvocatura generale dello Stato (punto 11 *cons. dir.*).

Una volta conclusa la preliminare fase di progressiva messa fuoco degli interessi coinvolti nel bilanciamento, il giudice delle leggi poteva quindi passare finalmente alle concrete modalità di protezione di essi effettivamente messe in campo, sottoponendo la proibizione impugnata a un triplice, serrato,

<sup>28</sup> E, d'altro canto, non poteva essere diversamente, proprio alla luce del *petitum* stesso delle tre ordinanze di rimessione: «che non è la caducazione secca, sempre e comunque, del divieto di ricorrere alla donazione di gameti da parte di un soggetto esterno alla coppia, ma l'illegittimità del divieto in parola, limitatamente alle coppie assolutamente sterili o infertili, quali sono le ricorrenti nei tre giudizi *a quibus*; dunque, anche volendo, la Corte non avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto in sé e per sé, a meno di non ricorrere ad un'illegittimità consequenziale, che sarebbe apparsa oltremodo forzata» (così, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.).

*test* ad intensità crescente: e cioè, rispettivamente, di “tenuta temporale”, di “obbligatorietà internazionale” e, ovviamente, di “fondatezza costituzionale”. Con riferimento al primo, si veniva così a scoprire – come non solo *ante* l. n. 40/2004 non vigesse quel *Far West* tanto sbandierato dalla politica più smalzata ma pure – che tale divieto neppure esisteva, considerato che «l’applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi e, nell’anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura)» (punto 5 *cons. dir.*), tali centri già pacificamente operando nella vigenza di numerose circolari ministeriali (sulle quali, in sede di notazioni conclusive, si tornerà).

Non superata la prima di “persistenza nel tempo”, nemmeno alla verifica, per così dire, di “obbligatorietà internazionale” tale norma sembra, tuttavia, rispondere positivamente: al contrario, «la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola», in effetti, «i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo)» (punto 5 *cons. dir.*).

Già duramente fiaccato dai due precedenti, al divieto in parola non rimaneva dunque che aggrapparsi al più impegnativo ed analitico *test* di “fondatezza costituzionale” rispetto al quale, nondimeno, la Corte spegneva subito ogni barlume di speranza già nell’*incipit* del proprio ragionamento: «impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa», difatti, esso «è privo di adeguato fondamento costituzionale» (punto 6 *cons. dir.*). Insistere nel perorare la già vista duplice ragione della tutela dell’equilibrio psichico e del diritto a conoscere le proprie origini genetiche da parte del nato non giovava, insomma, a ribaltare (ma neppure invero a scalfire...) il verdetto della Consulta: non la prima, considerato che – «una volta espunte dai commi 1 e 3 dell’art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell’accoglimento delle sollevate questioni, le parole “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”» – «risulta, infine, confermata sia l’inammissibilità dell’azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell’art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all’art. 243-bis cod. civ.) e dell’impugnazione *ex art.* 263 cod. civ. (nel testo novellato dall’art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013) sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo» (punto 11.1 *cons. dir.*); ma nemmeno la seconda, se sol si consideri che essa si è già posta «in riferimento all’istituto dell’adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l’*an* ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all’accesso alle informazioni concernenti l’identità dei genitori biologici dell’adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall’art. 100, comma 1, lettera *p*, del d.lgs. n. 154 del 2013)» (punto 12 *cons. dir.*)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> In tale ambito – proseguiva il tribunale costituzionale – peraltro «era stato già infranto il dogma della segretezza dell’identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva,

Al negativo esito della triplice “prova” cui è stata duramente sottoposta, l’illegittimità della disposizione impugnata pareva in definitiva segnata. «Alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana” (art. 1, comma 1)», l’«evidente elemento di irrazionalità» introdotto dalla «preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo» si palesava, del resto, in tutta la sua macroscopica evidenza: «la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti» imponendosi, cioè, «in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*» (punto 13 *cons. dir.*)<sup>30</sup>.

La «lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli» inflitta dal divieto in esame, agli occhi del giudice di legittimità delle leggi, appariva insomma insopportabile, «senza che la sua assolutezza [fosse] giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, [dovevano] ritenersi congruamente garantite» (punto 13 *cons. dir.*). Irrmediabilmente saltato il c.d. «vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti» – sul quale, tra un momento, dovrà più approfonditamente soffermarsi l’attenzione – le norme censurate, «pur nell’obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale», non potevano che determinare, quindi, «una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati» (*ibidem*).

## SEZIONE SECONDA: PROFILI DE IURE CONDENDO

### 4. Nuove tecniche argomentative per non poi troppo lontani impieghi giurisprudenziali

Sin qui dunque una disamina, seppur succinta e largamente frammentaria, di taluni dei più evidenti profili (processuali e sostanziali) *de iure condito*. Ma è soprattutto *de iure condendo*, come si anticipava, che la pronunzia in esame promette di dispiegare maggiormente i suoi effetti per la normazio-

---

nella consapevolezza dell’esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l’accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l’irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l’ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato (sentenza n. 278 del 2013)» (punto 12 *cons. dir.*).

<sup>30</sup> Né valeva, *ex adverso*, rilevare «che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché “il principio di cui all’art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell’identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe” (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame» (punto 13 *cons. dir.*).

ne (e i giudizi su di essa) del futuro: e ciò non soltanto, com'è facile immaginare, con riferimento alle questioni sulla fecondazione assistita ancora pendenti innanzi alla Corte costituzionale – si pensi a quelle, rispettivamente, sugli artt. 1 ( laddove non consente l'accesso alle tecniche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili), 6 (nella parte in cui vieta che il consenso della donna possa essere revocato dopo la fecondazione dell'ovulo) e 13, allorquando proibisce la ricerca e sperimentazione sugli embrioni e la connessa donazione di essi a tali fini – ma, più ampiamente, in relazione a tutte quelle discipline sulle *scelte esistenziali* dell'individuo<sup>31</sup> che giacciono ancora in un cassetto nella logorante attesa di essere esaminate dalle competenti commissioni parlamentari (fra tutte, quella relativa al testamento biologico).

A partire dalla tecniche argomentative in questo frangente utilizzate, difatti, non difficile è intravedere la varietà di semi pure generosamente sparsi e destinati sempre più a germogliare per le prossime occasioni: così, in primo luogo, l'impiego, «per evidenti ragioni solidaristiche», di un'accezione assai lata di «disabilità» (e delle patologie di essa produttive) tale che «la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti» debba necessariamente incontrare «il limite del “rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”» (così punto 7 *cons. dir.*, richiamando le sentt. nn. 251/2008 e 80/2010)<sup>32</sup>.

Si pensi, in second'ordine, al rilievo che nel giudizio è stato riconosciuto alla concreta situazione di disparità economica tra coppie che il divieto di inseminazione eterologa aveva irrimediabilmente provocato: «benché correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato», difatti, «la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese» ha portato odiosamente ad emersione «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge[va] intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi» (punto 13 *cons. dir.*). Evidenziando come ciò non abbia rappresentato «un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole», il ragionamento della Consulta non solo ha rimarcato «un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina» ma testimoniava soprattutto – anche sopra questo delicato campo di esperienza – la struttura inevitabilmente “mista” del parametro costituzionale (in quanto composto non soltanto da elementi di natura propriamente normativa ma, pure, di ordine fattuale)<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Sulle quali, sia consentito il rinvio a S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

<sup>32</sup> «Uno spunto, questo, prezioso ed esso pure suscettibile di larghi e proficui utilizzi anche in ambiti materiali assai distanti da quello su cui si situa la questione oggi definita»: così, A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

<sup>33</sup> In oggetto, già A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994, 143 ss.; non dissimilmente, F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 145 ss. e Q. CAMERLENGO, *Fatti e prove nei giudizi per conflitto di attribuzione*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, Milano, 2006, 93 ss. (il primo con precipuo riferimento al giudizio in via incidentale, il secondo con più specifica attenzione ai conflitti di attribuzione).

Della quale ultima considerazione, peraltro, nemmeno il legislatore del 2004 dimostrava invero di essere all'oscuro, se sol si pensi a quelle previsioni (part. 9 e 12, comma 1, l. n. 40) nelle quali si disponeva, rispettivamente, che «qualora si ricorr[esse] a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo [...] il coniuge o il convivente il cui consenso [era] ricavabile da atti concludenti non [potesse] esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. La madre [...] non [poteva] dichiarare la volontà di non essere nominata [...] il donatore di gameti non acquisi[va] alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non p[oteva] far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» e si puniva con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro «chiunque a qualsiasi titolo [avesse utilizzato] a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3».

Aver dettato, insomma, una disciplina positiva della fecondazione eterologa pur espressamente vietata in linea generale – non solo alimentava le perplessità di quanti erano già all'epoca persuasi del fatto che lo sbandierato diritto alla famiglia del nascituro dovesse solo far velo alla difesa ad ogni costo della famiglia “biologica”<sup>34</sup> ma, soprattutto – già evidenziava l'“attenzione alla realtà” (*recte*, al fatto) di un Parlamento che, entrando in contraddizione con se stesso, si preoccupava di predisporre le necessarie contromisure nella (affatto peregrina) ipotesi di eventuali trasgressioni di un divieto evidentemente già ritenuto eccessivamente rigido presso centri situati all'estero<sup>35</sup>.

Una considerazione a parte merita, infine, il rilievo che alla comparazione giuridica e alla giurisprudenza EDU la sentenza in epigrafe dimostra in materia di voler dare e che potrebbe, in futuro, non difficilmente riaffacciarsi. Con riferimento alla prima, ben pochi dubbi possono in verità nutrirsi sul benefico influsso che la normazione nei paesi UE che hanno ammesso e disciplinato la metodica in parola potrebbe esercitare sulle regole del prossimo avvenire (così, ad esempio, l'anonimato del donatore di gameti, i presupposti per la praticabilità delle indagini sulle origini genetiche del nato ovvero la disciplina del sistema delle c.d. bio-banche, perlomeno relativamente alla gratuità/non reiterabilità della donazione da parte della stessa persona)<sup>36</sup>. Ciò che non pare, forse, ugualmente convincente sarebbe piuttosto l'uso, per un verso, *quantitativamente* incompleto e, per un altro, *qualitativamente* deviante, che della comparazione sembrerebbe aver fatto la giurisprudenza: monco, nel rinvio alla sola legislazione di taluni Stati a discapito di altri; sviante, se riguardato alla luce della lesione del principio d'eguaglianza che al divieto di eterologa si è voluta attribuire. Una condizione di disparità, quella che endemicamente ha afflitto le coppie economicamente più disagiate, «diretto effetto delle disposizioni in esame»: con la singolare conseguenza che «ogni qual volta da noi un certo comportamento sia vietato e i trasgressori intendano pur tuttavia porlo in essere e, al fine di farla

<sup>34</sup> In oggetto, volendo, S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95 ss.

<sup>35</sup> Così, ancora di recente, F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 601.

<sup>36</sup> In oggetto, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

franca, si trovino perciò costretti a recarsi altrove, sia *per ciò stesso* violata l'eguaglianza, a danno di coloro che invece restano e si conformano al divieto, sia o no rispettoso della Costituzione»<sup>37</sup>.

Venendo, poi, ai pronunziamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, solo a un appena superficiale sguardo l'assorbimento dei motivi di censura formulati dal Tribunale ordinario di Milano in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. per violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU (punto 14 *cons. dir.*), testimonierebbe l'eclissi della Carta europea come norma interposta nel giudizio in commento: se riguardato in controluce, in effetti, il richiamo – seppur formalmente “domestico” – alle disposizioni parametriche degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 tradirebbe, in realtà, il sostanziale impiego di nozioni<sup>38</sup> e impianti retorico-argomentativi<sup>39</sup> *geneticamente* provenienti dalla giurisprudenza EDU ben più di quanto forse non si volesse, invero, lasciar trasparire<sup>40</sup>. Questo singolare uso, per così dire, “carsico” della giurisprudenza convenzionale – per le ricadute di cui potrebbe essere foriero nel più vicino futuro dei rapporti fra le due Corti – non può in questo senso sfuggire e merita senz'altro delle notazioni a parte, come appunto quelle che stanno per venire.

### 5. Tra intraprendenza e *metus* reverenziale: il pendolo della Corte costituzionale non vuol ancora saperne di fermarsi nei rapporti con la CEDU

Chiamata a pronunziarsi sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto italiano di diagnosi genetica preimpianto da una coppia portatrice sana di fibrosi cistica – la quale lamentava la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare nella misura in cui si sarebbe trovata costretta ad intraprendere una gravidanza in modo naturale (salvo ricorrere poi all'aborto qualora la diagnosi prenatale avesse dato esito infausto) – la Corte di Strasburgo non poteva non rilevare l'incoerenza della disciplina italiana nella parte in cui, con una mano, proibiva la selezione eugenetica sugli embrioni prima dell'impianto e, con un'altra, manteneva comunque la possibilità d'interrompere la gravidanza allorché l'embrione fosse risultato affetto proprio dalla malattia che i futuri genitori avrebbero voluto evitare<sup>41</sup>: in quell'occasione era evidentemente l'accezione estensiva di «vita privata» adottata dai giudici EDU ex art. 8 cit. che consentiva loro di ricomprendere in essa pure il diritto, rispettivamente, ad intrecciare, e sviluppare, rapporti con i propri simili<sup>42</sup>, allo «sviluppo personale»<sup>43</sup>, all'autodeterminazione personale<sup>44</sup> nonché al rispetto della decisione di diventare, ovvero non esserlo, genitore<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Così, persuasivamente, A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

<sup>38</sup> Così, per esempio, quelli di «vita privata e familiare» ovvero «scelta di diventare genitori».

<sup>39</sup> ... come quelli adoperati nei casi, rispettivamente, *S.H. e altri c. Austria* (1° aprile 2010) e *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012).

<sup>40</sup> Per questi profili, ad esempio, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit.

<sup>41</sup> Sui profili che seguono, di recente, F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 604.

<sup>42</sup> Caso *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992 (spec. par. 29).

<sup>43</sup> Caso *Bensaïd c. Regno Unito*, 6 febbraio 2001 (part. par. 47).

<sup>44</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002 (spec. par. 61).

<sup>45</sup> Così, casi *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007 (par. 71) e *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, (par. 212).



Rispetto agli orientamenti della CEDU in materia – e parecchi altri in tal senso, com'è prevedibile, potrebbero farsene – non poco altalenante è stata la lettura della strategia messa in campo dal tribunale costituzionale che è stata data<sup>46</sup>. Così, a fronte della tesi che ha giustamente segnalato lo spirito di “quasi rivalsa” nei confronti delle “incursioni” (non di rado, come si è visto, penetranti) della Corte europea<sup>47</sup>, vi è stata quella che, altrettanto opportunamente, ne ha piuttosto rimarcato una sorta di *horror obsequii*<sup>48</sup> che ha portato il giudice costituzionale a sottrarsi alla questione di costituzionalità relativa al parametro interposto come invece invocato nell'ordinanza milanese: probabilmente al non dichiarato scopo di non mettersi troppo di traverso rispetto alla *Grande Chambre* EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria* mediante un'interpretazione restrittiva dell'obbligo dei giudici degli Stati aderenti alla CEDU di attuare le norme convenzionali per come filtrate dalla giurisprudenza europea<sup>49</sup>; sotto questa peculiare luce potrebbe, quindi, spiegarsi il motivo per il quale l'intero discorrere nel merito del diritto, rispettivamente, di autodeterminazione, al rispetto della vita privata e familiare ovvero alla tutela della salute (anche psichica) – anziché fisiologicamente suscitare una rilettura dei parametri costituzionali in sintonia con la giurisprudenza europea – abbia spinto la Corte costituzionale al solo richiamo a un suo precedente come la sent. n. 278/2013<sup>50</sup>.

Come non di rado accade, la verità sta probabilmente nel mezzo dove – oscillando ancora tra gli opposti estremi dell'intraprendenza ovvero del *metus* reverenziale nei confronti della CEDU – la Consulta, pur legittimamente desiderando (come si anticipava) riappropriarsi di uno spazio da tempo negato dalla discesa nel medesimo agone di giudici interni e sovranazionali, mantiene ancora un atteggiamento ambiguo come quello, giustamente rilevato da più parti e obiettivamente ingombrante, nascente ad esempio dal raffronto proprio tra la precedente ord. n. 150 cit. e l'attuale sent. n. 162 cit. La faticosa ricerca, e messa a pieno regime, di un ottimale punto di equilibrio in tal senso, nondimeno, pare tutt'altro che operazione *a costo zero*: ancora al presente, essa ingenera casomai la spiacevole sensazione di una singolare inversione della pregiudiziale di costituzionalità a favore di quella di convenzionalità (anche in presenza di ordinanze di rimessione autonomamente strutturate rispetto ai parametri convenzionali), nella migliore delle ipotesi<sup>51</sup>; ovvero di un grave ritardo in una decisione

<sup>46</sup> Cfr., ancora recentemente, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit.

<sup>47</sup> In tal senso, ad esempio, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*, cit.

<sup>48</sup> Per questa espressione, cfr. S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle comunità europee ex art. 234 Trattato CE tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 349 ss.

<sup>49</sup> Così, *ex multis*, V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

<sup>50</sup> ... quando, invece, lo «stesso *punctum crucis* [...] della opportunità ovvero doverosità del divieto di eterologa, secondo cui quest'ultima fa correre rischi di natura psicologica non lievi, correlati alla genitorialità non naturale, e – ciò che forse maggiormente importa – lede il diritto del nato a conoscere la propria identità genetica, avrebbe potuto essere ancora meglio trattato ove non ci si fosse fermati al mero richiamo della sent. n. 278 del 2013, risalendo piuttosto alla radice culturale da cui quest'ultima decisione ha tratto alimento, e perciò espressamente menzionando la giurisprudenza europea cui si deve il mutamento d'indirizzo segnato dalla pronuncia appena cit.»: così spec. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

<sup>51</sup> Cfr. A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali?*, cit.

nel merito che – per le decine di coppie in drammatica attesa – poteva già essere assunta nel 2012, nella peggiore<sup>52</sup>.

Ma è, ovviamente, passando dal diverso piano del rapporto con gli ordinamenti esterni a quello interno che la pronunzia in esame pare estendere alla massima ampiezza possibile il ventaglio delle proprie implicazioni future, a cominciare dalla controversa dialettica scienza/diritto: una dinamica nella quale la l. n. 40 cit. si è vigorosamente impiantata da dieci anni come un cuneo a smascherare le intrinseche debolezze della prima – «incapace, a differenza» del mondo «ecclesiale, di parlare con voce autorevole e unica alla politica» – e del secondo, non meno inadeguato, come la politica, ad «affrontare temi legati ai diritti costituzionali e al ruolo della scienza, derubricati come questioni “eticamente sensibili” e quindi non meritevoli di attenzione o complicate da esaminare»<sup>53</sup>. Nel senso appena delineato, in effetti, non mancano le voci che, ancora molto recentemente, si destano preoccupate a sottolineare – anche nella pronunzia in epigrafe – il permanente rischio di un’inversione del rapporto scienza/diritti della persona, coi secondi finiti ormai per dipendere sempre di più dalla tecnica scientifica<sup>54</sup>.

Una via alternativa per uscire dall’*impasse*, nondimeno, sarebbe data, a condizione (in questo senso, sì) di un rovesciamento di prospettiva: non imponendo, cioè, alla scienza di *arretrare* – la qual cosa, peraltro, decenni di esperienza dimostrano essere assai ingenuo da credere e praticamente impossibile da realizzare – ma casomai chiedendo al diritto di *avanzare*<sup>55</sup>. Non poche posizioni dottrinarie d’altro canto hanno sospinto, dove più dove meno consapevolmente, verso la ridefinizione di uno statuto del diritto in ambito bioetico *in senso forte*: il rinvio alla scienza medica, d’altronde, non può mai convertirsi in una “carta bianca” da parte del diritto, giacché gli esiti cui essa perviene devono pur sempre mostrarsi ossequiosi degli interessi costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”<sup>56</sup>. Tale, d’altro canto, non può non essere stata la *ratio* ispiratrice degli stessi giudici remittenti di Milano, Catania e Firenze quando hanno ritenuto che incombesse comunque sul Parlamento il compito di filtrare pregresse considerazioni di deroga/esclusione alla luce di “griglie” elaborate a seguito di diverse cognizioni scientifiche e culturali<sup>57</sup>; la stessa più risalente giurisprudenza costituzionale<sup>58</sup>, del resto, si è sempre giustamente ben guardata dal non riconoscere al legislatore la legittimazione ad intervenire nel campo tecnico-scientifico, invocandone anzi un’iniziativa che consentisse alla materia un minimo di uniformità e coerenza.

Come “anelli” di una medesima “catena” di produzione normativa, insomma, l’ambito delle scelte esistenziali della persona a gran voce reclama il potere (anzi, il dovere) della scienza medica, del diritto *vigente* e di quello *vivente* di saldarsi assieme, naturalmente nel rispetto dei reciproci ruoli e senza malintese assunzioni di pretesa superiorità rispetto agli altri campi di esperienza: di questa rinnovata consapevolezza, la sentenza n. 162 in esame pare peraltro un non secondario esempio. Siccome pre-

<sup>52</sup> Così ancora A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit.

<sup>53</sup> In tal senso, M. D’AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.

<sup>54</sup> Così, significativamente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit.

<sup>55</sup> In oggetto, se si vuole, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014, 1.

<sup>56</sup> Cfr. part. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

<sup>57</sup> In questo senso, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

<sup>58</sup> Così spec. sentt. nn. 347/1998 e 282/2002 cit.

tendere che il giudizio della c.d. *expertise* medico-scientifica non giochi in linea preliminare un ruolo d'iniziale "condizionamento" del bilanciamento che in concreto svolgerà poi il legislatore sarebbe ingenuo, ecco che assai più realistico si dimostrerebbe invece accettare la duplice valenza che il dato tecnico inevitabilmente assume nei confronti del Parlamento: per un verso, orientandone la discrezionalità e, per un altro, irrobustendone la legittimità<sup>59</sup>. Lungi dal soppesare l'adeguatezza scientifica delle metodiche impiegate nel merito, quindi, al momento d'intervenire spetterà alle Assemblee legislative verificare la reale consistenza degli interessi costituzionali in gioco, la compatibilità di essi con le tecniche a disposizione e, infine, individuare il punto di equilibrio più ragionevole.

Da queste poche sparse battute, in sintesi, non è che già non s'intravedano, piuttosto ben delineate, le fattezze di un nuovo "metodo" di *legislatio*, specificatamente pensato e calibrato proprio per le delicate situazioni in esame e non difficilmente riutilizzabile per future scelte.

## 6. Dove la scienza non arretra è il diritto che avanza (lineamenti di un possibile modello di *legislatio* in ambito bioetico)

Nessun intervento legislativo in tema di scelte esistenziali di inizio-vita può, innanzitutto, prescindere – come si premura di ribadire anche in questo frangente il tribunale costituzionale – da un triplice, ineludibile, caposaldo rispettivamente rappresentato dallo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, dal consenso degli interessati e dall'autonomia decisionale del medico<sup>60</sup>: con riferimento al primo, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela» (punto 7 *cons. dir.*); rispetto al consenso espresso dai soggetti coinvolti – in coerenza con quella nozione assai lata di diritto alla salute *supra* vista – «deve essere, quindi, ribadito che, "per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti" (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali» (punto 7 *cons. dir.*)<sup>61</sup>. Richiamo, quest'ultimo, che non può non fare il paio col terzo, ed ultimo, requisito dell'autonomia decisionale del medico laddove «va ribadito che, "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del pa-

<sup>59</sup> Sul punto, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit.

<sup>60</sup> In oggetto, ad esempio, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit.

<sup>61</sup> Si pensi alle molteplici normative che hanno acconsentito a talune menomazioni fisiche al fine di meglio garantire l'equilibrio psichico della persona: così, ad esempio, l'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (prima vietata dall'art. 552 c.p. e poi consentita a seguito dell'abrogazione di quest'ultimo ad opera della stessa l. n. 194 cit.) nonché il cambiamento di sesso ex l. n. 164/1982: in oggetto, V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit.

ziente, opera le necessarie scelte professionali” (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali» (punto 7 *cons. dir.*)<sup>62</sup>. Solo a partire da tali (reciprocamente intrecciati e tra di loro interferenti) prerequisiti, dunque, potrà dirsi abbastanza robusta e solida la base su cui finalmente poggiare la successiva opera di bilanciamento legislativo: la quale ultima sembra dover non di meno rispondere, anch’essa, ad un ben preciso schema: essa dovrà, in particolare, rifuggire dall’alternativa secca della prevalenza assoluta di “A”/sacrificio assoluto di “B”<sup>63</sup>, a meno che questa (eccezionalmente) non rappresenti l’unico ed esclusivo modo per dar protezione ad un interesse di rango costituzionale pari a quello di tutti gli altri coinvolti<sup>64</sup>. Ipotesi eccezionali a parte, pertanto, non rimane che quella del *minimum* di tutela congiuntamente per “A” e “B”, l’unica (costituzionalmente compatibile) via spianata al Parlamento in tali situazioni, tali interessi nel loro complesso richiedendo «“un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005)». La Consulta, peraltro, ha «già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151 del 2009)» (punto 5 *cons. dir.*): ovvero (il che è poi lo stesso) che «le limitazioni» alla suddetta libertà di autodeterminarsi, «ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000)» (punto 6 *cons. dir.*)<sup>65</sup>. Esauritasi così la fase, per così dire, del diritto *vigente*, il testimone di questa ideale “catena” normativa non potrà che inevitabilmente passare (*rectius*, non di rado ritornare) infine al diritto *vivente* della magistratura e, *in limine*, dello stesso giudice delle leggi: alla prima, mediante i consueti rimedi dell’interpretazione adeguatrice e dell’applicazione diretta della Carta fondamentale; al secondo, col tocco “leggero” delle pronunzie in-

<sup>62</sup> Né può, in tal senso, obiettersi – proseguiva spedito il giudice di costituzionalità delle leggi – la pretesa di «soggettivizzare la nozione di salute» ovvero «di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»: trattandosi, più semplicemente, «di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» (*ibidem*).

<sup>63</sup> Costante giurisprudenza costituzionale ha, peraltro, già «sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze di procreazione”, da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)» (punto 6 *cons. dir.*).

<sup>64</sup> «[L]a libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia», infatti, «di sicuro non implica che» essa «possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l’unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»; nondimeno, pur incidendo «sui richiamati beni costituzionali», «ciò non è sufficiente a far ritenere illegittimo» il censurato divieto, «occorrendo a questo scopo accertare se l’assolutezza che lo connota sia l’unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame» (punto 8 *cons. dir.*).

<sup>65</sup> «La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana», d’altro canto, «non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera» (punto 6 *cons. dir.*).

terlocutorie ovvero con la mano “pesante” direttamente delle declaratorie d’illegittimità costituzionale<sup>66</sup>.

Com’è di ogni evidenza, insomma, in materia bioetica non può evitarsi di creare – *per facta* – una sorta di *work in progress* normativo a più mani col fattivo (e, si spera, collaborativo) concorso di tutti gli attori istituzionali coinvolti. Pare ovvio, ad ogni modo, che è solo quando giunga sulla scrivania della Corte che sarebbe possibile da ultimo apprezzare, in tutta la sua carica espressiva, la ragionevolezza del metodo sin qui osservato: quando «le questioni toccano temi eticamente sensibili», del resto, «l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene ‘primariamente alla valutazione del legislatore’ (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano» (punto 5 *cons. dir.*).

Censurando l’assolutezza del divieto di eterologa quale «risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell’ordinamento» – «non giustificabile neppure richiamando l’esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo» (punto 13 *cons. dir.*) – il tribunale costituzionale aveva quindi cura di mettere chiaramente a fuoco *an* e *quomodo* dello speciale giudizio di ragionevolezza/razionalità in ambiti, come il presente, connotati da un’ampia discrezionalità legislativa: con riferimento all’*an*, s’imponeva «che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non [fosse] stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale» (*ibidem*); venendo al *quomodo*, poi, siffatta valutazione non avrebbe potuto che «svolgersi “attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende[va] perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (sentenza n. 1130 del 1988)» (*ibidem*)<sup>67</sup>. Da *pendant* alle suddette argomentazioni, infine, non poteva che fare il connesso giudizio di razionalità, a proposito del quale la stessa «giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall’art. 3 Cost. un canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’“esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità” [...] ed a criteri di coe-

<sup>66</sup> In oggetto, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit. Nel caso specificatamente all’attenzione, «certo si è che spetta ai pratici (e, segnatamente, ai giudici), laddove investiti di richieste di eterologa, stabilire a quali condizioni ed entro quali limiti questa possa effettuarsi, specie per ciò che concerne i requisiti legati alla espressione del consenso ed alla documentazione medica riguardante, per un verso, la patologia e, per un altro, la praticabilità della tecnica di procreazione assistita. E ancora spetta pur sempre ad operatori diversi dalla Corte pronunziarsi a riguardo dello *status* del soggetto venuto alla luce, della inammissibilità di esercizio di azioni di disconoscimento della paternità e di quant’altro complessivamente attiene alla disciplina normativa “conseguenziale” allo svolgimento delle pratiche di eterologa»: cfr. part. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.

<sup>67</sup> Era a questo precipuo fine che si sarebbe potuto utilizzare «il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che ‘richiede[va] di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, [fosse] necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriv[esse] quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilis[se] oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi’ (sentenza n. 1 del 2014)» (punto 13 *cons. dir.*).

renza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa" (sentenza n. 87 del 2012)» (*ibidem*).

### A MO' DI SINTESI (E IN ATTESA DI FUTURI SVILUPPI)

#### 7. Guardare al *vacuum* legislativo senza lasciar trapelare il benché minimo *horror* (considerazioni a margine del futuro del binomio legge costituzionalmente obbligatoria/seguito legislativo)

Da quanto sopra esposto, il giudice delle leggi pareva sbarazzarsi della proibizione assoluta di fecondazione eterologa senza tradire il benché minimo tremite nella penna<sup>68</sup>: ed il ragionamento che, in tal senso, esso sviluppava sembra tutt'altro che secondario – soprattutto per altre controversie occasioni del prossimo futuro (su tutte, le dichiarazioni anticipate di trattamento medico-chirurgico) – anche in considerazione del fatto che la l. n. 40 cit. integrava un emblematico caso di disciplina costituzionalmente obbligatoria. Con non troppa difficoltà, tuttavia, la Corte coniugava simile natura (già dichiarata a far tempo dalle lontane richieste referendarie del 2005, invero) con il preteso *horror vacui* legislativo discendente dalla chirurgica amputazione di quelle parti di essa che si fossero dimostrate irragionevoli/irrazionali.

Di palmare evidenza appariva l'ossatura dell'*iter* argomentativo seguito: così, all'Avvocatura generale dello Stato – che, in caso di eventuale accoglimento delle censure d'incostituzionalità, evocava lo spettro di «incolmabili "vuoti normativi" in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo "una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*", che porrebbe esclusivamente "scelte di opportunità", riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario» (punto 10 *cons. dir.*) – innanzitutto si ribadiva con fermezza come l'intera l. n. 40 costituisse la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge[va] una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulava[va]no quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicur[asse] un livello minimo di tutela legislativa»; e, quindi, sotto questo profilo, [era] «costituzionalmente necessaria» (sentenza 45 del 2005)» (punto 11 *cons. dir.*). La qual cosa nondimeno – e limitatamente alla *parte de qua* – non ne metteva completamente al riparo il contenuto in quanto pure «costituzionalmente vincolato»: con la conseguenza che l'eventuale accoglimento (all'epoca si trattava di dichiarare ammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione, tra gli altri, proprio dell'art. 4, comma 3) «non avrebbe fatto "venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria" (sentenza n. 49 del 2005)» (*ibidem*).

L'operazione così svolta, per ammissione della stessa Consulta, travalicava perciò le sole *contingenti* ricadute sulla fonte in discussione (*costituzionalmente necessaria* nel suo complesso ma non pure a contenuto costituzionalmente vincolato nelle sue singole prescrizioni, appunto) assumendo, piutto-

<sup>68</sup> In tal senso, tra gli altri, F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne*, cit., 600.

sto, una connotazione *di sistema* per l'individuazione dei rispettivi compiti istituzionali di tribunale costituzionale e legislatore ordinario (in quanto tali, quindi, valevole in situazioni analoghe).

Così, se «in relazione al “vuoto normativo” paventato», il «potere» della Corte «“di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne”», è alla successiva «saggezza del legislatore» che spetta l'incombenza di eliminare quest'ultima «nel modo più sollecito ed opportuno» (così punto 11 *cons. dir.*, richiamando le sent., rispettivamente, nn. 59/1958 e 113/2011): «una volta accertato che una norma primaria si pone[va] in contrasto con parametri costituzionali» la Consulta «non [poteva], dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e [doveva] dichiararne l'illegittimità, essendo poi «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non [potessero] essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò [fosse] ammissibile» (*ibidem*). Il ragionamento svolto si snodava, dunque, tutto sul più ampio piano della teoria della Costituzione giacché «l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende[va], infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato ‘deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico’ (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso» (*ibidem*).

In un ordinamento costituzionale che intenda davvero fregiarsi di questo nome, pare di capire insomma come ingiustificabile sia un *vulnus* ad una libertà fondamentale discendente dalla mera «inerzia del legislatore ordinario» (*ibidem*): tale ultima eventualità, nondimeno, risultava fortunatamente più facile a dirsi che non a farsi, già esistendo intorno alla rinnovata possibilità di ricorso alla eterologa una solida “rete protettiva” di materiali normativi – sia *ab intra* che *ab extra* della stessa l. n. 40 – ampiamente in grado di imbrigliare, ed assorbire, l'improvvisa onda d'urto della rimozione della suddetta proibizione.

Con riferimento ai materiali *interni*, erano difatti «identificabili più norme che già disciplina[va]no molti dei profili di più pregnante rilievo» – così, fra tutte, l'art. 9 la cui natura evidentemente compromissoria tradiva sin dal principio la sfiducia nell'effettiva praticabilità del divieto<sup>69</sup> – «anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li [aveva] opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti [era] accaduto in un non irrilevante numero di casi» (*ibidem*): su questa scia, la pronunzia non si sottraeva certo all'incombenza di delineare analiticamente i contorni della normativa di risulta<sup>70</sup>, illustrandone i tratti più salienti quali le condizioni oggettive di accesso<sup>71</sup>, i requisiti soggettivi della coppia richiedente<sup>72</sup>, la disciplina del con-

<sup>69</sup> Così, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 102.

<sup>70</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa*, cit.; G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

<sup>71</sup> «In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, [doveva] ritenersi consentito solo “qualora non vi [fossero] altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere” le cause di sterilità o infertilità e [fosse] accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere “documentate da atto medico” e da questo certificate. Il ricorso a

senso prestato<sup>73</sup>, le sanzioni<sup>74</sup> nonché lo stato giuridico del nato da inseminazione eterologa e i rapporti coi genitori<sup>75</sup>.

Non dissimilmente, sembravano pure tenere quelle maglie della “rete” rappresentate dalla disciplina esterna, sia essa antecedente ovvero posteriore alla normativa indubbiata: così ad esempio – in tema di diritto, rispettivamente, all’anonimato del donatore e del nato a conoscere le proprie origini genetiche – prima del 2004 un adeguato punto di equilibrio fra i contrapposti interessi veniva già rinvenuto dall’art. 28, comma 7, l. n. 183/84, modificato dall’art. 177, comma 2, D.Lgs. n. 196/2003 (nell’interpretazione che di quest’ultimo ne ha dato la Corte costituzionale, con sent. n. 278 cit., relativamente alla reversibilità del diritto al segreto)<sup>76</sup>; parimenti, un fitto reticolato di circolari ministeriali già disciplinava *limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale nell’ambito del Servizio sanitario nazionale*<sup>77</sup>, le *misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale*<sup>78</sup> e quelle di *prevenzione della trasmissione dell’HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d’organo, di tessuto e di midollo os-*

---

questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, [doveva], inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2» (punto 11.1 *cons. dir.*).

<sup>72</sup> ... «nessuna lacuna» sussistendo «in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide[va] sulla previsione recata dall’art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta[va] ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa [potevano] fare ricorso esclusivamente le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”» (*ibidem*).

<sup>73</sup> ... «dato che la completa regolamentazione stabilita dall’art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda[va] evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituì[va] una particolare metodica di PMA» (*ibidem*).

<sup>74</sup> ... considerato «che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conserva[va]no validità ed efficacia), preordinate a garantire l’osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) [erano] applicabili direttamente (e non in via d’interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo» (*ibidem*).

<sup>75</sup> ... «anch’essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l’art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai “nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, in considerazione della genericità di quest’ultima locuzione e dell’essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus* [...] rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest’ultima tecnica “hanno lo *stato* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime”»: così punto 11.1 *cons. dir.*

<sup>76</sup> ... sebbene tale pronunzia riguardasse la (non perfettamente coincidente) contrapposizione tra il diritto all’anonimato della madre naturale e quello del figlio adottato a conoscere le proprie origini (su cui A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) (senza data): sulla dubbia adattabilità di quel precedente al caso dell’eterologa adesso in commento, cfr. G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit.

<sup>77</sup> Così, circ. Min. Sanità Degan (1° marzo 1985), la quale precludeva esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all’interno di strutture del Servizio sanitario nazionale.

<sup>78</sup> Cfr. circ. Min. Sanità Donat Cattin (27 aprile 1987), che aveva disposto i protocolli per l’utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi.



seo<sup>79</sup>, nonché il *divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani*<sup>80</sup> (senza contare, infine, i codici di autoregolamentazione interna di cui talune tra le più importanti strutture private italiane si erano comunque dotate)<sup>81</sup>.

Non meno utile ad un impiego analogico in tal senso si mostrava, infine, la normativa successiva al 2004, «concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie» (punto 12 *cons. dir.*): così, ad esempio, la catena di decreti delegati (nn. 191/2007, 16/2010 e 85/2012) che aveva dato progressivamente ingresso, anche nel nostro paese, alla direttiva 2004/23/CE su *Definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane*<sup>82</sup>.

Il *decisum* adesso in epigrafe non poteva che rappresentare, insomma, la migliore (e più autorevole) risposta alle speciose critiche – ancora prepotentemente sollevate a ridosso del breve comunicato del 9 aprile scorso – in ordine al *Far West* eventualmente discendente dalla declaratoria d'illegittimità dell'art. 4, comma 3, a testimonianza, casomai, specularmente del suo opposto: e, cioè, dell'esistenza di un complesso "sistema integrato" di regolamentazione della materia<sup>83</sup> tale per cui forse, più che necessario ed improcrastinabile, un possibile intervento legislativo apparisse solo eventuale e liminare<sup>84</sup>; «l'art. 7 della legge n. 40 del 2004», del resto – «il quale [offriva] base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, 'contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita'» – «avendo ad oggetto le direttive che [dovevano] essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di ti-

<sup>79</sup> In tal senso, circ. Min. Sanità De Lorenzo (10 aprile 1992), la quale aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello *screening* cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro».

<sup>80</sup> Sul punto, ord. Min. Sanità Bindi (5 marzo 1997) – poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ord. (4 giugno 1997) – che aveva vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati allo stesso Ministero della Sanità.

<sup>81</sup> Così, ad esempio, i centri della CECOS – organizzazione internazionale nota per i particolarmente elevati *standard* di sicurezza imposti per i pazienti – che prevedevano il solo rimborso spese per i donatori: su questi profili, part. G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

<sup>82</sup> In tal senso, tra gli altri, gli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15, D.Lgs. n. 191 cit. relativamente ai profili, rispettivamente, di gratuità e volontarietà della donazione, delle modalità di espressione del consenso, dell'anonimato del donatore nonché delle esigenze di tutela sanitaria (non per caso richiamati dallo stesso giudice delle leggi). Ma v. pure l'art. 1, D.Lgs. n. 16 cit. ai sensi del quale nella competenza dei decreti di recepimento di norme comunitarie rientravano pure i gameti e gli embrioni: «tant'è che i centri di procreazione assistita sono diventati Istituti dei Tessuti, soggetti alle prescrizioni tecniche già previste in Italia dalle Linee Guida sulla legge 40/2004, oggi conformi per riconoscimento agli standard europei per la tracciabilità» (così, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.).

<sup>83</sup> In oggetto, G. BALDINI, *La Consulta cancella il divieto di PMA eterologa*, cit.

<sup>84</sup> «In relazione al numero delle donazioni», ad esempio, sarebbe potuto bastare – a parere del tribunale costituzionale – «un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto» (così punto 11.1 *cons. dir.*).

po eterologo costituisce una *species*, [era], all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo [erano] altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi» (punto 11.1 *cons. dir.*).

A dirla tutta, in sintesi, non è che ispiri troppa fiducia un legislatore (se non proprio traditore del principio costituzionale, non scritto ma supremo, di "laicità"<sup>85</sup> comunque) ancora *tecnicamente* impreparato e *politicamente* inadeguato alle sfide che pure la Corte costituzionale ha inevitabilmente chiamato ad affrontare per un futuro più vicino di quanto non sembri.

---

<sup>85</sup> Così, ad esempio, M. D'AMICO, *Legge 40: dieci anni di sentenze*, cit.

## Questioni vecchie e nuove su *status filiationis* e PMA. Breve cronistoria

Giacomo Capizzi\*

OLD AND NEW QUESTIONS ABOUT *STATUS FILIATIONIS* AND ART: A BRIEF CHRONICLE

ABSTRACT: The aim of this study is to examine the evolution of status issues in the regulation before and after law no. 40/2004, highlighting the critical points. It will try to demonstrate the aim, but also the limits of the principle of responsibility.

KEYWORDS: denying paternity, embryos' mix-up, assisted reproduction with gamete donation, homologous fertilisation, surrogate mothers

SOMMARIO: 1. Premessa: procreazione omologa vs. eterologa – 2. Procreazione eterologa: una varietà di ipotesi – 2.1. La donazione del seme maschile e l'itinerario giurisprudenziale *ante* legge 40 – 2.2. I principi scaturenti dalla giurisprudenza – 2.3. Le diverse soluzioni proposte a fronte dell'ammissibilità del disconoscimento – 3. Una (possibile) diversa ricostruzione della filiazione da procreazione eterologa – 4. La procreazione eterologa nella legge 40. Le conseguenze della violazione del divieto di procreazione eterologa – 5. Le questioni (irrisolte) della donazione di ovuli... – 5.1. ... e la maternità surrogata – 5.2. La maternità surrogata nella legge 40. Al confine con la procreazione eterologa: lo scambio di embrioni. Cenni.

### 1. Premessa: procreazione omologa vs. eterologa

**A**l tema dello stato dei nati a seguito di PMA occorre premettere una seppur sommaria distinzione tra le diverse tecniche considerate, al fine di meglio precisare le definizioni correnti che, come emergerà nel prosieguo, non sempre risultano concordemente accolte nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza, così causando incertezze applicative e dubbi interpretativi.

La suddivisione tra omologa ed eterologa è una classificazione esclusiva delle tecniche di fecondazione assistita che non ha riscontro nella fecondazione "naturale"<sup>1</sup>.

Omologa è la fecondazione assistita in cui vengono utilizzati esclusivamente gameti appartenenti ai coniugi oppure a una coppia (più o meno) stabile e trattasi di definizione relativamente poco problematica.

\* *Dottore in Giurisprudenza abilitato all'esercizio della professione forense.*

<sup>1</sup> Il fenomeno della maternità surrogata può verificarsi anche senza ricorrere a procreazione assistita come nel caso di una unione sessuale di un uomo sposato, con un'estranea che s'impegna a consegnare il nato dopo la gravidanza. In questo caso il nato non avrebbe *ex se* nessun rapporto di filiazione con la moglie; l'unica soluzione situazione giuridicamente percorribile sarebbe un'adozione particolare *ex art. 44, lettera b), legge 4 maggio 1983, n. 184, ma v. infra* nota 88.

Un maggior grado di ambiguità presenta la definizione di procreazione eterologa<sup>2</sup> che, sinteticamente e in una prima approssimazione, si ha quando il medesimo tipo di coppia coniugata o convivente ricorre ad (almeno) un gamete di un terzo donatore.

Il ricorso a gameti esterni trova giustificazione nelle ipotesi di assoluta sterilità di uno o di entrambi i *partner* o di chi intende procreare al di fuori di una coppia.

La distinzione, a prima vista semplice e lineare, può invece complicarsi e moltiplicarsi nelle diverse combinazioni che la casistica, complice l'evoluzione scientifica, ha portato alla ribalta. Una problematizzazione della distinzione può rivelarsi utile al fine di proporre soluzioni interpretative a casi più complessi. E non è detto che la categoria più problematica risulti la procreazione eterologa.

La l. 40 del 2004 nella stesura originaria si riferisce alla procreazione eterologa in tre disposizioni: per vietare «il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa» (art. 4, comma 3), per disciplinare alcuni aspetti della filiazione comunque avvenuta con le tecniche vietate (art. 9) e per sanzionare lo stesso divieto (art. 12, comma 1). La prima e l'ultima disposizione sono recentemente state dichiarate incostituzionali da Corte cost., 14 giugno 2014, n. 162<sup>3</sup>.

## 2. Procreazione eterologa: una varietà di ipotesi

La legge 40 del 2004, pur contemplando la procreazione eterologa e regolandone in una serie cospicua di norme le conseguenze, non fornisce alcuna norma definitoria<sup>4</sup>, lasciando quindi all'interprete il compito di ricostruirne la nozione.

L'ipotesi più ricorrente è l'impotenza (*generandi* o *coeundi* non rileva in questa sede) del *partner* maschile alla quale si sopperisce con il seme di un terzo "donatore" (non necessariamente animato da spirito di liberalità)<sup>5</sup> ed è quella presa verosimilmente come paradigma dal legislatore<sup>6</sup> definibile fe-

<sup>2</sup> Il termine «eterologa» in biologia si riferisce propriamente alla procreazione tra individui di specie diversa e non tra individui esterni a una coppia, coniugata o stabile che sia. Cfr. M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 55, nota 67; quest'ultimo, tuttavia, è l'uso invalso nel linguaggio comune ed anche nei testi legislativi.

<sup>3</sup> Cfr. i primi commenti di C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu) (17 giugno 2014); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014); V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014); A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014).

<sup>4</sup> Diversamente da altre legislazioni che contengono un puntuale catalogo di definizioni stipulative dei termini utilizzati, come l'*Assisted Human Reproduction Act* canadese (art. 3); negli ordinamenti di *common law* la preoccupazione è piuttosto quella di mantenere immune da interpretazioni giudiziarie il formante legislativo, v. C. CASONATO, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in ID., T.E. FROSINI, (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., 28, nota 20.

<sup>5</sup> Cfr. C.B. COHEN, *Reproductive technologies* (voce), in S.G. POST, (ed. by), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 2004, I, 2283; anche se si dovrebbe parlare a rigore di dazione piuttosto che donazione, si continuerà qui a seguire l'uso invalso nella prassi, tranne ove la distinzione tra donazione vera e propria e cessione onerosa

*condazione eterologa in linea maschile*. Ma non vi sono motivi per escludere dal novero delle tecniche eterologhe il caso della donazione di ovociti<sup>7</sup> che saranno fecondati con seme del *partner* maschile per poi essere impiantati nel grembo della *partner* femminile (*fecondazione eterologa in linea femminile*).

Può anche darsi l'ipotesi che entrambi i gameti provengano da "donatori" esterni e che poi l'embrione venga impiantato nel grembo della madre<sup>8</sup> e secondo altri<sup>9</sup> vi rientrerebbe l'ipotesi che il gamete femminile provenga da due diverse donatrici, una che fornisce l'ovocita, l'altra il citoplasma. Si tratta dell'*Ooplasm transfer* o trasferimento dell'ooplasma<sup>10</sup>, una delle più recenti tecniche messe a punto per ovviare alla carenza di mitocondri<sup>11</sup>, dovuta all'invecchiamento dell'ovocita, e per prevenire le conseguenti disfunzioni embrionali o l'estinzione dell'ovocita già fecondato. La peculiarità di questa tecnica consiste in una sorta di "donazione dei mitocondri" o trasferimento del citoplasma da parte di una donatrice giovane nell'ovocita della futura gestante; così che l'apporto della donatrice di citoplasma si aggiunge senza sostituire il *partner* femminile. L'ovocita così "ricostruito" sarà fecondato *in vitro* con lo sperma del *partner* di quest'ultima e successivamente impiantato. La principale problematica sollevata da questa tecnica riguardava l'ammissibilità di questa donazione mitocondriale o citoplasmatica stante il divieto positivo di procreazione eterologa. A ben vedere quest'ultima ipotesi

---

rilevi in quelle legislazioni come quella inglese e canadese che non vietano fecondazione eterologa associata alla maternità surrogata purché non onerose. Nell'ordinamento italiano la donazione di gameti esterni alla coppia è di recente stata ammessa in seguito a Corte cost., 14 giugno 2014, n. 162 che ha dichiarato illegittimo il divieto contenuto lasciando immutato il divieto di commercializzazione di gameti di cui all'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004.

<sup>6</sup> La disposizione sul divieto di disconoscimento di *paternità* di cui all'art. 4, comma 3, legge 40 del 2004 sembra in effetti contemplare solo l'ipotesi della donazione di gamete maschile.

<sup>7</sup> V. P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014), specie nota 62.

<sup>8</sup> Quest'ultimo caso apparentemente non differisce nello schema dalla maternità surrogata ove una donna c.d. madre surrogata si limita a portare avanti una gravidanza ottenuta con materiale genetico dei committenti ai quali s'impegna poi a consegnare il neonato. La differenza è che nel primo caso la coppia o la donna da sola ha sin dall'inizio l'intenzione di tenere il bambino ed i "donatori" si limitano a mettere a disposizione i gameti impegnandosi a non rivendicare diritti, mentre nella maternità surrogata, la coppia o la donna sola si è impegnata a consegnarlo ai committenti. Il consenso e la volontà, si può sin d'ora anticipare, giocano un ruolo determinante nella soluzioni di controversie sullo stato dei figli nati con procreazione eterologa.

<sup>9</sup> L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 121, nota 30.

<sup>10</sup> L'ooplasma è il citoplasma o protoplasma dell'ovocita, cioè quella soluzione acquosa che contiene alcune membrane e i corpuscoli cellulari tra cui i mitocondri: cfr. C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., Glossario, 131.

<sup>11</sup> I mitocondri sono la componente cellulare che ha il compito di produrre energia con cui "alimentare" il processo vitale di ogni tipo di cellula. Richiedendo una gran quantità di energia, il processo di attivazione ovocitaria può arrestarsi, oppure condurre a disfunzioni embrionarie, qualora i mitocondri dell'ovocita (come accade normalmente nelle donne superati i quarant'anni o in altre a prescindere dall'età) siano in numero insufficiente (in media ogni ovocita contiene 100.000 mitocondri): cfr. A. BOMPIANI, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Milano, 2006, 145 ss.

rientra tra le tecniche omologhe e in ogni caso la questione ha oggi perso gran parte di rilevanza pratica<sup>12</sup>.

### 2.1. La donazione del seme maschile e l'itinerario giurisprudenziale ante legge 40.

La legge 40 sembra quindi privilegiare come più ricorrente, nella successiva disciplina, l'ipotesi della donazione maschile di seme, dettando infatti un'apposita regolamentazione dell'azione di disconoscimento della paternità che rappresenta il punto critico della fecondazione eterologa.

La donazione di gameti esterni alla coppia costituisce un'ulteriore dissociazione di aspetti della vicenda procreativa prima non scindibili<sup>13</sup>: la genitorialità genetica non coincide necessariamente con la genitorialità "sociale" e si pone quindi il problema di scegliere a quale rapporto dare rilevanza sul piano giuridico.

Un esame delle pronunce giudiziarie susseguitesi in un arco quasi cinquantennale conferma come la procreazione eterologa *in linea maschile* sia in effetti l'ipotesi più ricorrente.

Sin dalla metà dello scorso secolo, la giurisprudenza è stata chiamata a dipanare la matassa sullo *status filiationis* scaturente da questa ipotesi, in assenza di una norma esplicita per la quale occorrerà attendere la legge 40 del 2004.

La questione era stata posta all'attenzione di dottrina e giurisprudenza già nel 1956 in un caso<sup>14</sup> in cui un marito, dopo aver dato il proprio assenso all'inseminazione eterologa della moglie, aveva chiesto il disconoscimento della paternità. I giudici di Roma ritennero ammissibile l'azione, seguendo un *iter* argomentativo condivisibile in parte nelle premesse, ma contraddittorio nella decisione adottata. In estrema sintesi:

- a) evidenziarono come la normativa allora vigente, basata sul presupposto che la filiazione non fosse scindibile dall'unione sessuale tra i coniugi, non avesse minimamente preso in considerazione le possibilità offerte dalla PMA e che, stabilita l'inapplicabilità della disciplina codicistica, bisognava quindi ricorrere ai principi in materia di filiazione (sin qui l'assunto non si presta a critiche, in quanto il giudice ammette un criterio interpretativo della volontà del legislatore storico di tipo "statico"<sup>15</sup>);

<sup>12</sup> In ragione del venir meno del divieto di fecondazione eterologa, cfr. *supra* nota 3; sotto altro aspetto risultano documentate appena una trentina di nascite in seguito a *Ooplasm transfer* (cfr. A. BOMPIANI, *op. cit.*, 148); inoltre la tecnica in esame è sospesa dal 2001 a scopo precauzionale negli Stati Uniti, mentre se ne discute l'introduzione nel Regno Unito al fine di consentire la procreazione a donne affette da malattie mitocondriali, v. in senso critico S. TONUTTI, *I figli OGM*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>13</sup> L'avvento delle tecnologie riproduttive ha consentito di sciogliere l'endiadi sessualità-riproduzione anche nel senso diverso da quello conseguente alla diffusione dei contraccettivi: non solo una «sessualità senza procreazione» ma anche una «riproduzione senza sessualità» cfr. P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 177.

<sup>14</sup> Trib. Roma 30 aprile 1956 in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, I, 2, 218, con nota di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*.

<sup>15</sup> Il Tribunale avrebbe potuto tentare di ricostruire la volontà *presunta* del legislatore storico utilizzando un criterio che possiamo definire "dinamico" o "evolutivo", con un ragionamento ipotetico del tipo: *come avrebbe disciplinato la detta fattispecie se fosse stato a conoscenza di tale possibilità?* Un criterio per certi aspetti simile è dettato dall'art. 1 del Codice civile svizzero. Il Tribunale mostra invece di optare per un'interpretazione

b) ritengono vigente il principio del fondamento biologico e della tutela della famiglia legittima a nulla valendo l'eventuale consenso dei coniugi stante l'indisponibilità degli *status* familiari, dal ché l'ammissibilità del disconoscimento.

L'argomento *sub b)* appare fallace: il c.d. *favor legitimitatis* che ammantava la disciplina codicistica tendeva a ricondurre alla filiazione legittima, utilizzando a tale scopo condizioni di ammissibilità molto stringenti alle azioni di stato volte a contestarla, ipotesi che difficilmente apparivano tali<sup>16</sup>. Questa posizione di favore si spiegava per il tentativo di recuperare la disparità di trattamento normativo, allora marcato, tra figli legittimi e naturali; tuttavia, piuttosto che attenuare le differenze tra legittimi e naturali, il legislatore codicistico preferiva rendere difficilmente attaccabile lo *status* di figlio legittimo, anche in circostanze in cui questo era poco più che apparente. Si può quindi fortemente dubitare della configurazione in questi termini di un principio del fondamento biologico della filiazione, dovendosi più realisticamente parlare di una *tutela ad oltranza* della filiazione legittima, in omaggio alla considerazione della famiglia come istituzione da difendere anche contro le "verità scomode" che potevano minarne le fondamenta.

Anche la giurisprudenza di altri paesi si è posta sulla medesima scia interpretativa, avanzando analoghe argomentazioni. Così in Francia, dove il *Tribunal de Grande Instance* di Nizza del 19 marzo 1991 ha ritenuto ammissibile e fondato il disconoscimento del padre affetto da sterilità, senza che al previo consenso prestato all'inseminazione sia stata riconosciuta rilevanza giuridica: «il faut retenir que la volonté du mari ne joue aucun rôle positif dans l'établissement de la filiation»<sup>17</sup>.

In una posizione intermedia si colloca la giurisprudenza tedesca che, in una decisione del 1983, pur precisando che il consenso del marito non vale a negare il successivo disconoscimento, afferma che tale principio va coordinato con la buona fede per evitare che il diritto al riconoscimento si traduca in un "abuso del diritto". La corte non si pronuncia sulla persistenza di eventuali obblighi risarcitori o di mantenimento a carico del marito "pentito". Il ruolo della buona fede e della correttezza emergono in un successivo orientamento delle corti di merito, in cui il disconoscimento viene astrattamente ammesso, ma ritenuto infondato nell'ipotesi in cui il consenso sia "informato" e quindi qualificato, il che fa venire in rilievo l'interesse del minore e la responsabilità del marito. La Corte suprema tedesca

---

"statica" e "conservatrice" della volontà del legislatore. Per le nozioni di volontà "reale" e "presunta" in relazione all'interpretazione nella storia del giuspositivismo, v. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1996, 82.

<sup>16</sup> Si consideri il caso kafkiano del "mulatto pisano". Una donna coniugata aveva dato alla luce un neonato mulatto, quando entrambi i coniugi erano di razza bianca. Il marito propose azione di disconoscimento, ma l'art. 235 c.c., nel suo vecchio testo, richiedeva il celamento della gravidanza e della nascita: non ricorrendo nessuna delle altre ipotesi, il tribunale negò l'ammissibilità dell'azione, v. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 379. Va precisato che l'esclusione della discendenza biologica del nato dal marito non può dirsi certa in assoluto: la letteratura scientifica riporta rari casi di nati mulatti e addirittura di pelle nera da genitori entrambi bianchi. La questione sollevata dal caso riguarda tuttavia l'eccessivo rigore con cui il Tribunale ha interpretato le condizioni di ammissibilità dell'art. 235 vecchio testo, *id est* la preclusione a una diversa prova della discendenza e non tanto la verità biologica in sé.

<sup>17</sup> Tale decisione è stata in seguito mutata dalla Corte d'appello sulla base dell'ingiustificata irrevocabilità del consenso prestato dal marito e della considerazione della paternità eterologa, fondata non sulla biologia, ma di origine sociale: *ibidem*, 374.

ha optato da ultimo (*BGH* 3 maggio 1995) per un regime intermedio che, in caso di fecondazione eterologa, riconosce la responsabilità del padre per il mantenimento del figlio<sup>18</sup>.

Diversamente che oltralpe, la giurisprudenza italiana di merito mantiene inalterata, anche quarant'anni dopo, la tesi dell'ammissibilità del disconoscimento affermata nel 1956, integrandone però le argomentazioni. Il Tribunale di Cremona<sup>19</sup>, diversamente dall'omologo capitolino, non ritiene di trovarsi di fronte a una lacuna da colmare con il ricorso all'analogia *iuris*, perché le norme codicistiche non potevano contemplare l'ipotesi della procreazione eterologa; al contrario ritiene il caso prospettatogli (un marito consenziente alla fecondazione eterologa della moglie che propone disconoscimento perché affetto da impotenza di generare) rientrante nella fattispecie dell'art. 235, n. 2 cod. civ., a nulla valendo il consenso precedentemente espresso. Della vicenda viene in seguito investito anche il giudice d'appello<sup>20</sup> che conferma la sentenza impugnata correggendone la motivazione: la Corte, discostandosi dal giudice di *prime cure*, nega l'applicabilità diretta dell'art. 235, il cui presupposto nelle tre diverse ipotesi è sempre individuato in un rapporto adulterino, da intendersi esclusivamente come unione carnale con uomo diverso dal marito e non come semplice violazione di obbligo coniugale. Così ricostruita la *ratio* dell'art. 235, quest'ultimo non è applicabile neppure in via analogica all'inseminazione di donatore esterno, legittimando piuttosto un'analogia *iuris*. Il principio generale ritenuto applicabile è il *favor veritatis* e quindi il criterio della corrispondenza biologica. La Corte ritiene viceversa le ipotesi codicistiche che derogano al *favor veritatis* – come la disciplina del secondo riconoscimento (art. 250, comma 2) e che non consentono l'accertamento biologico anteponendo l'interesse del minore – norme eccezionali, non suscettibili di derogare al principio della verità biologica nel caso di specie, ritenuto piuttosto «un'eccezione non prevista»<sup>21</sup>.

Prima che il “caso Cremona” approdi in Cassazione, però, il Tribunale di Napoli solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 considerando, analogamente ai giudici di Cremona, la disposizione rilevante perché direttamente applicabile, e ne chiede l'annullamento nella parte in cui non prevede la preclusione al marito dell'azione di stato dopo aver prestato consenso all'eterologa. La Corte costituzionale, a sua volta, ritiene la questione inammissibile per irrilevanza della disposizione impugnata, non condividendo l'assunto del giudice rimettente circa la diretta applicabilità all'ipotesi di fecondazione eterologa dell'art. 235 cod. civ. Con decisione interpretativa di rigetto<sup>22</sup>, la Corte afferma che l'impugnata disposizione riguarda esclusivamente la generazione che segua a un rapporto adulterino e impegna il giudice a ricercare una soluzione che «contemperi i diritti del nato nei confronti di chi si sia deliberatamente impegnato ad accoglierlo assumendosene la relativa responsabi-

<sup>18</sup> L'impugnazione della paternità è ora esclusa qualora l'inseminazione eterologa sia avvenuta con il consenso di entrambi i coniugi in base all'art 1600, comma 4, *BGB* introdotto dalla legge 28 aprile 2004, n. 598.

<sup>19</sup> Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, 995, con nota di G. FERRANDO, *Il caso «Cremona»: autonomia e responsabilità nella procreazione*.

<sup>20</sup> App. Brescia, 14 giugno 1995, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 1997, 738, con nota di G. FERRANDO, *Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*.

<sup>21</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità per la procreazione nel disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, vol. II, Milano, 2002, 920.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 53.



tà», individuando «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionalmente coinvolti nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>23</sup>.

Le indicazioni interpretative della Corte costituzionale, in quanto tali non vincolanti ma sicuramente dotate di forza “persuasiva”, riecheggiano la soluzione di compromesso accolta dalla Suprema Corte federale tedesca (BGH 3 maggio 1995) che ammette il disconoscimento in capo al marito ma, sulla base del consenso prestato, lo obbliga al mantenimento in applicazione del canone di buona fede e sembrano richiamare il giudice italiano, pur lasciando un margine di manovra interpretativa, verso analogha soluzione o quantomeno a compiere anch’esso un contemperamento degli interessi con il limite del principio-guida di dignità<sup>24</sup>.

La Corte di cassazione<sup>25</sup>, chiamata a statuire definitivamente sul “caso Cremona”, con la sentenza 16 marzo 1999, n. 2315 accetta l’impostazione che esclude l’applicazione dell’art. 235, tanto in via diretta quanto in via analogica, e accoglie l’invito a compiere un bilanciamento dei principi in gioco individuandone invero un novero alquanto largo<sup>26</sup>: divieto di *venire contra factum proprium*; dovere di lealtà nei rapporti inter-soggettivi; tutela non assoluta del bene verità; tutela della dignità e degli interessi del figlio.

Tralasciando per ora i dubbi e l’eccessiva generalità dei primi<sup>27</sup>, gli ultimi due appaiono più convincenti. Il *favor veritatis*, nonostante il maggior ruolo tributatogli dalla riforma del 1975 che ha ridimensionato la portata del *favor legitimitatis*, non è incondizionatamente tutelato nel nostro ordinamento, ossia «ha una priorità non assoluta ma relativa»: lo stesso art. 235 cod. civ. ne è dimostrazione, prevedendo una legittimazione attiva esclusivamente in capo al padre, alla madre e ai figli<sup>28</sup>, non a chiunque ne abbia interesse. Ma, a ben vedere, nella stessa direzione si possono riscontrare anche altre indicazioni positive, come la disciplina del secondo riconoscimento prevista dall’art. 250 cod. civ., che prevede – nell’ipotesi di opposizione del primo genitore – che il riconoscimento sia negato

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Nel senso che il principio di dignità è elevato al rango di super principio nella Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina di Oviedo v. F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l’ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, I, 2003, 266.

<sup>25</sup> Corte di cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315 in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 523, con nota di E. PALMERINI.

<sup>26</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità*, cit., 923.

<sup>27</sup> Per i quali cfr. EAD., *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, 223.

<sup>28</sup> L’art. 235 vecchio testo prevedeva la legittimazione del solo padre, al quale poi la riforma del 1975 ha aggiunto la madre e il figlio, valorizzando sì il *favor veritatis* ma non in senso assoluto: all’eventuale diverso padre biologico che volesse superare la presunzione di legittimità è preclusa non solo l’azione di disconoscimento, ma anche l’azione di contestazione della legittimità ex art. 248 cod. civ. (essendo quest’ultima diretta alla sola contestazione dell’atto di nascita). Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005, 370, nota 9. La legge n. 184 del 1983 (Nuova disciplina dell’adozione) ha aggiunto ai legittimati all’azione di disconoscimento un curatore speciale nominato dal figlio sedicenne o, se infrasedicenne, dal Pubblico ministero. Al padre biologico dell’infrasedicenne non resta che la possibilità, fornendo spunti per le «sommarie informazioni» di cui all’art. 244, comma 4, di sollecitare l’azione del Pubblico ministero, che tuttavia compirà un’autonoma valutazione della situazione.

dal giudice se risulta nell'interesse del figlio<sup>29</sup> (comma 4) ovvero dalla norma sulla legittimazione per susseguente matrimonio.

## 2.2. I principi scaturenti dalla giurisprudenza

La preferenza accordata dalle precedenti pronunce di merito, che ammettevano il disconoscimento, ad una lettura più o meno rigida del *favor veritatis* e della corrispondenza con l'ordine biologico può trovare una diversa chiave di lettura: l'enucleazione tra i principi generali del solo principio della corrispondenza con l'ordine biologico, confinando nell'eccezionalità le ipotesi in cui tale principio cede di fronte al principio di tutela dell'interesse del figlio, postula l'opzione metainterpretativa per l'argomento naturalistico (qui come meta-argomento interpretativo)<sup>30</sup>, in senso negativo, per escludere un'interpretazione risultato dell'analogia *iuris* altrimenti difforme dal (presunto) ordine naturale della procreazione.

Viceversa le più recenti pronunce della Corte di cassazione segnano un superamento del criterio naturalistico, a favore della considerazione e della tutela di ulteriori interessi e principi che concorrono con il principio di verità, in particolare il principio di responsabilità<sup>31</sup> della filiazione.

La soluzione ammessa in giurisprudenza consente di affermare l'interesse del nato e il principio di responsabilità nella procreazione, senza necessariamente sacrificare il *favor veritatis* a favore di finzioni (seppur ispirate al nobile intento di assicurare la maggiore tutela dello stato di figlio legittimo) che popolavano la disciplina della filiazione *ante* riforma, ma che oggi non hanno più ragion d'essere per la sostanziale parificazione tra figli legittimi e naturali.

D'altro canto, ripercorrendo l'*iter* giurisprudenziale sopra delineato sull'ammissibilità dell'azione di disconoscimento, si deve concordare che dalla decisione del Tribunale di Roma del (lontano) 1956 al *revirement* (se così può definirsi) della Cassazione del 1999 è passata molta acqua dal "mulino" del diritto di famiglia e della filiazione: dall'introduzione del divorzio, dell'adozione speciale, passando per lo spartiacque della riforma del 1975, alla legge sui consultori familiari e sull'aborto si è progressivamente e irreversibilmente attuato il, da tanti evidenziato, processo di "costituzionalizzazione del diritto privato"<sup>32</sup>.

Tali innovazioni legislative hanno modificato la fisionomia del microcosmo del diritto di famiglia su cui sono intervenuti, ridisegnando una tutela dei rapporti familiari che guarda non più a garantire la

<sup>29</sup> Ho tratto quest'osservazione da R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, II, 1999, 1196.

<sup>30</sup> L'argomento naturalistico non è utilizzato esclusivamente per giustificare un determinato enunciato interpretativo, ma viene spesso posto a sua volta in aggiunta o come giustificazione (ossia come meta-argomento interpretativo) di un ulteriore argomento (e.g. *l'analogia iuris*): si pone cioè il problema delle «relazioni reciproche fra gli argomenti» che si incastrano in «una sorta di puzzle, le cui tessere sono ritagliate almeno in parte dallo stesso teorico». Cfr. M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione in Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2006, 1, par. 1.3.

<sup>31</sup> Cfr., sin dal titolo, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., spec. 133 ss.

<sup>32</sup> Sono scomparsi (quasi) del tutto i figli non riconoscibili nati da rapporto incestuoso in mala fede, essendo loro riconosciuta la possibilità di agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494). Persiste tuttavia il divieto di riconoscimento: cfr., in senso critico, C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 393-394.

famiglia come istituzione, «portatrice di un interesse generale<sup>33</sup> che sovrasta e prevale sugli interessi dei singoli»<sup>34</sup>. L'attenzione è ora rivolta, in un cambio di prospettiva, alla tutela degli interessi dei singoli che trovano esplicazione della propria personalità e dignità all'interno della famiglia.

Il salto gestaltico conseguente alla riforma consente di riconoscere nella mutata prospettiva maggiori spazi all'autonomia privata<sup>35</sup> nel diritto di famiglia, che si atteggia in maniera diversa rispetto agli angusti luoghi riservati ai negozi familiari nel codice del 1942.

La vicenda dell'inseminazione eterologa ha consentito di metter in luce – direi di mettere meglio a fuoco – i principi generali emergenti nella procreazione, ovvero autonomia e responsabilità.

È bene sgombrare il campo sin d'ora da possibili equivoci. La valenza dei suddetti principi non va letta in senso assoluto, né vanno considerati separatamente l'uno dall'altro.

Intanto va riconosciuta una superiorità assiologica del principio di responsabilità, senza il quale l'autonomia non potrebbe nemmeno definirsi, scadendo nell'arbitrio.

Lo stesso *favor veritatis* non sottende il perseguimento della verità come valore in sé, ma è finalizzato all'applicazione dello stesso principio di responsabilità, per cui chi ha dato causa, nell'esercizio della sua autonomia, alla nascita di un figlio se ne deve anche assumere tutti gli obblighi conseguenti.

### 2.3. Le diverse soluzioni proposte a fronte dell'ammissibilità del disconoscimento

La preoccupazione di tenere in debito conto gli interessi del nato anche in caso di ammissibilità del disconoscimento ha indotto parte della dottrina a cercare di fondare una responsabilità civile in capo al marito che avesse chiesto e ottenuto il disconoscimento, pur avendo prestato consenso.

Alcune brevi osservazioni merita la tesi che ravvisa una responsabilità extracontrattuale, con l'obbligo del mantenimento del risarcimento, per la lesione della legittima aspettativa del figlio e della madre. Questa avrebbe fondamento nel c.d. divieto di *venire contra factum proprium*; il divieto è stato ritenuto non idoneo a valere nel diritto sostanziale (sarebbe confinato nella nullità degli atti processuali) e ad esprimere un principio generale. Senza entrare nel merito di tali appunti, si può affermare come il principio da invocare potrebbe essere il divieto di trarre vantaggi da propri comportamenti illeciti; il principio in parola trova riferimenti positivi nell'art. 463, n. 1 cod. civ., che prevede come causa di indegnità a succedere l'omicidio del dante causa, o ancora l'art. 2126, comma 1, che esclude l'efficacia di fatto di contratti di lavoro nulli qualora siano illeciti la causa o l'oggetto, il che darebbe giustificazione alla negazione dell'azione di disconoscimento al terzo in caso di adulterio. Ma andrebbe dimostrata l'illiceità della revoca del consenso.

Un'altra tesi<sup>36</sup> ravvisa la causa dell'obbligo di mantenimento nell'art. 279 cod. civ., che tuttavia si riferisce alle ipotesi di riconoscimento impossibile per divieto legale, ed anche estendendone la portata

<sup>33</sup> Argomentando dall'art. 29 Cost. nella parte in cui si riferisce ai «diritti della famiglia», si è a lungo dibattuto sulla soggettività giuridica della famiglia distinta dai suoi membri. La tematica era già stata affrontata *ante* Costituzione da Antonio Cicu: si veda M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, 419.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 387.

<sup>35</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2002, 53 ss. per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia a partire dalla codificazione.

al caso di mancato riconoscimento si può obiettare che le fattispecie sono diverse: nel caso del mancato riconoscimento, la responsabilità di cui all'art. 279 si configura come alternativa all'azione di reclamo di stato; nel caso della fecondazione eterologa, invece, un riconoscimento non sarebbe neanche in astratto configurabile. Anche in questo caso la componente di responsabilità che connota la filiazione, espressa dal consenso del marito, potrebbe fondare una siffatta responsabilità.

### 3. Una (possibile) diversa ricostruzione della filiazione da procreazione eterologa

Oltre alle pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, si può prendere in considerazione una decisione<sup>37</sup> di poco successiva al *leading case* della Cassazione del 1999, in cui il giudice avanza una linea interpretativa diversa dalle indicazioni proposte dalla Corte costituzionale e dall'orientamento della Suprema Corte. Il giudice decide per l'inammissibilità del disconoscimento, ma secondo un'interpretazione che si scosta dai precedenti delle corti superiori. Viene ritenuto applicabile l'art. 235 cod. civ., argomentando l'estensione alla fecondazione eterologa sulla base:

- a) del presupposto dell'azione di disconoscimento, individuato non nell'adulterio (inteso come congiunzione sessuale), bensì nella "non paternità";
- b) della (ri)definizione del concetto di paternità in senso evolutivo rispetto all'originaria concezione accolta dal legislatore codicistico. A venire in rilievo nella definizione della paternità non è esclusivamente il dato genetico, ma anche la responsabilità assunta dal marito consenziente.

Questa diversa impostazione, analoga nel risultato pratico di negare il disconoscimento, consente – nelle intenzioni (nemmeno tanto velate) del Tribunale di Napoli – di risolvere in radice la possibile obiezione dell'indisponibilità delle azioni di *status* in modo più convincente rispetto alla tesi della Cassazione: se la responsabilità concorre a definire lo *status* di figlio legittimo, il consenso non vale a disporre di uno *status* già consolidato, ma concorre a costituirlo *ab origine*.

Viene inoltre data una più congrua spiegazione alla ragione per la quale l'adulterio figura come terza ipotesi di ammissibilità del disconoscimento. Se l'adulterio fosse il (solo) presupposto dell'azione non si spiegherebbe la ragione per cui viene indicato separatamente come ipotesi di ammissibilità (art. 235, n. 3), essendo invece lasciate fuori dalla fattispecie del disconoscimento ipotesi diverse dall'adulterio, ma in cui non è rinvenibile alcun collegamento di responsabilità con il marito (si pensi alla violenza sessuale subita dalla moglie).

Contro questa ipotesi di ricostruzione è stato obiettato, tra l'altro, che ove si ammettesse un senso più ampio della nozione giuridica di paternità, per cui presupposto dell'azione di disconoscimento sarebbe, come testualmente recita la sentenza, «l'assenza di qualsiasi partecipazione del padre al fatto che ha dato origine alla generazione», si arriverebbe «all'affermazione di un principio troppo genera-

<sup>36</sup> M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 147.

<sup>37</sup> Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 296 con nota di M. DOGLIOTTI.

le di cui non si è in grado di governare tutte le implicazioni»<sup>38</sup>, al punto di negare l'azione anche nell'ipotesi del consenso del marito a rapporti sessuali della moglie con un terzo.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, avanzando tale riserva viene sminuita la portata dello stesso principio di responsabilità. Per restare all'ipotesi del rapporto sessuale con un terzo, intanto verrebbe in rilievo l'adulterio, come ipotesi a sé, a legittimare l'azione.

Il principio di responsabilità non ha carattere assoluto, dovendo tener conto anche del concomitante principio del *favor veritatis*.

Ma soprattutto va considerato preminentemente che il principio di responsabilità non opera in una sola direzione, non pone di fronte alle proprie responsabilità il solo marito consenziente; come principio che interessa la filiazione nel suo complesso esso esplica efficacia anche nei confronti del terzo il quale potrà essere chiamato a rispondere delle sue azioni. Quest'ultimo non può, nell'ipotesi dei rapporti consenzienti, essere definito (neppure stipulativamente) "donatore", nel senso che si limita a donare i propri gameti. Nel caso del marito sterile, consenziente ad un rapporto sessuale della propria moglie con un terzo, l'apporto di quest'ultimo – non limitato alla messa a disposizione del proprio seme, ma esteso all'unione sessuale – ne fa assumere la paternità, cosicché diverrebbe ammissibile il disconoscimento da parte del marito.

L'impostazione dell'applicabilità dell'art. 235 cod. civ. alla procreazione eterologa ha l'ulteriore pregio di superare una carenza, non messa adeguatamente in luce, dell'orientamento della Cassazione del 1999: se, come affermato dalla corte di legittimità, l'eterologa esula dal campo di applicazione dell'art. 235, la conseguenza dev'essere quella di negare l'azione di disconoscimento, stante la tassatività delle azioni di stato; diversamente si darebbe ingresso ad una diversa azione di stato per via dell'*analogia iuris*.

L'alternativa è quindi tra riconoscere la diretta applicabilità dell'azione di disconoscimento o ritenere la non diretta applicabilità incostituzionale: percorre una terza via è precluso dalla tassatività delle azioni di stato.

#### 4. La procreazione eterologa nella legge 40. Le conseguenze della violazione del divieto di procreazione eterologa

La posizione della disciplina italiana sulla procreazione eterologa era sino al luglio scorso di una totale preclusione, stante l'esplicito e lapidario divieto posto dall'art. 4, comma 3: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». L'opzione italiana del divieto assoluto era unica nel panorama europeo<sup>39</sup> e rappresentava un ostacolo insormontabile nei casi di ste-

<sup>38</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità*, cit., 927; tuttavia l'Autrice sembra, se ho ben capito, avvicinare in chiusura del saggio la propria posizione alla tesi criticata (cfr. *ivi*, 933).

<sup>39</sup> Un'analogia posizione di netto rifiuto negli ordinamenti della *western legal tradition* si rinviene solo in Giappone, Turchia e Arabia Saudita: cfr. C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in Id., E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione assistita: ombre e luci*, Trento, 2005. Si tratta della disposizione che più di tutte alimenta il "turismo procreativo" verso vicini paesi con legislazioni meno rigide: si tratta di un aspetto del più ampio fenomeno della "competizione" degli ordinamenti giuridici richiamato in S. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e diritti soggettivi: considerazioni a margine della teoria di Luigi Ferrajoli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2002, 186.

rilità assoluta di uno o entrambi i componenti della coppia. La *ratio* della disposizione sembra rinvenirsi nella preferenza accordata alla derivazione biologica della filiazione e ha un precedente nella circolare “Degan” (dal nome del ministro della Sanità) del 1985, che ne vietava l’impiego nelle strutture sanitarie pubbliche.

In un’ottica di salutare pragmatismo, la legge 40, fissato il divieto, si preoccupava di stabilire le conseguenze della violazione specie in materia di rapporti di filiazione<sup>40</sup>.

Accogliendo i risultati del precedente percorso giurisprudenziale in materia di azione di disconoscimento<sup>41</sup>, l’art. 9 della legge 40 preclude al *partner* (maschile deve ritenersi) che abbia prestato consenso in qualsiasi forma (ricavabile anche da fatti concludenti) alla procreazione eterologa, l’azione di disconoscimento nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell’art. 235 cod. civ. e l’impugnazione del riconoscimento di cui all’art. 263 cod. civ.

La Corte costituzionale, nel giudicare illegittimo il divieto di procreazione eterologa, ha ritenuto che l’art. 9 valga comunque a disciplinare lo stato del figlio nato a seguito della tecnica ora legittima, senza necessità di ulteriori interventi del legislatore.

Il legislatore, anche nella vigenza del divieto di eterologa, ha inteso in ogni caso tutelare la posizione del figlio nato, ponendosi sulla scia di un orientamento tracciato a partire dalla riforma del 1975 che ha drasticamente ridimensionato le ipotesi di figli senza stato: non solo è caduto il divieto di riconoscimento dei figli adulterini ma, in seguito ad un intervento della Corte costituzionale, non è più precluso nemmeno ai figli incestuosi di mala fede l’accertamento giudiziale di paternità e maternità<sup>42</sup>. Il criterio guida che si antepone tanto al *favor veritatis* quanto al *favor legitimitatis* è la tutela dell’interesse del minore (affermato anche in altre disposizioni<sup>43</sup>), che assume rango e rilevanza di clausola generale<sup>44</sup>.

Il legislatore, intervenendo con una disciplina frammentaria, non fuga però taluni fondati dubbi interpretativi.

<sup>40</sup> Si tratta di una fondata preoccupazione coerente con l’assenza di sanzioni, all’interno di una legge che dedica a sanzioni pecuniarie e penali l’intero capo V, nei confronti dell’uomo o della donna a cui sono applicate tecniche di procreazione eterologa (art. 12, comma 8). La *ratio* va individuata, oltre che nella tutela degli interessi del nato, nella consapevolezza da parte del legislatore del fenomeno del “turismo procreativo” e nella volontà di tutelare ad ogni modo le ragioni dei nati da eterologa “in trasferta”. Si è efficacemente parlato al riguardo di «fragile rigidità» dei divieti posti dalla legge 40: cfr. S. PENASA, *La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 18, 2010, 17-25.

<sup>41</sup> Cfr. *supra* par. precedente.

<sup>42</sup> Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494 ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 278 cod. civ. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251, comma 1) è vietato (mala fede dei genitori). La soluzione è ora accolta dal legislatore nel testo dell’attuale art. 278, come sostituito dal D.Lgs. n. 154 del 2013.

<sup>43</sup> L’interesse del minore è contemplato dalla disciplina codicistica nelle ipotesi di: inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima (art. 252, comma 2), secondo riconoscimento (art. 250, comma 4), autorizzazione giudiziale al riconoscimento di figli incestuosi di buona fede (art. 251, comma 2), ammissione dell’infrasedicenne alla dichiarazione giudiziale di paternità (art. 274, poi dichiarato incostituzionale da Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50), poteri di nomina del curatore speciale del minore per l’azione di disconoscimento (art. 244, comma 2, secondo l’interpretazione di Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429). V. *supra*, § 6.3.

<sup>44</sup> La conclusione condivisibile è di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 172.

Infatti, argomentando *a contrario* le disposizioni di cui all'art. 9, potrebbe residuare in capo agli altri soggetti di regola legittimati (madre e figlio<sup>45</sup>, ex art. 244 cod. civ.) la proposizione dell'azione di disconoscimento. Questa interpretazione non può ritenersi esclusa dal comma 3 dello stesso art. 9 della legge 40 il quale – se ha fugato, a scampo di (altri) equivoci, dubbi circa rapporti giuridici tra donatore e nato – non esclude a rigore un'azione di contestazione dello stato a iniziativa dello stesso nato<sup>46</sup> o della madre. La ragione è presto detta: la norma non precisa lo stato del nato da procreazione eterologa, ma si limita a precludere al *partner* maschile il disconoscimento e a negare qualsiasi rapporto giuridico tra nato e donatore di seme. Bisogna quindi stabilire se l'art. 8 che regola lo stato dei nati da PMA valga solo nelle ipotesi di procreazione omologa consentita oppure anche nel caso di eterologa (nel quale potrebbe mancare il consenso informato richiamato dallo stesso art. 8). Quest'ultima ipotesi appare preferibile, se si condividono i principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra riportata (cfr. § 6.3.1), che affermano una tutela non assoluta del *favor veritatis* specularmente alla tutela della dignità e degli interessi del figlio<sup>47</sup>.

Sembra ragionevole che anche nelle ipotesi di eterologa, quindi, i nati da coppie coniugate acquistino lo stato di legittimi e ai nati da coppie conviventi spetti (se in seguito a riconoscimento oppure *ex lege*, non è chiaro)<sup>48</sup> quello di figli naturali. Resta da stabilire se l'art. 8 nel riferirsi allo «stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia» ponga direttamente una norma (speciale è da ritenere) oppure se contenga un rinvio alle norme codicistiche sulla filiazione legittima e naturale e quindi sia una norma secondaria<sup>49</sup> o meta-norma. Maggiori problemi può comportare il caso del figlio di coppia convivente nato da eterologa qualora non vi sia riconoscimento (e non si ritenga che lo *status* di figlio naturale consegua eccezionalmente *ex lege*): il nato avrà diritto all'accertamento giudiziale, tuttavia a dover essere provata non sarà certamente la derivazione biologica<sup>50</sup> (mancante per definizione), ma il consenso del padre sociale che vale a fondare lo *status*.

<sup>45</sup> Esclude la legittimazione della moglie argomentando dall'art. 9, comma 2, legge 40 M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, 2004, 7; l'Autore ritiene ad ogni modo essere risolutivo nel senso dell'esclusione lo stesso art. 235, ultimo comma, che estende l'azione a madre e figlio in «*tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre*», pertanto il divieto al padre consenziente si estenderebbe anch'esso a madre e figlio. L'esclusione della madre potrebbe desumersi dallo stesso art. 9, comma 1, legge 40 che si riferisce indistintamente a coniuge o convivente, senza precisare se maschile o femminile.

<sup>46</sup> La disciplina tedesca riconosce in questi casi al nato da eterologa il diritto di impugnazione della paternità a cui consegue, in caso di successo, il riconoscimento da parte del donatore o l'accertamento giudiziale nei suoi confronti: cfr. R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 19.

<sup>47</sup> Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 53 e Corte di cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 523 con nota di E. PALMERINI; cfr. *supra*, par. precedente.

<sup>48</sup> Cfr. V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, IV, 4355.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, par. 5.2 nota 74; nell'art. 8 riecheggia la medesima ambiguità che contraddistingue tutti gli enunciati in forma deontica che possono essere interpretati tanto in forma prescrittiva per imporre direttamente un comando, tanto in forma descrittiva per affermare l'esistenza di un tale comando; cfr. F. POGGI, *'Obbligatorio' implica 'permesso'*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001, 195.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 4356.

## 5. Le questioni (irrisolte) della donazione di ovuli...

La legge 40 non è stata altrettanto munifica di disposizioni nei riguardi della procreazione eterologa consistente nella donazione di ovociti da fecondare con seme del partner maschile qui chiamata *procreazione eterologa in linea femminile*. Non è avventato affermare che la maternità «è la grande assente della legge»<sup>51</sup>. Nella legge la relazione di maternità è citata solo per punirne le realizzazione, l'organizzazione e la pubblicità della surrogazione (art. 12, comma 6) e per vietare alla “madre” del nato da procreazione assistita la facoltà di non essere nominata (art. 9, comma 2).

È opportuno innanzitutto distinguere le ipotesi di procreazione eterologa in senso stretto dalla maternità surrogata<sup>52</sup>.

Nel caso della fecondazione *eterologa in linea femminile*, la donna che intende partorire porta in grembo l'ovulo di una donatrice fecondato<sup>53</sup> con seme del proprio *partner*. A differenza che nella eterologa con donazione di seme maschile, la legge 40 non detta alcuna disciplina da cui possa ricavarsi l'attribuzione dello *status* di maternità, per cui – oggi come in passato<sup>54</sup> – si può ritenere applicabile l'art. 269 cod. civ., secondo cui è madre colei che partorisce. Tale conclusione risulta rafforzata dal divieto della facoltà di non essere nominata, che ha la funzione di deterrente di simulazioni di fecondazioni eterologhe (attuate dichiarando falsamente la convivenza, per poi consentire il secondo riconoscimento dalla reale *partner* del padre) e di surrogazioni di maternità.

Per la donazione di ovociti, più correttamente inquadrata nel novero della fecondazione *eterologa*<sup>55</sup>, trova applicazione senza difficoltà l'art. 9, comma 3, che esclude qualsiasi rapporto giuridico tra donatore «di gameti» (senza distinguere tra maschili o femminili) e nato, nonché l'art. 12, comma 8, che stabilisce l'esclusione dalla punibilità dell'uomo e della donna che accedono alla tecnica vietata.

### 5.1. ....e la maternità surrogata

Il sintagma «maternità surrogata» comprende nel suo campo semantico almeno due diverse ipotesi:

- a) *c.d. madre portante*: è il caso di una donna che porta a termine una gravidanza ottenuta con gameti a lei estranei, in genere appartenenti ai componenti della coppia committente (in ipotesi di incapacità della donna a portare avanti una gravidanza o di infertilità) o a uno solo di essi o ancora a estranei, con l'impegno di consegnare il nato ai committenti;
- b) *surrogazione in senso stretto*: la “madre surrogata” porta avanti una gravidanza ottenuta con l'apporto di propri ovociti e di seme in genere del *partner* della coppia committente o di un donatore.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 4356: se l'assenza poteva avere giustificazione nello stato dell'arte delle tecniche riproduttive coevo al codice del 1942, per cui *mater semper certa erat*, la “lacuna” del legislatore del 2004, anche alla luce della lunga gestazione della legge, è difficilmente spiegabile.

<sup>52</sup> Considera un'ipotesi di fecondazione eterologa la donazione di ovuli R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 253, con la conseguenza di estendere alle stessa le disposizioni sulla fecondazione eterologa come l'esenzione dalla punibilità della coppia richiedente.

<sup>53</sup> La fecondazione dell'ovocita può avvenire con *Fivet* o con *Gift*: cfr. *supra*, par. 2.

<sup>54</sup> M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 104.

<sup>55</sup> Cfr. *supra*, par. precedente.



La surrogazione rappresenta uno dei più significativi paradigmi del sovvertimento della percezione tradizionale della maternità, in cui la partoriente è al contempo e necessariamente madre “genetica” e madre “gestante”.

Sul piano genetico questo ulteriore aspetto del fenomeno di separazione di «aspetti prima inscindibili»<sup>56</sup>, come si è già avuto modo di definire l’impatto delle tecniche di PMA, mette in dubbio l’antico brocardo *mater semper certa est*, ma in senso diverso dall’omologo significato della paternità<sup>57</sup>: non è dubbia (solo) l’identità della madre ma sono dubbi gli stessi criteri di identificazione di una sola<sup>58</sup> madre, dato che gli aspetti della maternità possono essere dissociati e fare capo a tre diverse figure: madre gestante, madre genetica, madre sociale<sup>59</sup>.

La prima è colei che porta a termine la gravidanza impegnandosi a consegnare il bambino, la seconda è la donatrice di ovociti (ovvero la donna da cui provengono), la terza è colei che esprime la volontà di tenere con sé il nato. Le tre figure materne, che nella procreazione naturale coincidono, possono combinarsi variamente:

- a) se madre gestante e madre sociale coincidono si ha una procreazione eterologa *in linea femminile*, già vista prima;
- b) se convergono nella stessa persona madre sociale e madre genetica si ha un c.d. “affitto d’utero”<sup>60</sup> o *mère porteuse* (così è chiamata la gestante);
- c) se coincidono madre genetica e madre gestante si ha una surrogazione di maternità in senso stretto;
- d) ancora, le tre figure materne possono fare capo a tre persone distinte.

Consideriamo per semplicità che il seme appartenga sempre al *partner* della madre sociale<sup>61</sup>.

La disciplina codicistica dettata per la procreazione naturale, in cui la procreazione consegue all’unione sessuale e in cui gli aspetti della maternità non sono dissociabili, fissa come criterio per l’attribuzione dello *status* di madre il parto (art. 269).

<sup>56</sup> Cfr. Cfr. P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, cit., 177.

<sup>57</sup> Anche nel caso della paternità come si è cercato di argomentare *supra* può discorrersi di una mutazione concettuale rispetto alla disciplina codicistica.

<sup>58</sup> Non sono mancate tesi che, di fronte alla varietà della casistica giurisprudenziale, hanno suggerito la scissione della stessa figura materna o, quantomeno, di considerare la surrogata «un’altra maternità egualmente degna»: v. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, II, 2000, 201.

<sup>59</sup> Si potrebbe aggiungere un’ulteriore figura femminile nell’ipotesi di trasferimento di embrione dall’utero di una donna a quello di un’altra donna per portare a termine la gravidanza e ancora quella della donatrice del citoplasma nell’*Ooplasm transfer* (cfr. *supra*, par. 2) ma per non appesantire l’esposizione queste ipotesi non verranno prese in considerazione.

<sup>60</sup> Sebbene lo schema non preveda necessariamente uno scambio e potrebbe essere improprio parlare di «affitto o locazione», v. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 194. Secondo l’Autore il fenomeno della partoriente che non è madre genetica potrebbe fondarsi su ragioni di solidarietà che andrebbero tenute in debito conto per superare il «doppio titolo della [madre] surrogata e la debolezza dell’unica ragione che lega l’aspirante madre ai figlioli un’altra donna: il progetto originario di maternità», ivi, 200.

<sup>61</sup> Ben può darsi che il seme provenga da un donatore, nel qual caso inseminazione eterologa e maternità surrogata si presentano contemporaneamente.

Applicando il criterio originario, risulterebbe madre nelle ipotesi *sub b*) una donna che non ha nessuno legame genetico, né nessun interesse verso il nato, oltre a privare della maternità colei che vanta un legame genetico e al contempo ha espresso la volontà senza la quale il bimbo non sarebbe nato.

A procurare risultati aberranti è, in quest'ultimo caso, l'ipotesi che tra madre gestante e padre intercorrano rapporti di parentela o affinità, in quanto il figlio non potrebbe nemmeno essere riconosciuto perché incestuoso.

La sostituzione di maternità pone due ordini<sup>62</sup> di problemi connessi, ma interdipendenti almeno nel nostro ordinamento: la validità degli accordi di surrogazione e l'accertamento della maternità.

Va detto che, *ante* legge 40, i problemi giuridici che suscitava la maternità surrogata riguardavano casi in cui la madre gestante si rifiutava poi di consegnare il bimbo partorito. Diversamente se veniva data esecuzione agli accordi il padre poteva riconoscere il bimbo come figlio naturale (art. 250 cod. civ.), inserirlo nella propria famiglia (art. 252) e farlo adottare dalla propria moglie (art. 44, legge 4 maggio 1983, n.184).

I problemi sorgono quando la gestante si rifiuta di dare seguito agli impegni (e non sempre per ragioni puramente affettive); così nel caso salito alla ribalta internazionale *Baby M.*, in cui una donna si era rifiutata di consegnare il bimbo concepito con il seme del marito della madre "sociale", nonostante l'impegno preso in tal senso che includeva la rinuncia a tutti i diritti "parentali" verso il nato. La *Superior Court* del New Jersey<sup>63</sup> decise in favore dei genitori committenti, affidando loro il nato e negando qualsiasi diritto della madre gestante sulla base:

- a) della validità dell'accordo di surrogazione meritevole di considerazione in quanto attuazione del diritto alla procreazione, costituzionalmente desumibile dal diritto alla *privacy* che garantisce e impedisce qualsiasi intrusione dello Stato in tale sfera personale;
- b) del fatto che considerare l'accordo nullo, a differenza che nel caso del dono di seme maschile, la cui liceità non è in discussione, avrebbe comportato un'irragionevole disparità di trattamento, in violazione della *equal protection*<sup>64</sup> garantita dal 14° Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti tra l'uomo e la donna, in quanto quest'ultima non potrebbe mettere a disposizione i mezzi della procreazione<sup>65</sup>;
- c) del considerare la scelta effettuata come la migliore soluzione per il benessere e l'interesse del minore.

<sup>62</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 441.

<sup>63</sup> *Stern vs. Whitehead (in Re Baby M.)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, 1515 con traduzione e nota di A. MIRANDA, *Diritti del genitore e interessi del minore nel caso In Re «Baby M.»*.

<sup>64</sup> Un parallelo delle argomentazioni basate sulla *privacy* e sulla *equal protection* si ritrova nella giurisprudenza e nella dottrina statunitensi sull'aborto: il medesimo riferimento al diritto di *privacy* è contenuto in *Roe v. Wade*, (410 U.S. 113) del 1973, *leading case* in materia di legittimità dell'aborto, mentre suggerisce di impostare il "diritto" di aborto altresì in termini di *equal protection* nel «libero accesso al sesso» ossia di «eguaglianza nella *libertà sessuale* tra uomini e donne» G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problems*, Syracuse, N.Y, 1985, trad. it. *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti con il diritto*, trad. it. di C. Rodotà, Milano, 1996, 130 ss. (corsivo dell'Autore).

<sup>65</sup> Evidentemente il giudice considera speculare e fungibile alla donazione di seme maschile la messa a disposizione degli ovuli e dell'utero da parte della donna. L'accostamento a dir poco forzato dipende dal fatto che i motivi determinanti della decisione sono altri: v. nota seguente.

A ben vedere è proprio quest'ultimo il criterio che in ultima istanza guida il ragionamento del giudice e la decisione di considerare valido l'accordo e poi di consentire l'esecuzione in forma specifica<sup>66</sup>.

Nel successivo gravame la *Supreme Court* del New Jersey<sup>67</sup> decide, diversamente, di affidare la bambina al padre ma senza estinguere i diritti della madre sulla base di diverse motivazioni: ritenendo invalido il contratto per violazione delle norme che vietano compensi nella donazione<sup>68</sup> e delle norme sul requisito dell'abbandono dei genitori perché sia concessa l'adozione.

Anche la giurisprudenza italiana rispecchia la duplice visione della vicenda sulla liceità della sostituzione di maternità, adottata nei due gradi di giudizio oltreoceano, che viene richiamata per essere ora confutata (Trib. Monza, 27 ottobre 1989), ora avvalorata (Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000).

La prima è relativa ad un caso di esecuzione in forma specifica del contratto di surrogazione, la seconda più correttamente verte sull'autorizzazione a darvi esecuzione.

La più risalente<sup>69</sup> scaturisce dal giudizio intentato da due coniugi, contro una donna di nazionalità algerina, volto ad ottenere l'accertamento del diritto a tenere con loro una minore nata in seguito a inseminazione artificiale della convenuta con seme del marito. Tra le parti era intercorso un "contratto", in base al quale la donna si impegnava a ricorrere all'inseminazione artificiale, portare a termine la gravidanza, rinunciare a qualsiasi diritto sul nato e consegnarlo ai committenti i quali le avrebbero versato come corrispettivo una somma di denaro. La madre surrogata, dopo avere chiesto e ottenuto successive integrazioni del "compenso" sia durante che dopo il parto, si era rifiutata di dar seguito all'accordo.

La corte, nel ricercare i riferimenti normativi applicabili alla fattispecie di cui riconosce l'estraneità alla disciplina del 1942, argomenta la sua decisione affermando che:

- a) dal combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost. risulta che la promozione della personalità del singolo e la sua educazione devono avvenire nel luogo più idoneo, ossia la famiglia d'origine;
- b) alla liceità del contratto di surrogazione si frappongono gli «insormontabili ostacoli» della illiceità e impossibilità dell'oggetto perché in contrasto con: I) l'infungibilità dei doveri genitoriali; II) il diritto del minore a crescere nella famiglia di sangue; III) il diritto di avere un unico *status filiationis*; IV) il principio di indisponibilità degli *status*;
- c) ancora la surrogazione integra un atto di disposizione del corpo vietato dall'art. 5 cod. civ., perché contrario all'ordine pubblico e, in caso di onerosità che qui certamente ricorre, anche al buon costume.

Il Tribunale in questo caso ritiene insuperabili gli ostacoli normativi di rango costituzionale ed ordinario che rendono nullo il contratto (con conseguente irripetibilità di quanto versato ex art. 2035 cod. civ., aspetto questo però estraneo al *petitum*) e non ne consentono l'esecuzione. Viene ribadito in merito allo *status* materno la sussistenza di «un'univoca attribuzione della qualità di madre alla donna che ha partorito il figlio» (*status* che non è in effetti contestato ma anzi presupposto dagli attori), senza alcuna presa di posizione sullo stato del marito (questione anch'essa estranea al *petitum*).

<sup>66</sup> In questo senso A. MIRANDA, *Diritti del genitore e interessi del minore*, cit., 1560.

<sup>67</sup> In *Foro it.*, IV, 1989, 293.

<sup>68</sup> Il giudice della *Superior Court* aveva escluso l'onerosità sulla base del singolare ragionamento che il denaro veniva versato non per la consegna del bambino al padre, ma perché la madre accettasse di essere fecondata. Cfr. *Stern vs. Whitehead (in Re Baby M.)*, cit., 1535.

<sup>69</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., 81.

Vengono quindi respinte le richieste della coppia, non mancando altresì di suggerire una possibile soluzione “legale”: il padre dovrebbe affrettarsi a operare il riconoscimento della minore come figlio naturale e chiederne l’inserimento nella propria famiglia legittima (art. 252, comma 2 cod. civ.) e la legittimazione per provvedimento del giudice (art. 284 cod. civ.). All’aspirante madre, moglie del padre biologico, non rimarrebbe che chiedere un’adozione particolare (art. 44, lettera b) legge 4 maggio 1983, n. 184).

Il caso venuto all’attenzione del Tribunale di Roma<sup>70</sup> riguarda una fattispecie diversa da quella appena vista e non solo nello schema. Intanto perché non si ha qui un contratto di surrogazione (non apparentemente almeno) ma una c.d. maternità di sostituzione senza corrispettivo che il giudice definisce infatti «negozio»<sup>71</sup>. Non si verifica nemmeno un ripensamento della gestante che vuole tenere per sé il nato, per la semplice ragione che lo schema della surrogazione non si è ancora completato arrestandosi prima dell’impianto nella *mère porteuse*: sono stati fecondati degli ovuli con materiale genetico di una coppia di coniugi ma, ad impedire l’impianto degli embrioni nel grembo della madre gestante, è intervenuto il codice di deontologia medica che vieta l’accesso a tecniche di maternità surrogata. Il medico convenuto si rifiuta di procedere all’impianto a causa del divieto deontologico ma si dichiara disponibile, dietro “autorizzazione” del giudice, ad aderire spontaneamente alla richiesta dei committenti.

Il giudice mostra di non considerare decisivo per la decisione la considerazione dello *status* giuridico degli embrione e la tutela loro accordata<sup>72</sup> in attesa di impianto, sebbene non manchi di darne conto in motivazione per “avvalorare” la meritevolezza del negozio.

Piuttosto a fondare il giudizio positivo di meritevolezza del contratto di surrogazione sarebbe l’aspirazione della coppia a diventare genitori: in altre parole, l’affermazione un vero e proprio «diritto a procreare», fondato su quello più ampio costituzionalmente garantito alla manifestazione e allo svolgimento della propria personalità ex art. 2 Cost. A ciò si aggiunge un aspetto opposto al caso deciso dal giudice di Monza, ossia l’assenza di un corrispettivo che concorre a fondare il giudizio di liceità – secondo il Tribunale – del «negozio», così come viene qualificato per distinguerlo da un contratto oneroso. Per superare l’ostacolo dell’indisponibilità degli *status*, il Tribunale ritiene il concetto di «maternità meramente portante» estraneo alla disciplina codicistica e in particolare all’originario criterio di attribuzione della maternità, vale a dire l’art. 269, in ciò riscontrandosi un’analogia di vedute con la posizione della Cassazione<sup>73</sup>, che ritiene non applicabile alla fecondazione eterologa l’art. 235 cod. civ. Non sono ritenuti d’ostacolo i limiti agli atti di disposizione del proprio corpo di cui all’art. 5 cod. civ.: sono escluse la diminuzione permanente dell’integrità fisica e la contrarietà al buon costu-

<sup>70</sup> Trib. Roma, ord. 14 febbraio 2000, in G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, 313.

<sup>71</sup> Negozio che, come accordo di solidarietà, sarebbe quindi improduttivo di obbligazioni secondo l’opinione di M. DOGLIOTTI riferita da F.D. BUSNELLI, *Diritto privato e bioetica*, cit., 119.

<sup>72</sup> Muove in tal senso una critica all’apparato motivazionale della pronuncia F.D. BUSNELLI, *Diritto privato e bioetica*, cit., 117, secondo cui solo il principio della «tutela sin dall’inizio della vita umana» (art. 1, legge 194 del 1978) avrebbe potuto giustificare l’accoglimento della richiesta degli attori.

<sup>73</sup> Per un’analisi dell’*iter* giurisprudenziale sulla fattispecie v. *supra*, par. precedente.

me e all'ordine pubblico, per la non corrispettività<sup>74</sup> della vicenda e per l'irrilevanza del principio di indisponibilità degli *status*.

## 5.2. La maternità surrogata nella legge 40. Al confine con la procreazione eterologa: lo scambio di embrioni. Cenni

A differenza della fecondazione eterologa in linea femminile, nessuna esplicita norma è dedicata a disciplinare le conseguenze del divieto di maternità surrogata, divieto che a sua volta non è nemmeno posto esplicitamente ma si ricava dall'art. 12, comma 6 che sanziona penalmente «chiunque realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità». Sempre diversamente dalla fecondazione eterologa, le (pesanti) sanzioni penali si applicano anche alla coppia committente.

Se dalla norma incriminatrice si rafforza ulteriormente la tesi della nullità<sup>75</sup> del contratto (o negozio) di surrogazione di maternità, a prescindere a questo punto dalla non onerosità e dalle ragioni solidaristiche<sup>76</sup>, nessuna indicazione perviene circa i criteri di attribuzione dello *status* di madre all'infuori dell'originario criterio dell'identità del figlio con il bambino partorito (art. 269 cod. civ.).

La «questione di fondo»<sup>77</sup> della maternità surrogata è proprio quella dell'attribuzione dello *status* che, stavolta analogamente alla fecondazione eterologa, il divieto posto non può eludere come non può “cancellare” il soggetto che ne è senza colpa scaturito, né pregiudicarne i diritti<sup>78</sup>.

Non appare allo scopo pertinente il richiamo all'art. 9, comma 3 da cui non è ricavabile la conferma che la maternità è attribuita a colei che ha partorito, indipendentemente dall'origine dei gameti e dalla volontà espressa, e meno che mai che tale norma «risolva in radice»<sup>79</sup> le delicate questioni di *status* sollevate.

Infatti la suddetta disposizione si riferisce esplicitamente alle «tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3» e a donazioni di gameti, trovando applicazione appunto nei casi di fecondazione eterologa (sia in linea maschile che femminile che bilaterale). Nella surrogazione di maternità vi può certamente essere donazione di gameti – si pensi all'ipotesi (cfr. *supra*, par. 5.1, *sub d*) di scissione tra “madre” genetica, “madre” portante e “madre committente” – ma si tratta di

<sup>74</sup> Per l'ammissibilità della sola maternità surrogata a titolo gratuito anche alla luce dell'art. 5 cod. civ., *ante* legge 40 cfr. L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2001, 26, ora anche in *Id.*, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Notizie di Politeia*, 65, 2002, 161. Ritiene superfluo il riferimento all'art. 5 cod. civ., in seguito all'emanazione della legge 40, F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, 105.

<sup>75</sup> Già espressa da Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit.

<sup>76</sup> Nel senso che le ragioni di solidarietà rafforzano la meritevolezza di tutela (*ex art.* 1322, comma 2 cod. civ., si deve ritenere) invece si era espresso Trib. Roma, ord. 14 febbraio 2000, cit.

<sup>77</sup> Così G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 442.

<sup>78</sup> Cfr. V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti*, cit., 4352 e *supra* nota 32 sulla ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità nei casi di figli incestuosi di mala fede.

<sup>79</sup> Per questa tesi v. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, 2004, 10.

un'eventualità e non di un elemento necessario. Non si può certo considerare "donazione"<sup>80</sup> l'utilizzo dei gameti della coppia committente o addirittura la consegna dell'embrione (concepito *in vitro*) per l'impianto nel corpo della gestante.

*A fortiori* l'art. 9 non è riferibile alla surrogazione propriamente detta (cfr. *supra*, par. 5.1, *sub c*) in cui la madre portante è anche madre genetica.

Appare invece rilevante la disposizione di cui all'art. 9 c. 2 che vieta alla «madre» del nato a seguito di tecniche di PMA di avvalersi della facoltà di non essere nominata di cui all'art. 30 c. DPR 3 novembre 2000 n. 396. La norma non distingue tra PMA omologa ed eterologa e deve ritenersi di portata generale. Certo si può osservare che la disposizione impone un divieto a un soggetto senza preoccuparsi, almeno in caso di surrogazione, di determinare i criteri di individuazione dello stesso<sup>81</sup>. per cui la si potrebbe tacciare di circolarità. Se però la si interpreta nel senso di riferire il divieto alla partoriente (come sembra più logico d'altronde), allora bisogna concludere che esce rafforzata la sopravvivenza del criterio del parto di cui all'art 269 cod. civ. Tale (non) soluzione approntata dalla legge 40 appare poco soddisfacente<sup>82</sup> e alimenta la critica già espressa anteriormente all'emanazione della legge per cui «proclamare madre colei che ha partorito è una misura di dissuasione e non di giustizia»<sup>83</sup>. La rigida soluzione della preferenza accordata alla donna partoriente consegue il risultato di fornire la medesima risposta a situazioni obiettivamente diverse come la surrogazione in senso stretto e la locazione di utero. A tacer d'altro, infatti, in quest'ultima il legame tra committente e nato si caratterizza per la discendenza genetica che invece manca nella prima. Il caso della "contesa" del nato, che è l'ipotesi più spinosa, necessita di correttivi al rigido criterio dell'art. 269<sup>84</sup>, sulla scia delle discipline di altre esperienze<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Nel senso contrario per cui nell'affitto di utero «colei che partorisce ha sicuramente ricevuto una donazione di gameti» v. R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 164. L'assunto è smentito *ipso facto* nel caso in cui alla gestante venga impiantato un embrione generato *in vitro* con gameti della coppia committente, ma anche nell'ipotesi di *Fivet* (cfr. *supra*, par. 2) applicata alla gestante sempre con gameti dei committenti sembra controfattuale parlare di "donazione".

<sup>81</sup> L'acuta osservazione è di V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti*, cit., 4359.

<sup>82</sup> Definisce «improponibile l'applicazione di una norma che identifichi integralmente la maternità, la relazione tra madre e figlio, con il fatto del parto», sebbene con specifico riferimento ai casi di errore e scambio di embrioni al momento dell'impianto, S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in S. MAZZARESE, A. SASSI, (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, vol. II, 743.

<sup>83</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 197.

<sup>84</sup> Nonostante l'emanazione della legge 40 persiste la situazione di «dover affrontare i *nova* dell'avanzata della scienza [...] con i *vetera*, cioè con gli strumenti necessariamente invecchiati dei nostri ordinamenti giuridici»: così F.D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale: la giurisprudenza in trincea*, in G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2001, 109 (corsivi dell'Autore).

<sup>85</sup> Così lo *Human Fertilisation and Embriology Act* inglese del 1990, pur fissando alla *sect.* 27.1 il criterio per cui viene considerata madre la donna che «ha o ha avuto la gravidanza di un figlio a seguito della deposizione nel suo grembo di un embrione o di seme ed ovociti e nessun'altra», stabilisce alla *sect.* 30 che il giudice può emettere un'ordinanza in forza della quale il figlio della madre surrogata viene considerato figlio della coppia committente qualora siano stati utilizzati gameti della coppia appartenenti ad almeno uno dei suoi membri. Viene così mantenuto il criterio della gravidanza, ma si dà ingresso anche alla maternità genetica per il tramite dell'ordinanza del giudice, novello «Salomone»: così P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 197.

A parte le difficoltà pratiche di assicurare applicazione<sup>86</sup>, il divieto alla madre di avvalersi della facoltà di non essere nominata potrebbe, peraltro, avere l'ulteriore finalità di impedire l'elusione del divieto delle tecniche di maternità surrogata previsto dalla stessa legge: «va in effetti ricordato<sup>87</sup> che nel silenzio legislativo la surrogazione di maternità sarebbe stata in concreto produttiva di effetti se la madre partorienti avesse dichiarato la volontà di non essere nominata e il nato fosse stato riconosciuto dal marito della coppia disposta all'accoglienza e successivamente adottato, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera b), L. 4 maggio 1983, n.184 dalla moglie»<sup>88</sup>. La giurisprudenza *ante* legge 40 ha vagliato questo complesso schema asserendo la piena legittimità dell'adozione *ex art.* 44, lettera b) a favore della moglie del padre naturale del nato a seguito di inseminazione artificiale di madre surrogata anonima<sup>89</sup>. Tale "espediente" sembra oggi difficilmente praticabile in virtù dell'esplicita sanzione penale di cui all'art. 12, comma 6 che non risparmia committenti, madri surrogate e «chiunque [altro] ed in qualsiasi forma» sia a vario titolo implicato nella surrogazione di maternità. Non sembra che la specifica incriminazione penale muti nella sostanza la soluzione della giurisprudenza sopra riportata che, accogliendo la *distinctio* tra questione della liceità della pratica e *status* del nato, conclude per la legittimità dell'adozione speciale a prescindere dall'illiceità della surrogazione. Mentre il divieto di avvalersi della facoltà di non essere nominata non preclude il meccanismo di riconoscimento e adozione speciale, ma rende molto più agevole di fatto l'individuazione di pratiche di surrogazione penalmente rilevanti e l'esperimento di dichiarazioni giudiziali di maternità nei confronti delle partorienti.

Viene così accentuato il disfavore dell'ordinamento verso la surrogazione di maternità come deviazione dall'ordine naturale<sup>90</sup>.

La frammentaria disciplina della legge 40, specie riguardo alla surrogazione maternità, è di recente venuta alla ribalta nel c.d. "caso Roma", in cui un embrione fecondato con gameti di una coppia è stato per errore impiantato nel grembo di un'altra donna che ha poi portato a termine la gestazione. Si è quindi instaurata una controversia circa la titolarità del rapporto filiazione tra i "genitori genetici" da cui provengono i gameti e i "genitori biologici", ossia la coppia formata dalla donna che ha portato a termine la gestazione e il *partner*.

<sup>86</sup> Una tra tutte: come rendere edotto l'ufficiale di stato civile che la nascita è conseguente a PMA? Sarebbe necessario annotare la circostanza sull'atto di nascita? L'elenco dei nati da PMA di cui all'art. 11 legge 40 avrebbe tale scopo? Si tratta di questioni analoghe e logicamente dipendenti da quelle sollevate dal meccanismo di attribuzione della filiazione dall'art. 8: *status* attribuito *ex lege* o regime ordinario?

<sup>87</sup> Come aveva già fatto incidentalmente Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit., a chiusura e rafforzamento della motivazione.

<sup>88</sup> Come osserva U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Annali del Seminario Giuridico*, Vol. IV (2002-2003), Milano, 2004 – ora anche in *Famiglia*, I, 2004, 503 – ripreso da M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (26 maggio 2005), secondo la quale «[a]ncora la madre committente (e genetica) potrebbe esperire l'accertamento della maternità fornendo la prova ematologica e genetica».

<sup>89</sup> Cfr. in tal senso App. Salerno, 15 novembre 1991 e App. Salerno, 25 febbraio 1992 richiamate da R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit., 168 n. 34.

<sup>90</sup> G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., 72-73 ne rinviene la ragione in «una impostazione empirico-deduttiva in base alla quale il diritto attinge dalla natura l'idea e il fondamento degli *status*, poi li recepisce e canonizza rivestendoli infine di piena dignità giuridica».

Il contenzioso in sede cautelare è stato risolto a favore dei genitori biologici sulla base di molteplici argomentazioni<sup>91</sup>, non scevre da dubbi circa la fondatezza<sup>92</sup>.

I ricorrenti in particolare avanzavano questione di costituzionalità dell'art. 269 cod. civ., nella parte in cui – secondo l'interpretazione corrente come *supra* riportato – afferma essere madre colei che partorisce, nonché dell'art. 239, comma 1 che, nella logica del *favor legitimitatis* subordinato all'interesse del minore, preclude(rebbe) la legittimazione all'azione di disconoscimento della paternità.

Senza affrontare *funditus* il merito della questione, che sottende non poche implicazioni circa la disciplina della filiazione, si intende in questa sede mettere in luce due passaggi della (difficile) decisione del giudice attinenti all'oggetto della presente indagine.

Sin troppo ottimistico appare l'assunto per cui il legislatore della riforma della filiazione del 2013 abbia lasciato immutato l'art. 269 cod. civ. «nella piena consapevolezza [...] dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od “uterina” potesse non identificarsi con la madre genetica»<sup>93</sup>; basta osservare infatti che tra i principi e i criteri direttivi della legge delega<sup>94</sup> non figurava l'adeguamento dell'art. 269, riguardando la riforma il superamento delle residue discriminazioni, ragion per cui non può da ciò desumersi una conferma del criterio del parto.

Inoltre il giudice, nel dare prevalenza ai genitori “biologici”, ritiene di poter superare l'obiezione circa l'esposizione all'azione di disconoscimento di paternità, seppur nel ristretto termine previsto del riformato art. 244 cod. civ., ritenendo «pienamente applicabili nel caso di specie i principi che hanno indotto la Corte di Cassazione nel 1999 a ritenere non legittimato a proporre l'azione di disconoscimento di paternità chi avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa»<sup>95</sup> e di conseguenza gli artt. 6 e 9 della legge 40/2004.

L'estensione in ragione di una pretesa interpretazione adeguatrice<sup>96</sup> di queste disposizioni dettate per la procreazione eterologa al caso in esame appare però forzato e in ultima analisi inconferente: difetta infatti il requisito del consenso alla procreazione richiesto dal principio di responsabilità, richiamato nella giurisprudenza di legittimità del 1999 ed accolto negli artt. 6 e 9 citt.; consenso alla procreazione che non può ritenersi surrogato dal «consenso alla gravidanza e all'iscrizione anagrafica del figlio come proprio». Basta osservare che un eventuale dissenso del padre (ammesso che tale sia nel caso di specie il *partner* della gestante) alla continuazione della gravidanza sarebbe del tutto ininfluenza secondo la disciplina sull'aborto<sup>97</sup> e che la formazione dell'atto di nascita segue e non precede la procreazione.

<sup>91</sup> Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, giud. Albano, su [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>92</sup> V. in senso critico L. D'ANGELO, *Non desiderare i figli d'altri?* e B. DE FILIPPIS, *Dov'è finito il “principio di verità” in materia di filiazione?*, entrambi in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>93</sup> Trib. Roma, ult. dec. cit.

<sup>94</sup> V. art. 2 legge 10 dicembre 2012, n. 219.

<sup>95</sup> Trib. Roma, ult. dec. cit.

<sup>96</sup> La sentenza aggiunge che «[u]na diversa interpretazione degli artt. 6 e 9 della L. 40 si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione».

<sup>97</sup> La legge n. 174 del 1978 prevede all'art. 5, comma 1: «Il consultorio e la struttura socio sanitaria [...] hanno il compito di esaminare con la donna e con il padre del concepito, *ove la donna lo consenta*, le possibili soluzioni dei problemi proposti». Ancora il comma 2: «Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi [...] valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, *ove la donna lo consenta*, nel rispetto della dignità e



Pare di poter affermare che anche in questo caso la frammentaria regolamentazione unita, alla peculiarità della vicenda, confermano l'osservazione per cui di fronte a tali ardui problemi «l'atteggiamento di vietare per non regolare non è sempre la via per un più fermo rispetto dei valori»<sup>98</sup>.

*The Station Law no. 40/2004*

---

della riservatezza della donna e della persona indicata come concepito, [...] le circostanze» (corsivo aggiunto). Tali norme che estromettono il padre dalla decisione relativa all'interruzione volontaria di gravidanza sono state giudicate costituzionalmente non illegittime da Corte cost. 31 marzo 1988, n. 389, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1988, 723.

<sup>98</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 202.



## Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'“adozione per la nascita”

*Marina Casini, Carlo Casini\**

THE DEBATE ABOUT ARTIFICIAL REPRODUCTION WITH GAMETES' DONATION AFTER THE CONSTITUTIONAL JUDGEMENT NO. 162/2014. IN PARTICULAR: THE RIGHT TO KNOW ONE'S OWN ORIGINS AND THE “ADOPTION FOR THE BIRTH”

ABSTRACT: The judgment of the Constitutional Court n. 162/2014, which abolished the ban on artificial reproduction with gametes' donation provided by the Italian Law on Medically Assisted Reproduction (MAR), has raised new and lively discussions. The article exposes the debate concerning rules and regulations which should be imposed on MAR *via* gametes' donation. Although the Law no. 40/2004 has been seriously demolished in some important aspects by two constitutional judgments (no. 151/2009 and no. 162/2014), it is still standing in some of its major components, including the fundamental “balance” expressed in Art. 1: «in order to resolve problems arising from the human reproductive sterility or infertility», the Law must assure the «rights of all of the parties involved, including the conceived». The paper deals with both the theme of the fundamental human right to know his/her own origins and the proposal of “adoption for the birth”. The former should be recognised also to children born with MAR *via* gametes' donation. The latter should be taken into account – in place of the *ex novo* generation of embryos partially or totally unrelated to the couple – for those human embryos left without homologous parental project and abandoned. Every human being, even if just conceived, is one of us: this is the central issue of Biolaw which must be courageously faced and which is suggested by modern culture, founded on the principle of equality in human dignity.

KEYWORDS: adoption for the birth; conception; embryos created in excess; artificial reproduction with gametes' donation; right to know one's own origins.

SOMMARIO: 1. Una legge fortemente voluta e aspramente avversata – 2. La questione della disciplina della procreazione eterologa – 3. Procreazione medicalmente assistita e diritti del concepito: un binomio ancora presente – 4. Il diritto del figlio nato da eterologa alla propria identità con riferimento alla conoscenza delle proprie

\* *Marina Casini: giurista, Professore aggregato di Bioetica – Istituto di Bioetica, Facoltà di Medicina e chirurgia “A. Gemelli”, Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma. Carlo Casini: già magistrato, già Presidente della Commissione Affari Costituzionali del Parlamento Europeo e già membro dell'European Group on Ethics (EGE) dell'Unione europea. Gli Autori hanno condiviso l'articolo nel suo insieme; in particolare, Marina Casini è responsabile dei paragrafi da 1 a 5 compreso e Carlo Casini del paragrafo 6.*

origini – 5. Il diritto a conoscere le proprie origini tra adozione e PMA eterologa – 6. Eterologa, embrioni “sovrannumerari”, diritto alla vita e “adozione per la nascita”.

### 1. Una legge fortemente voluta e aspramente avversata

**È** ormai risaputo che in Italia il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge 19 febbraio 2004 n. 40<sup>1</sup> è stato annullato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014<sup>2</sup>. Questa decisione fa parte di una lunga scia di attacchi contro la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e ha alimentato ulteriori vivaci discussioni. Una volta fallita la consultazione referendaria del 12-13 giugno 2005<sup>3</sup>, è stato affidato alla magistratura il “compito” di demolire la legge in quelle stesse parti su cui erano state avanzate le richieste di *referendum*<sup>4</sup>; richieste tutte respinte con la dichiarata volontà di mantenere la legge mediante la scelta di astensione dal voto<sup>5</sup>. Merita ricordare che la richiesta di abrogare il divieto di eterologa<sup>6</sup> fu quella che riscosse il minor numero di adesioni da parte dei cittadini votanti<sup>7</sup>.

In realtà, l’ampia e intensa opposizione nei confronti della legge 40 si è manifestata sin dal dibattito parlamentare che è andato intensificandosi nella XIII legislatura<sup>8</sup> e che ebbe una svolta radicale pro-

<sup>1</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in *Gazzetta Ufficiale*, 45, 24 febbraio 2004.

<sup>2</sup> Corte cost., sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n.162, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 26, 18 giugno 2014, 1-16.

<sup>3</sup> Si ricorderà, infatti, che contro la legge 40/2004 furono promossi cinque *referendum*. Tra questi, quello abrogativo totale fu respinto dalla Corte costituzionale che ritenne «costituzionalmente necessaria» la legge, in quanto dettava «una prima legislazione organica», che assicurava «un livello minimo di tutela legislativa» a «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali» (sent. n. 45 del 13-28 gennaio 2005). Furono, invece, dichiarati ammissibili gli altri quattro *referendum* (sentt. nn. 46, 47, 48 e 49 del 13-28 gennaio 2005): «Limite alla ricerca scientifica e sperimentale sugli embrioni», «Norme sui limiti di accesso», «Norme sulla finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all’accesso», «Divieto di fecondazione eterologa».

<sup>4</sup> E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005?*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1, 103-107. È facile osservare che i percorsi giudiziari intrapresi per rinviare la legge davanti alla Corte costituzionale riguardano le stesse tematiche già sottoposte a *referendum*.

<sup>5</sup> C. CASINI, *Il dibattito in bioetica. Le ragioni del non voto*, in *Medicina e Morale*, 2005, 2, 409-428.

<sup>6</sup> Il quesito n. 4 era il seguente: «Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti: Articolo 4, comma 3: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.”; Articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”; Articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”; Articolo 12, comma 1: “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.”; Articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola: “1,”?».

<sup>7</sup> I quesiti referendari sulla procreazione medicalmente assistita non raggiungono il *quorum*: a votare si reca solo il 25,9% degli aventi diritto. Non hanno votato tre cittadini su quattro: il 74,5 per cento degli aventi diritto al voto che in Italia sono poco più di 50 milioni. Ai primi tre quesiti ha detto “no”, difendendo i divieti posti dalla legge, circa il 12 per cento dei votanti, mentre al quarto i “no” sono stati di più: il 22,6 per cento, come si legge in [http://www3.istat.it/dati/catalogo/20120118\\_00/cap\\_9.pdf](http://www3.istat.it/dati/catalogo/20120118_00/cap_9.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>8</sup> La legge 40/2004 è frutto di una lunga riflessione (il dibattito parlamentare, nella fase più intensa, ha attraversato ben tre legislature) e l’*iter* della legge è stato tormentato. Le prime proposte sono degli anni ’80,

prio in tema di eterologa. Si ricorderà, infatti, che il c.d. “testo Bolognesi”<sup>9</sup>, approvato al *plenum* del primo ramo del Parlamento nel luglio 1998, subì incisive modifiche che capovolsero la logica del testo proveniente dalla Commissione. Dopo l'introduzione, nell'art. 1, della tutela dei diritti del concepito riconosciuto “soggetto” come le altre persone coinvolte nella PMA, fu approvato – il 4 febbraio 1999 da un'ampia maggioranza trasversale (251 voti contro 215) – il divieto di eterologa all'art. 4. A questo punto, l'on. Bolognesi presentava le dimissioni dal ruolo di relatrice<sup>10</sup> e si scatenavano una serie di reazioni estremamente accese, da parte di alcuni parlamentari contrari alla nuova impostazione e di alcune testate giornalistiche<sup>11</sup>.

Gli attacchi sono stati e sono tutt'ora così aggressivi e tenaci da far emergere una radicale e profondamente ostile avversione ideologica. Una lettura attenta del dibattito – pubblico, parlamentare, dottrinale, giurisprudenziale – che ha preceduto, accompagnato e seguito, da oltre dieci anni, l'approvazione della legge 40, lascia chiaramente trasparire il principale motivo delle ostilità: il fatto che il legislatore abbia voluto «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» assicurando i «diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito» (art. 1). Perciò, anche il rispetto dei diritti del concepito rientra nel generale obiettivo della legge. Si tenga presente che, nel momento in cui la legge fu discussa e approvata, la scelta di tutelare gli interessi/diritti del nascituro anche riguardo alle primissime fasi dell'esistenza umana era già in linea con quanto avevano affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 1997<sup>12</sup> e il Comitato nazionale per la bioetica (CNB) nei pareri del 1996<sup>13</sup> e del 2003<sup>14</sup>. È doveroso ricordare anche due risoluzioni del Parlamento europeo, entrambe del 1989, una sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica, l'altra sui problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale umana<sup>15</sup>.

---

ma il cammino divenne più accelerato nella XIII legislatura quando come relatrice fu nominata l'on. Marida Bolognesi del partito DS (Democratici di sinistra).

<sup>9</sup> Il testo, elaborato sotto la guida della relatrice e presidente della Commissione XII Affari Sociali, on. Marida Bolognesi (DS), veniva ultimato il 29 ottobre 1997. Dopo una serie di infuocate discussioni e di audizioni in Commissione, il «Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita» veniva approvato con qualche modifica dalla Commissione il 27 gennaio 1998. Il progetto del gennaio 1998 – a differenza del precedente – prevedeva l'obiezione di coscienza (art. 21); nell'ammettere la fecondazione eterologa richiedeva come ulteriore requisito l'accertamento di «gravi malattie ereditarie o infettive trasmissibili» (art. 4 u.c.); specificava che la coppia richiedente doveva essere «di sesso diverso» (art. 5).

<sup>10</sup> Il 10 febbraio 1999 veniva proposta dalla stessa Bolognesi la nomina del deputato Cé, già relatore di minoranza, come nuovo relatore (v. Atto Camera, XII Commissione – Resoconto di mercoledì 10 febbraio 1999, sede referente, <http://www.camera.it/dati/leg13/lavori/bollet/199902/0210/html/12/comunic.htm> – ultima consultazione 31 agosto 2014).

<sup>11</sup> Cfr. del 5 febbraio 1999: *L'Unità, Il Corriere della Sera, La Repubblica, La Stampa*; del 6 febbraio 1999: *L'Unità, Il Corriere della Sera*; del 7 febbraio 1999: *La Repubblica*.

<sup>12</sup> Corte cost., sentenza 30 gennaio - 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, I, 281-293.

<sup>13</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in *Medicina e Morale*, 1997, 2, 328-349.

<sup>14</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere su Ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, 11 aprile 2003, in *Medicina e Morale*, 2003, 4, 725-726.

<sup>15</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana* (doc. A2-372/88), in *Medicina e Morale*, 1989, 3, 587-590; PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui problemi etici e giuridici dell'ingegneria genetica* (doc. A2-327/88), in *Medicina e Morale*, 1989, 3, 579-587.

Le ostilità nascono da una cultura – alternativa a quella che ha voluto la legge 40 – esclusivamente incentrata a soddisfare i pretesi “nuovi diritti civili” degli adulti (aspiranti genitori e/o medici e scienziati) e che non tollera argini derivanti dai diritti del concepito. Anche l’abbattimento del divieto di eterologa rientra in questa cultura.

## 2. La questione della disciplina della procreazione eterologa

Non staremo qui a ricordare le pronunce della magistratura sulla legge 40<sup>16</sup> e i relativi commenti dottrinali<sup>17</sup>, né a ripercorrere le tappe e gli argomenti che hanno portato all’ultima decisione costituzionale (sulla quale altrove si è scritto criticamente<sup>18</sup>), né si riproporranno le opinioni favorevoli e quelle contrarie alla fecondazione eterologa in sé. Partiamo dal dato che il divieto è stato abbattuto e che si pone la questione della disciplina da applicare.

Nel momento in cui viene concluso questo scritto si fronteggiano sostanzialmente due posizioni.

Da un lato si ritiene immediatamente applicabile la decisione costituzionale, giacché – come la stessa Consulta ha precisato – non vi sarebbe alcun vuoto normativo: all’eterologa sono estensibili le regole previste per l’omologa, è comunque già definito lo *status* del nato da eterologa e si può far riferimento al decreto legislativo 191/2007 che attua la direttiva europea 23/2004 sulle norme di qualità e sicurezza per cellule e tessuti umani ad uso clinico<sup>19</sup>. Si aggiunge che gli ulteriori profili tecnici potranno essere regolamentati dalle linee-guida, comunque da aggiornare<sup>20</sup>. Questa posizione è assunta da coloro che maggiormente hanno premuto per ottenere, anche in via giudiziaria, l’abbattimento del divieto<sup>21</sup> e hanno trovato conforto nella recente ordinanza del Tribunale di Bologna del 18 agosto 2014<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Per una raccolta delle decisioni (e di altra documentazione biogiuridica), v. [www.laboratoriobiodiritto.eu](http://www.laboratoriobiodiritto.eu).

<sup>17</sup> Chi fosse interessato, può consultare l’Archivio DoGi - Dottrina Giuridica, una delle fonti più ricche per la ricerca *online* della dottrina giuridica, istituito presso l’ITTIG-CNR ([www.infoleges.it](http://www.infoleges.it)). L’archivio offre *abstract* di articoli (compresi note a sentenza, rassegne, commenti a legislazione, relazioni a convegni, recensioni critiche) pubblicati in oltre 250 riviste italiane.

<sup>18</sup> M. CASINI, *Il “figlio a tutti i costi” e la “procreazione medicalmente assistita”. Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell’eterologa in Italia*, in *Medicina e Morale*, 2014, 3, 367-403.

<sup>19</sup> Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani», in *Gazzetta Ufficiale*, 261, 9 novembre 2007 - suppl. ordinario n. 228.

<sup>20</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 191, 16 agosto 2004, 4-26; MINISTERO DELLA SALUTE, Decreto 11 aprile 2008, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 101, 30 aprile 2008, 20-29.

<sup>21</sup> Cfr. il *Manifesto dei Giuristi per l’immediata attuazione / il pieno rispetto della Sentenza n. 162 della Corte Costituzionale*, <http://www.associazionelucacoscioni.it/landing/manifesto-dei-giuristi-l-immediata-attuazione-il-pieno-rispetto-della-sentenza-n162-della#sthash.6pZlimPM.dpuf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>22</sup> L’ordinanza in questione è tuttora disponibile alla consultazione all’indirizzo internet <http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/TRIBUNALE%20DI%20BOLOGNA%20ordinanza%20anonima.pdf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

Dall'altro, invece, si ritiene che se è vero che molti profili relativi alla disciplina dell'eterologa sono già inclusi nella normativa vigente, è anche vero che restano scoperti alcuni aspetti fondamentali dovuti all'introduzione dei “donatori” di gameti. Sarebbe dunque necessario uno strumento normativo *ad hoc* per completare la disciplina, integrare i profili carenti e garantire una regolamentazione omogenea su tutto il territorio nazionale, evitando così arbitrarie gestioni regionali che alimenterebbero concorrenza e confusione<sup>23</sup>. Non solo, ma sarebbe comunque necessario, si afferma, un intervento legislativo per recepire la direttiva della Commissione europea 2012/39/UE, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani<sup>24</sup>.

Questa posizione, sostenuta dal Governo, fa leva sul fatto che l'introduzione dei “donatori” non è affatto un “dettaglio”, visto che ad essa sono collegate esigenze e attività di varia natura: sanitaria, economica, amministrativa, legale. Occorre mettere a punto i requisiti per l'autorizzazione dei centri; protocollare il processo della donazione, della selezione e della conservazione dei gameti; stabilire il limite massimo di figli nati da ciascun/a donatore/donatrice; chiarire se l'eterologa è accolta sia in forma unilaterale sia bilaterale (o doppia), predisporre una chiara e completa tracciabilità donatore-nato e viceversa; allestire un registro nazionale dei donatori e delle donazioni; regolamentare le operazioni di *import-export* dei gameti; definire il titolo della donazione, le modalità dell'eventuale rimborso spese e la gestione dei permessi lavorativi; prevedere il sovvenzionamento economico e i costi; stabilire modalità per evitare donazione tra consanguinei. Soprattutto, come vedremo, l'entrata in scena dei “donatori” pone la grave questione del diritto umano alla conoscenza della proprie origini, questione che non può essere trascurata, minimizzata o schiacciata dal peso degli aspetti tecnici e sanitari.

Al fine di predisporre un intervento legislativo per approfondire alcuni dei punti sopra elencati, il Ministro della Salute ha convocato un “gruppo di lavoro” (altrimenti chiamato “tavolo tecnico”) formato da specialisti del settore. Dagli incontri dell'8, del 15 e del 21 luglio è uscita la bozza del decreto-legge recante «Disposizioni urgenti in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»<sup>25</sup>, illustrata dallo stesso Ministro alla Commissione XII Affari Sociali della Camera dei Deputati il 29 luglio scorso<sup>26</sup>. È noto, però, che nonostante la premura per consentire l'immediato avvio delle tecniche di

<sup>23</sup> La Regione Toscana, come è noto, con la delibera del 28 luglio 2014, [http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera ETEROLOGA TOSCANA n. 650 del 28 07 2014 1 .pdf](http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera%20ETEROLOGA%20TOSCANA%20n.%20650%20del%2028%2007%202014%201.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014) ha approvato le *Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa*, [http://www.iss.it/binary/rpma/cont/allegato parere n. 76 2014 Direttive PMA.pdf](http://www.iss.it/binary/rpma/cont/allegato%20parere%20n.%2076%202014%20Direttive%20PMA.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014), scatenando un effervescente dibattito. Le direttive erano state accompagnate da un parere dell'ufficio legale in cui si segnalavano, in alcuni punti, interventi su temi di competenza dello Stato, ma la giunta regionale le ha comunque approvate e sono state pubblicate nel Bollettino Ufficiale della Regione Toscana (BURT) del 6 agosto 2014.

<sup>24</sup> Il testo è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* del 27 novembre 2012.

<sup>25</sup> <http://www.lastampa.it/rw/Pub/Prod/PDF/Bozza%20di%20solo%20eterologa.pdf> (ultima consultazione 31 agosto 2014)

<sup>26</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, Ufficio Legislativo, Audizione del Sig. Ministro della Salute. Camera dei Deputati Commissione XII (Sala del Mappamondo), 29 luglio 2014, ore 14,30, *Iniziativa del Governo conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 40 del 2004 sul divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, <http://www.camera.it/temiap/2014/07/29/OCD177-398.pdf> (ultima consultazione 30 agosto 2014).

tipo eterologo, il gruppo di lavoro, all'inizio di agosto, si è arenato sulla richiesta – proveniente da alcune società scientifiche e da alcuni esperti partecipanti al gruppo di lavoro – di garantire la «compatibilità di colore della pelle, gruppo sanguigno, colore dei capelli e degli occhi» e la «compatibilità etnica» tra i gameti dei donatori e le caratteristiche dei genitori che ricorrono alla fecondazione eterologa. Il dibattito, accesosi anche sulla stampa, ha spinto il ministro Lorenzin a scrivere una nota (8 agosto 2014) ai capigruppo di Camera e Senato nella quale si afferma che «all'esito di un'approfondita discussione, il Consiglio dei Ministri ha condiviso all'unanimità la necessità di intervenire in via legislativa nonché, tenuto conto degli evidenti profili etici che attengono alla materia, di rimettere ad una iniziativa legislativa parlamentare la disciplina della PMA eterologa nel nostro ordinamento» e si invitano «tutti i gruppi parlamentari ad assumere iniziative dirette a una tempestiva attuazione della sentenza della Consulta, secondo le indicazioni provenienti dal Giudice delle leggi e nel rispetto dei principi costituzionali vigenti»<sup>27</sup>.

Tra l'altro, a sostegno di una legge *ad hoc*, si ricorda quanto affermato dal TAR Lazio nella decisione n. 398 del 2008<sup>28</sup> che, annullando parte delle linee-guida allora vigenti (del 21 luglio 2004), ha precisato che le linee-guida «hanno come finalità l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e non possono svolgersi su un terreno diverso da quello procedurale loro assegnato» e che «si tratta di disposizione che riconosce all'Autorità amministrativa, ministeriale, il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge». Ora, considerando che la legge aveva considerato in negativo l'eterologa vietandola, nessuna regola presiede la donazione dei gameti. Perciò le linee-guida non possono intervenire su qualcosa che non è previsto dalla legge e sarebbero facilmente impugnabili davanti al TAR.

Ad alimentare la discussione si è aggiunta la mobilitazione delle Regioni per trovare – in attesa dell'auspicata disciplina legislativa nazionale – una linea comune onde evitare “mercato parallelo” e “giungla normativa” diversa da Regione a Regione. La Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (PP.AA.), ha così approvato, il 4 settembre 2014, il *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*<sup>29</sup>, con cui si offrono «indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome, che saranno recepiti con delibera di giunta regionale o con specifico provvedimento regionale»<sup>30</sup>.

Questa la situazione configuratasi nei tre mesi successivi al 18 giugno 2014, data della pubblicazione della sentenza n. 162/2014 nella *Gazzetta Ufficiale*.

<sup>27</sup> La nota è tuttora disponibile per la consultazione all'indirizzo internet [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>28</sup> TAR Lazio-Roma, sez. III-*quater*, sentenza 31 ottobre 2007 - 21 gennaio 2008, n. 398.

<sup>29</sup> Il testo del documento, elaborato dalla Commissione Salute a seguito del lavoro istruttorio condotto da uno specifico gruppo tecnico scientifico di esperti in materia di PMA, è reperibile all'indirizzo internet [http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/Oggetti\\_Correlati/Documenti/Del-Governo/ETEROLOGA\\_DEFINITIVO\\_REGIONI.pdf?uuid=e554d8f4-3442-11e4-Bab4-9339c0d26cd9](http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/Oggetti_Correlati/Documenti/Del-Governo/ETEROLOGA_DEFINITIVO_REGIONI.pdf?uuid=e554d8f4-3442-11e4-Bab4-9339c0d26cd9) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>30</sup> Sul documento delle Regioni ha rilasciato un'ampia intervista il Ministro della Salute Lorenzin sul quotidiano *Avvenire*, 6 settembre 2014, 11.



### 3. Procreazione medicalmente assistita e diritti del concepito: un binomio ancora presente

In attesa di ulteriori sviluppi, ecco qualche considerazione legata sia al dibattito in corso, sia alle stesse indicazioni che provengono dalla legge 40/2004. Gravemente demolita dalle due sentenze costituzionali, n. 151 del 2009<sup>31</sup> e n. 162 del 2014, la legge è ancora in piedi in alcune sue parti significative. Soprattutto è ancora presente il caposaldo basilare fissato nell'art. 1, laddove il concepito è qualificato soggetto titolare di diritti. Perciò, di fronte alle continue aggressioni e alle demolizioni già attuate, sarebbe necessario mantenere, per quanto è possibile, l'angolo di visuale che tiene conto del concepito-soggetto-figlio. Del resto ciò è quanto suggerito dalla *Dichiarazione universale sui diritti del bambino* del 20 novembre 1959 («Gli Stati devono dare ai fanciulli il meglio di se stessi») e dalla *Convenzione* del 20 novembre 1989 sui medesimi diritti. È evidente, poi, che a livello sia di ordinamento internazionale che di ordinamento interno, l'evoluzione del diritto minorile e di famiglia, di pari passo con l'affermazione dei diritti del bambino, è andata incentrandosi sul principio del prevalenza degli interessi e dei diritti del bambino rispetto agli interessi e ai diritti degli adulti.

L'art. 3, primo comma, della *Convenzione sui diritti del fanciullo* redatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991<sup>32</sup>, prevede che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Si noti anche il riferimento agli «organi legislativi» e dunque alla coerenza della legge 40/2004. Il principio è ripetuto nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (art. 24, secondo e terzo comma), è presente poi nella *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli* (Consiglio d'Europa, 25 gennaio 1996), ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003<sup>33</sup> e nelle *Linee-guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore*, adottate il 17 novembre 2010<sup>34</sup>. In quest'ultimo documento, in particolare, si afferma che «gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano».

Il preminente interesse morale e materiale del bambino ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia<sup>35</sup> e dopo la riforma della disciplina dell'adozione<sup>36</sup> cui

<sup>31</sup> Corte cost., sentenza 1° aprile - 8 maggio 2009, n. 151, in *Gazzetta Ufficiale*, 13 maggio 2009.

<sup>32</sup> Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989*, in vigore dal 12 giugno 1991, in *Gazzetta Ufficiale*, 11 giugno 1991, suppl. ordinario n. 135, anche in [http://www.camera.it/\\_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm](http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>33</sup> Legge 20 marzo 2003 n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996*, in *Gazzetta Ufficiale*, 18 aprile 2003, suppl. ordinario.

<sup>34</sup> *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2010\)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc&Language=lanEnglish&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

<sup>35</sup> Legge 19 maggio 1975, n. 151, «Riforma del diritto di famiglia», in *Gazzetta Ufficiale*, 135, 23 maggio 1975.

hanno fatto seguito una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore<sup>37</sup>.

A conferma viene anche la giurisprudenza di merito, di legittimità<sup>38</sup> e costituzionale<sup>39</sup>. Dispiace, perciò, che proprio la Corte costituzionale abbia dimenticato che nella fecondazione eterologa è in gioco il primato degli interessi e dei diritti del bambino. La Consulta non ha preso in considerazione questo primato nel suo giudizio di bilanciamento tra gli interessi degli adulti e quelli dei minori, ma esso resta pienamente valido e deve ispirare le condizioni e i limiti della PMA eterologa la cui legittimità giuridica in termini generali, dopo la sentenza n. 162/2014, non può essere contestata.

#### 4. Il diritto del figlio nato da eterologa alla propria identità con riferimento alla conoscenza delle proprie origini

Tra i diritti umani fondamentali vi è anche il diritto a conoscere le proprie origini. Tale diritto spetta certamente anche a colui che è stato generato mediante PMA eterologa.

La legge 40 aveva stabilito che, in caso di violazione del divieto di eterologa, «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», ma nulla aveva previsto sull'opportunità o meno di informare il nato sulla propria ascendenza biologica, né aveva disposto in merito al problema della salvaguardia del diritto a conoscere le proprie origini. Il dibattito, presente da tempo<sup>40</sup>, non deve trascurare il significativo cambiamento legislativo avvenuto nei Paesi europei che, legiferando in tema di eterologa, inizialmente avevano previsto l'anonimato e successivamente lo hanno eliminato<sup>41</sup>.

Sul punto la Corte costituzionale è stata contraddittoria. Dopo aver fatto riferimento alla disciplina concernente la donazione di tessuti e cellule umani per desumerne regole valide anche per l'eterologa – e tra esse quella dell'anonimato del donatore – si preoccupa di specificare che l'esigenza di garantire il diritto all'identità genetica è presente nella disciplina dell'adozione e nella

<sup>36</sup> Legge 28 marzo 2001, n. 149, «Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile», in *Gazzetta Ufficiale*, 46, 26 aprile 2001.

<sup>37</sup> Da ultimo: l. 10 dicembre 2012, n. 119, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (in vigore dal 7 febbraio 2014), «Modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi».

<sup>38</sup> Per. es. Cass., sez. I civ., sentenza 1° febbraio - 10 maggio 2011, n. 10265.

<sup>39</sup> Corte cost., sentenza 18 marzo - 1 aprile 1992, n. 148; sentenza 2 - 21 aprile 1993, n. 179; sentenza 12 - 27 luglio 2000, n. 376; sentenza 15 - 23 febbraio 2012, n. 31; sentenza 16 gennaio - 5 febbraio 2013, n. 7.

<sup>40</sup> I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 4, 795-797; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatori/trici di gameti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 2, 815-836.

<sup>41</sup> Come risulta dal parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa* del 25 novembre 2011, a livello europeo hanno modificato indirizzo Austria, Germania, Svizzera, Olanda, Norvegia, Gran Bretagna, Svezia, Finlandia, Nuovo Galles del Sud; fuori del Continente europeo, Western Australia, Victoria e Nuova Zelanda. Le notizie si leggono su [www.governo.it/bioetica/pareri](http://www.governo.it/bioetica/pareri) (ultima consultazione 30 agosto 2014).

stessa giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 278 del 2013) che ha rimosso l'irreversibilità del segreto circa l'accesso alle informazioni della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata. Un tema di tale importanza, che tanto è oggetto di attenzione da parte della dottrina<sup>42</sup>, del Comitato nazionale per la bioetica<sup>43</sup> e della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>44</sup>, avrebbe meritato una riflessione più accurata da parte della Consulta.

L'ambiguità della Corte costituzionale ha consentito al Tribunale di Bologna nella citata decisione del 18 agosto 2014 di dichiarare – seppure tra parentesi – che la regola dell'anonimato è «da ritenersi oggi operante nell'ipotesi di PMA con donazione di gameti, in applicazione della disciplina di carattere generale della donazione di tessuti e cellule umani: art., 14, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191». Il tema delle proprie radici, già in sé di così notevole rilevanza e risonanza psicologica e esistenziale, è al centro dell'attenzione<sup>45</sup> particolarmente perché va ad inserirsi in contesti in cui, per un motivo o per l'altro, si alzano ombre che vorrebbero oscurarlo.

In ogni caso, è significativo che sul diritto a conoscere le proprie origini si registri un'interessante evoluzione ad esso favorevole<sup>46</sup> e si può affermare che esso va profilandosi decisamente come un aspetto del più ampio diritto all'identità personale. Esso, infatti, può contribuire in maniera determinante a delineare la personalità di un essere umano, tanto da essere incluso nel novero dei diritti umani fondamentali, proclamati e garantiti da Trattati internazionali. Così, l'art. 7 della *Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli* (20 novembre 1989), ratificata con la legge n. 176/2001, stabilisce che il «bambino fin dalla nascita, nella misura del possibile ha diritto di conoscere i suoi genitori»<sup>47</sup>. Egualmente, la *Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale* (29 maggio 1993), ratificata con la legge n. 476/1998<sup>48</sup>, obbliga gli Stati a conservare le informazioni sulla identità del padre e della madre del bambino adottato e a metterle a sua disposizione nei limiti fissati dalle leggi statali. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella Racco-

<sup>42</sup> Per tutti, A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 22 febbraio 2012.

<sup>43</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.

<sup>44</sup> *Case of Gaskin vs. the United Kingdom* (Application no. 10454/83), 7 luglio 1989; *Case of Odièvre vs. France* (Application no. 42326/98), 13 febbraio 2003; *Case of Mikulić vs. Croatia* (Application no. 53176/99), 7 febbraio 2002; *Case of Ebru and Tayfun Engin Çolak vs. Turkey* (Application n. 60176/00), 30 maggio 2006; *Case of Jäggi vs. Switzerland* (Application no. 58757/00), 13 luglio 2006; *Case of Kalacheva vs. Russia* (Application no. 3451/05), 7 maggio 2009, *Case of Grönmark vs. Finland* (Application no. 17038/04) e *Backlund vs. Finland* (Application no. 36498/05), 6 luglio 2010; *Case of Pascaud vs. France* (Application no. 19535/08), 16 giugno 2011, *Case of A. M. M. vs. Romania* (Application no. 2151/10), 14 febbraio 2012; *Case of Laakso vs. Finland* (Application no. 7361/05), 15 gennaio 2013; *Case of Röman vs. Finland* (Application no. 13072/05), 29 gennaio 2013.

<sup>45</sup> Si veda l'inserto *Il nome del padre*, nella *Repubblica* del 31 luglio 2014, con i contributi di Maria Novella De Luca e Michela Marzano.

<sup>46</sup> R.J. BLAUWHOFF, *Tracing down the historical development of the legal concept of the right to know one's origins. Has to know or not know ever been a legal question?*, in *Utrecht Law Review*, 2008, 2, 99-116, <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/69/69> (ultima consultazione 1° settembre 2014).

<sup>47</sup> Legge 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo*, cit.

<sup>48</sup> Legge 31 dicembre 1998, n. 476, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione di minori stranieri*, in *Gazzetta Ufficiale*, 8, 12 gennaio 1999.

mandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, ha invitato gli Stati ad assicurare il diritto del fanciullo adottato a conoscere le proprie origini al più tardi dopo il raggiungimento dell'età adulta e ad eliminare dalle proprie legislazioni nazionali ogni disposizione contraria<sup>49</sup>. Inoltre, la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (27 giugno 2008) riguardante l'abbandono dei neonati<sup>50</sup> ritorna in più punti sul diritto dei bambini a conoscere le proprie origini<sup>51</sup> e invita gli Stati membri «à articuler leur politique familiale autour d'un principe intangible et prioritaire: le respect des droits de l'enfant, en particulier le droit de l'enfant de vivre dans sa famille et son droit de connaître ses origines, droit constitutif de l'être humain et vital pour son développement».

Nel ventaglio di documenti sul tema in esame si trova anche l'art. 22 della *Convenzione europea sull'adozione* nella versione aggiornata al 2008<sup>52</sup> in cui, tra le altre cose, al fine di garantire il «diritto di una persona a conoscere la sua identità e l'origine» si afferma che «le informazioni riguardanti l'adozione devono essere raccolte e conservate per almeno 50 anni dopo che l'adozione sia divenuta definitiva».

Interessante è anche il percorso italiano sulla ricerca delle origini in caso di adozione. Nella originaria formulazione della legge n. 184 del 1983<sup>53</sup>, non era prevista per l'adottato la conoscibilità delle proprie origini genetiche. Vigevano un preciso obbligo di segreto circa l'identità dei genitori biologici e un divieto pressoché assoluto di accesso alle relative informazioni. Tale impostazione normativa scaturiva dall'idea che la tutela dello *status* di figlio legittimo, assunto dall'adottato, dovesse comportare l'estinzione di ogni rapporto tra quest'ultimo e la famiglia d'origine. In particolare, la legge 184 vietava (art. 28) l'accesso alle informazioni circa l'identità della propria madre, qualora al momento della nascita la donna avesse dichiarato di non voler essere nominata. L'art. 28 specificava anche che «le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi solo se sussistono gravi e comprovati motivi».

La legge 149 del 2001<sup>54</sup> è intervenuta in modo determinante, modificando la disciplina della segretezza dell'adozione prevista dalla legge precedente e, attraverso la novella dell'art. 28, ha introdotto, sia pure a determinate condizioni, la possibilità per la persona adottata di accedere alle informazioni riguardanti l'identità dei genitori biologici, al fine di tutelare la fondamentale esigenza dell'adottato di recuperare la propria identità personale.

<sup>49</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1443 (2000), *Adozione internazionale: rispetto per i diritti dei bambini*, 26 gennaio 2000.

<sup>50</sup> Résolution 1624 (2008), *Prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance*, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/FRES1624.htm> (ultima consultazione 31 agosto 2014).

<sup>51</sup> Il est impossible aujourd'hui d'ignorer les droits de l'enfant, en particulier le droit de l'enfant de vivre dans une famille et le droit de connaître ses origines (5); 11. L'enfant ne doit pas être privé de son droit de connaître ses origines et ce avant même sa majorité.

<sup>52</sup> *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, Strasbourg, 27 November 2008, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/202.htm> (ultima consultazione 1° settembre 2014). Il testo originario è del 4 aprile 1967 e la ratifica dell'Italia è avvenuta con legge 22 maggio 1974, n. 357.

<sup>53</sup> Legge 4 maggio 1983, n. 184, «Diritto del minore ad una famiglia», in *Gazzetta Ufficiale*, 133, 17 maggio 1983.

<sup>54</sup> Legge 28 marzo 2001, n. 149, «Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile», in *Gazzetta Ufficiale*, 96, 26 aprile 2001.

Nota è poi la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul caso *Godelli contro Italia* (2012)<sup>55</sup> che ha censurato l'obbligo di anonimato previsto nel caso di madre che al momento del parto dichiara di non voler essere nominata. La Corte europea ha considerato così importante il diritto a conoscere le proprie origini, da farlo prevalere persino sul diritto alla vita che fonda l'anonimato stabilito nel caso di parto di donna che non vuole essere nominata. Tale regola intende prevenire aborti ed infanticidi, eppure la Corte ha condannato l'Italia per il rigore – a suo giudizio eccessivo in quanto «ostacola, in modo assoluto, l'azione di ricerca della maternità quando la madre biologica ha chiesto il segreto» – con cui la normativa italiana tutela tale anonimato.

A seguire, la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 che, in contrasto con la precedente giurisprudenza<sup>56</sup>, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 28, l. 183/1984 «nella parte in cui non prevede [...] 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 dichiarazione». In motivazione la Corte afferma che «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale costituisce un elemento significativo del sistema costituzionale di tutela della persona» e che «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»<sup>57</sup>.

Recentemente, la stampa ha dato notizia dell'ordinanza del Tribunale dei minori di Firenze che ha accolto la richiesta di una donna, nata nel 1955 da madre sconosciuta e poi adottata, di poter conoscere le proprie origini biologiche disponendo, con le dovute cautele, le necessarie ricerche in tal sen-

<sup>55</sup> *Case of Godelli v. Italy* (Application no. 33783/09), 25 settembre 2012. La decisione è divenuta definitiva il 18 marzo 2013. Tra i commenti: V. CARBONE, *Corte Edu: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 940-946; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, 2013, 9, 1608-1619; G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contenimento*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 6, 544-553; D. BOTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 ottobre 2012).

<sup>56</sup> Corte cost., sentenza 18 - 22 novembre 2005, n. 425, ma anche: ordinanze 10-22 giugno 2004, n. 184 e 8-16 luglio 2002, n. 350.

<sup>57</sup> V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, 15-23; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 289-296; L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato della madre naturale più flessibile: la consulta apre la strada e il garante privacy la percorre*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 1, 143-145; G. CASABURI, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*, in *Foro it.*, 2014, 1, 8-19; S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 5, 4031-4056; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it) (dicembre 2013). In attuazione della sentenza n. 278/2013 sono state presentate alla Camera dei Deputati diverse proposte di legge: n. 784 del 16 aprile 2013; n. 1343 del 10 luglio 2013; n. 1874 del 3 dicembre 2013; n. 1901 del 19 dicembre 2013; n. 1983 del 22 gennaio 2014; n. 1989 del 23 gennaio 2014.

so<sup>58</sup>. Perché, dunque, il riconoscimento di questo diritto dovrebbe essere disatteso nel campo della PMA, cedendo il passo alla regola dell'anonimato?

È evidente: l'anonimato agevola il reperimento dei gameti da parte di persone (i c.d. "donatori") che normalmente – anche nella previsione che nessun legame legale o conseguenza giuridica potrà insorgere nei loro confronti – vogliono sottrarsi alla possibilità di essere rintracciati come genitori biologici da parte del nuovo nato. Viceversa, il diritto di conoscere i propri genitori biologici riduce sensibilmente l'offerta di gameti per la PMA eterologa ed espone i donatori all'eventuale temuto inconveniente di poter essere un giorno ricercati per quello che in realtà – al di là di ogni disposizione legale – sono: padre biologico o madre biologica. D'altra parte, è innegabile che "donando" i gameti non si dona semplicemente un organo, un tessuto o una cellula qualsiasi, quanto piuttosto la possibilità di concepire un essere umano, un figlio. Il dono di gameti non è un semplice «atto di disposizione del proprio corpo», come afferma la Corte Costituzionale. A differenza degli organi, dei tessuti (es. sangue, midollo osseo) o di altre cellule, spermatozoi e ovociti non sostituiscono una parte del corpo, ma contraddistinguono un intero individuo, in modo totale, in ogni sua parte, anche a livello psicologico e persino nella discendenza. Non a caso la legge sui trapianti di organi e tessuti (legge n. 91 del 1999) vieta (art. 3 comma 3) il trapianto di gonadi (testicoli e ovaie) e di encefalo<sup>59</sup>.

Lo spermatozoo e la cellula uovo sono il riepilogo di una storia, in cui ognuno di noi può scoprire le chiavi della propria identità. Se è vero che la dimensione biologica non esaurisce tutto l'uomo, è altrettanto vero che la corporeità ne è il valore fondamentale: attraverso il corpo si può risalire a coloro ci hanno preceduto e dai quali deriviamo; il corpo ci ricorda che siamo l'anello di una lunga catena, il nuovo capitolo di una nuova storia che affonda le sue radici nel passato.

I sostenitori della più ampia possibilità di ricorso alle nuove tecniche sono disponibili a concedere una tracciabilità delle condizioni sanitarie e genetiche dei genitori biologici "donanti", al fine di poter intervenire con terapie adeguate nei confronti dei figli che esigano un'anamnesi familiare, ferma restando l'impossibilità di conoscere l'identità personale. Questo accesso parziale ai dati è stato previsto nella bozza del decreto ministeriale<sup>60</sup>, nella delibera della regione Toscana<sup>61</sup> e nel documento del-

<sup>58</sup> In precedenza, il Tribunale per i minori di Firenze (decreto 18 dicembre 2007) aveva riconosciuto il diritto dell'adottato ad accedere a tutte le informazioni concernenti la propria origine, purché non conoscitive dell'identità della madre. Sulla decisione, A. SPECCHIO, *Il diritto dell'adottato di accesso alle informazioni concernenti la propria origine: un'interpretazione evolutiva da parte del tribunale minorile fiorentino* in *Minorigiustizia*, 2008, 2, 348-360. L'autrice auspica che ritieni il decreto sia un primo passo di un percorso di riconoscimento assoluto diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.

<sup>59</sup> Legge 1 aprile 1999, n. 91, «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti», in *Gazzetta Ufficiale*, 87, 15 aprile 1999.

<sup>60</sup> Decreto-legge (bozza), «Disposizioni urgenti in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», cit.: «ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, è consentito l'accesso alle informazioni sanitarie e del patrimonio genetico del donatore esclusivamente nei casi in cui sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla salute dell'embrione formato o del nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, attestati da un medico responsabile di una struttura ospedaliera pubblica, e le predette informazioni sono necessarie ai fini della tutela della salute dell'embrione o del nato. L'accesso è consentito, previa autorizzazione del predetto medico, ai genitori dell'embrione o del nato, se minore, e al nato medesimo, se maggiorenne. Le informazioni sono acquisite dal predetto medico e comunicate agli interessati. Il nato è informato delle modalità del suo concepimento e i genitori vi provvedono nei modi e termini che essi ritengono più opportuni» (n. 7).

la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome<sup>62</sup>. Tuttavia, questa soluzione non offre una risposta al ben più ampio diritto di ogni essere umano di conoscere le proprie origini e dunque mantiene l'ostacolo al raggiungimento di un'identità completa e integrata, depauperando il patrimonio identitario cui una persona può voler attingere.

Non basta una tracciabilità genetica della propria origine: è doveroso creare una tracciabilità anagrafica e identificativa.

## 5. Il diritto a conoscere le proprie origini tra adozione e PMA eterologa

Come si è visto, il diritto a conoscere le proprie origini si è fatto largo nell'ambito dell'adozione. A quest'ultima si appella la Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014 per affermare che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» e, dunque, per giustificare la PMA eterologa (n. 6). In realtà, come da più parti sottolineato, tra fecondazione eterologa e adozione c'è una profonda differenza.

La moderna adozione dei minori è un mezzo di protezione del bambino privo di genitori, perché da essi abbandonato fisicamente o moralmente; l'adozione interviene solo dopo che è stata dimostrata l'incapacità dei genitori naturali di assolvere i loro compiti (art. 30, comma 2, Cost.) e quindi solo dopo che è fatto tutto il possibile per mantenere il figlio con la propria famiglia di origine, ritenendosi preferibile che il bambino viva e cresca con i suoi propri genitori<sup>63</sup>; l'abbandono del minore, presupp-

<sup>61</sup> Regione Toscana, delibera del 28 luglio 2014 che ha approvato le *Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.: «la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa) – si legge all'art. 3.2 –. I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice. Tali informazioni potranno essere acquisite dal nato unicamente in caso di mutamento di volontà del donatore/donatrice senza che ciò comporti il sorgere di alcun diritto/obbligo tra le parti».

<sup>62</sup> Conferenza delle Regioni e delle PP.AA., *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*, cit. All'affermazione secondo cui «[i]l principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato» (p. 2) fa seguito la seguente netta esplicitazione: «Ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice. Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell'anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata» (pp. 10-11).

<sup>63</sup> La normativa sull'adozione e l'affidamento (l. 183/1984 e successive modificazioni), prima ancora di predisporre il “rimedio” dell'adozione, si apre stabilendo che «il minore ha diritto di crescere e di essere

posto dell'adozione, è valutato negativamente tanto che si chiede di sviluppare politiche sociali e familiari per «prevenire l'abbandono dei bambini e perché essi restino nelle loro famiglie d'origine»<sup>64</sup>. L'eterologa, al contrario, mira a soddisfare il desiderio degli adulti ad avere un figlio, programmando la generazione con una genitorialità scissa in partenza e, quindi, esponendolo a possibili difficoltà di ordine psicologico ed esistenziale; non tiene conto della preferenza – anche di ordine costituzionale (art. 30, comma 1, Cost.) – per l'unitarietà delle figure genitoriali e, dunque, per la coincidenza tra genitorialità genetica affettiva e legale; promuove l'abbandono da parte del genitore biologico dei figli concepiti con i suoi gameti.

Tuttavia, una volta introdotto il confronto con il modello dell'adozione, si potrebbe ad esso attingere per riconoscere al nato da PMA eterologa la stessa facoltà di conoscere i suoi genitori biologici, alle stesse condizioni in cui tale diritto è attribuito all'adottato. Questo è, tra l'altro, quanto già affermato dal Parlamento europeo nella risoluzione dedicata ai problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale *in vivo* e *in vitro* del 1989<sup>65</sup>. A questo punto, però, si impongono ulteriori considerazioni. Come abbiamo già osservato, le ragioni dell'adozione (il diritto del figlio) sono diverse, in certo modo opposte, a quelle con cui si pretende di giustificare la PMA eterologa (il “diritto” degli adulti). Pertanto, anche riguardo al tema dell'anonimato, è doveroso verificare la diversità di motivazione che ne è alla base e quindi ipotizzare una diversità di disciplina.

Il presupposto dell'adottabilità di un minore è, come rimarcato, l'abbandono del figlio. L'abbandono avviene sempre dopo che i genitori biologici, quanto meno la madre (a parte l'ipotesi minoritaria della donna che al momento del parto dichiara di non voler essere nominata), hanno avuto una relazione con il figlio. C'è stato quindi un intreccio di rapporti – tanto maggiori quanto più è grande il bambino – che lasciano memorie indelebili. Nel caso più frequente dell'abbandono morale, il figlio è sottratto ai genitori biologici spesso attraverso lunghe e dolorose vicende giudiziarie. Sono note le possibili implicazioni, talvolta seriamente traumatiche, di carattere psicologico, emotivo, fisico e socio-educativo dell'abbandono e del distacco del bambino dal suo naturale nucleo familiare. Perciò, ammettere la conoscenza dei genitori biologici da parte del figlio divenuto adottivo, potrebbe riaprire antiche ferite e determinare sofferenze e difficoltà.

---

educato nell'ambito della propria famiglia»; che «le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» e che «a tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto»; che «lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia». V. Cass. sez. I civ., sentenza 8 settembre 2008, n. 22640: «In tema di adozione [...] è riconosciuto il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia naturale. La predetta condizione può essere resa effettiva attraverso la predisposizione di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà della famiglia di origine, onde rimuovere le cause, di ordine economico e sociale, che possano precludere in essa, una crescita serena del bambino». Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2011 sull'adozione internazionale nell'Unione europea, si afferma che la «scelta primaria per la custodia dei minori» deve cadere sulla famiglia di origine.

<sup>64</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1443 (2000), *Adozione internazionale: rispetto per i diritti dei bambini*, cit.

<sup>65</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione (doc. A2-372/88) sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana*, cit.



Sebbene l'iniziale anonimato nell'adozione sia stato posto a tutela del figlio adottivo, il diritto a conoscere e proprie origini va affermandosi con sempre maggior forza e, del resto, non sono pochi i casi in cui sono proprio i figli adottivi che desiderano “riconnettersi”, anche solo per esigenze di completezza esistenziale e identitaria, con le proprie origini, cercando il volto e il nome di chi li ha generati.

Nel caso della PMA eterologa (offerta dei gameti e successivo “abbandono” del figlio in caso di concepimento), il contesto è completamente diverso: i figli non “capitano”, ma vengono “pianificati”, con il necessario supporto di strumenti e ambienti adeguati, sulla base di una rigorosa programmazione guidata da protocolli e procedure, nella collaborazione tra aspiranti genitori, personale sanitario e fornitori di gameti. Mancano, dunque, quelle circostanze che invitano a una certa cautela nel riaprire capitoli di dolorose separazioni. Non si vede dunque perché – se non per la ragione pratica e utilitaristica di facilitare l'offerta di gameti – dovrebbe essere sacrificato il diritto del nuovo nato a conoscere la sua vera genealogia. Tra l'altro, l'anonimato si presta a coprire un sistema di commercializzazione e di selezione eugenetica.

Pertanto, nel caso di PMA eterologa, non è neanche indispensabile che vi siano i limiti e le condizioni previste per la conoscenza delle proprie origini nel caso di adozione (es. raggiungimento di una maturità consolidata, consenso dei genitori biologici).

A sostegno del diritto alla conoscenza anagrafica dei propri genitori biologici, milita anche il principio di uguaglianza, «non essendo legittimo – come si legge nel parere del CNB sull'argomento<sup>66</sup> – sotto l'aspetto sia etico che giuridico impedire solo ai nati attraverso tale tecnica di ricercare le informazioni sulle loro origini biologiche». Infine – si afferma nello stesso documento – «è stato, inoltre, evidenziato come eludere la richiesta di conoscere la verità implichi una specifica forma di violenza: la violenza di chi, conoscendo la verità che concerne un'altra persona e potendo comunicargliela, si rifiuta di farlo, mantenendo nei suoi confronti un'indebita posizione di potere».

Il rovesciamento di prospettiva (dalla presa in carico delle aspirazioni degli adulti alla considerazione dei diritti ed interessi dei minori) consente di riflettere meglio sul rapporto tra adozione e PMA eterologa, anche rileggendo l'art. 6 comma 1 della legge 40 dove l'adozione viene indicata come alternativa preferibile rispetto alla PMA.

## 6. Eterologa, embrioni “sopranumerari”, diritto alla vita e “adozione per la nascita”

Come il Tribunale di Bologna osserva in un passaggio dell'ordinanza del 18 agosto 2014, «è ancora irrisolto il problema della sorte degli embrioni crioconservati c.d. sopranumerari». L'affermazione non stupisce, poiché secondo la relazione del Ministero della Salute sull'attuazione della legge 40/2004, presentata il 30 giugno 2014<sup>67</sup>, nel 2012 – anno di riferimento – su un totale di 114.276 embrioni formati, ne sono stati crioconservati 18.957. Il loro numero va crescendo, perché nel 2011 gli embrioni congelati furono 18.798 e nel 2010 16.280. Pur ipotizzando che due terzi di essi siano

<sup>66</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, cit.

<sup>67</sup> *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 19 febbraio 2004 n. 40 contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio 2004 n. 40, art. 15)*, Roma, 30 giugno 2014, [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_2185\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2185_allegato.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014).

stati scongelati per essere destinati alla nascita su richiesta dei genitori biologici che avevano fatto ricorso alla PMA omologa, e dunque siano stati trasferiti nell'utero della madre biologica (che è anche madre gestazionale e in definitiva l'unica madre), resta un elevato accumulo di embrioni che in soli tre anni ha raggiunto le quasi 20.000 unità.

L'aspetto più inquietante della fecondazione *in vitro* è proprio l'accumulo nelle celle frigorifere di embrioni soprannumerari in "stato di abbandono", perché privi di un «progetto parentale». La questione è tutt'altro che periferica: si tratta di embrioni umani sulla cui futura sorte non vi sono certezze ed è perciò inevitabile interrogarsi sul loro destino.

Il dibattito sul destino degli embrioni crioconservati e abbandonati, già vivace ai tempi dell'approvazione della legge 40/2004 in ordine al regime precedente ad essa e mai del tutto cessato<sup>68</sup>, è tornato di grande attualità in seguito alla sentenza costituzionale n. 151 del 2009<sup>69</sup>. Questa, infatti, ha annullato sia la regola stabilita nell'art. 14, comma 2, nella parte in cui limita a tre il numero degli embrioni umani generabili in un unico ciclo e da trasferirsi in un solo contesto, sia l'art. 14, comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni – da realizzare non appena possibile – avvenga senza pregiudizio per la salute della donna. In sostanza, la Corte «mantiene salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario», ma affida alla discrezionalità del medico la determinazione concreta del numero di embrioni da generare, determinando così «la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica».

Pertanto, sebbene sia stato rimosso il divieto di generare al massimo tre embrioni nell'ambito di un solo ciclo, resta l'obbligo di non generare embrioni in numero superiore «a quello strettamente necessario». La produzione soprannumeraria e il conseguente congelamento degli embrioni dovrebbe quindi essere una eccezione, cioè una pratica rara e straordinaria.

In realtà, il numero di embrioni congelati ogni anno non indica affatto una eccezionalità della produzione soprannumeraria. Sarebbe, quindi, opportuno non solo che il Ministro fornisse un'indicazione precisa sul numero complessivo di embrioni congelati rimasti privi di un progetto parentale, ma soprattutto che le prossime linee-guida ministeriali facessero chiarezza sui limiti che l'art. 14 della legge 40/2004 continua a prescrivere riguardo alla generazione soprannumeraria di embrioni, rendendo chiari e controllabili i criteri ai quali il medico deve fare riferimento quando – nella sua autonomia – decide quanti embrioni generare, quanti trasferirne e quanti congelarne. Il fastidio, il disagio o la sofferenza connessi necessariamente a ogni prelievo oocitario non dovrebbero giustificare una generazione eccessiva di embrioni, con conseguente formazione di embrioni "di scorta" e rischio di un au-

<sup>68</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007: il documento è consultabile all'indirizzo internet [www.governo.it/bioetica/pareri\\_abstract\\_destino\\_embrioni\\_da\\_PMA\\_26102012.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract_destino_embrioni_da_PMA_26102012.pdf) (ultima consultazione 2 settembre 2014).

<sup>69</sup> Si veda la relazione finale (8 gennaio 2010) della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA, nominata con decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, visibile qui: [www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpag\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf) (ultima consultazione 3 settembre 2014). Si vedano inoltre gli atti del X Congresso nazionale di Scienza e Vita, *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, tenutosi a Roma il 23 e il 24 novembre 2012 e pubblicati sui *Quaderni di Scienza e Vita*, Siena, 2013, 11.

mento dello “stoccaggio” di esseri umani ibernati a tempo indeterminato. È noto, infatti, che il maggior rischio per la salute della donna è la sindrome da iperovulazione e che tale rischio è tanto maggiore quanto più elevato è il numero di ovociti che si intende portare a contemporanea maturazione con somministrazione sempre più abbondante di farmaci. È anche noto, che viceversa, sono più facilmente fecondabili uova maturate naturalmente o, almeno, fatte maturare in piccolo numero. Ciò nonostante, è certo che il numero degli embrioni “abbandonati” resterà sempre rilevante. Attualmente la loro prospettiva di vita è nulla. Il loro diritto alla vita è ignorato. La legge 40/2004 intende, tuttavia, «assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Questi aspetti – pur in un contesto già ampiamente degradato – meritano di essere considerati.

Nell’ambito della discussione sulla legge 40/2004, fu proposta l’“adozione per la nascita” o “adozione prenatale” come rimedio transitorio, limitato e temporaneo, sul presupposto che con l’entrata in vigore della nuova legge, sarebbe cessato l’accumulo di embrioni di scorta nei congelatori. Quindi, in sintesi, l’“adozione per la nascita” era stata prevista quale soluzione di chiusura del precedente c.d. *Far West* procreatico<sup>70</sup>.

Sul tema della “adottabilità” degli embrioni lungo tutto l’*iter* legislativo si è sviluppata una polemica assai vivace. Infine, la proposta della “adozione per la nascita” fu bocciata per la dura opposizione di coloro che vedevano nella “dichiarazione di adottabilità del concepito” la equiparazione dei non nati ai già nati. In realtà, anche tra quanti avevano sostenuto la scelta dichiarata fin dall’art. 1 non è mancato chi si è opposto all’idea di realizzare, sia pure nel solo regime transitorio, l’“adozione per la nascita”, vedendone una porta di ingresso per la fecondazione eterologa vietata dalla legge. Il risultato finale è stato che la legge 40/2004 non contiene alcuna disposizione in ordine agli embrioni soprannumerari privi di un progetto parentale<sup>71</sup>.

Sull’argomento è intervenuto il CNB, con il parere *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, del 18 novembre 2005<sup>72</sup>, che ha invece consigliato al legislatore di prendere in considerazione tale forma di adozione. L’auspicio è stato poi ribadito nel documento dello stesso CNB, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili* (26 ottobre 2007)<sup>73</sup> e condiviso dalla Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di procreazione medicalmente, istituita con decreto del 25 giugno 2009<sup>74</sup>, nella cui relazione finale (8 gennaio 2010) si afferma che l’“adozione per la na-

<sup>70</sup> L’ “adozione per la nascita” nei termini descritti sommariamente nel testo era presente nell’art. 16 del PDL approvato dalla Camera dei Deputati il 26 maggio 1999 con il n. 47. In Senato è diventato il DDL n. 4048 intitolato *Disciplina della procreazione medicalmente assistita*, leggibile all’indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00004363.pdf> (ultima consultazione 3 settembre 2014).

<sup>71</sup> Sui termini del dibattito si rinvia al commento dell’art. 17 (*Disposizioni transitorie*) della l. 40/2004 contenuto nel volume C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino, 2004, 269-284.

<sup>72</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, 18 novembre 2005, in *Medicina e Morale*, 2006, 1, 154-168.

<sup>73</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, cit.

<sup>74</sup> COMMISSIONE DI STUDIO SUGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI NEI CENTRI DI PMA, nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, *Relazione finale*, 8 gennaio 2010, cit.

scita” «non prevista attualmente dalla legge vigente in Italia, potrebbe risolvere molti problemi bioetici che nascono dalla crioconservazione di embrioni abbandonati»<sup>75</sup>.

Naturalmente, il dibattito si è sviluppato in termini assai più ampi di quelli qui riportati in estrema sintesi e le diverse posizioni sono ancora oggi ben più articolate di quanto accennato in questa sede<sup>76</sup>. Ai fini del presente contributo, è sufficiente recuperare la proposta per vedere se e in che modo è ripresentabile in un contesto profondamente mutato.

La questione della sorte degli embrioni c.d. “residui” era stata sollevata già prima della sentenza n. 162/2014. Per esempio, nella scorsa legislatura, per allargare i limiti della legge 40, è stato presentato alla Camera il PDL n. 4308, «Norme in materia di donazione degli embrioni a fini di nascita e di destinazione dei medesimi a fini di ricerca scientifica» (Farina Coscioni *et al.*, data di presentazione: 22 aprile 2011), mentre per offrire una qualche tutela per il diritto alla vita del concepito è stato depositato il PDL 2058, «Disposizioni per consentire l’impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di PMA» (Palagiano *et al.*, data di presentazione: 12 gennaio 2009)<sup>77</sup>.

Ora, la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, eliminando il divieto di eterologa, ha profondamente mutato il panorama. Di conseguenza, riguardo all’“adozione per la nascita”, vengono meno sia le riserve etiche che ne vedevano una possibile breccia per l’eterologa, sia l’accusa di contraddizione rispetto a una disciplina che vieta l’eterologa<sup>78</sup>.

La decisione della Consulta – come del resto sempre in materia di biodiritto – insiste molto sul concetto di “bilanciamento” tra diritti e interessi intersecantisi e talora in opposizione tra loro. In effetti, tutta la legge 40/2004 si basa sul concetto di “bilanciamento” come è ben espresso nell’art. 1: devono essere soddisfatte, nei limiti del possibile, le aspirazioni alla genitorialità anche di persone affette da sterilità o infertilità, ma bisogna tenere conto anche dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nella PMA. Non vi è dubbio che anche il figlio è un soggetto coinvolto. Anzi, alla luce del primato degli interessi del minore, sancito nelle carte più solenni universali ed europee, i suoi diritti dovrebbero avere prioritaria considerazione. Il suo diritto all’identità che comprende il diritto a conoscere le sue origini,

<sup>75</sup> La frase si trova nella nota n. 5 della Relazione.

<sup>76</sup> Oltre ai contributi raccolti nei *Quaderni di Scienza e vita*, 2013, 11 (in particolare si segnalano quelli più squisitamente giuridici di F. MANTOVANI, L. EUSEBI, A. NICOLUSSI, L. VIOLINI e B. VIMERCATI rispettivamente alle pp. 51-56, 57-64, 65-69, 71-80), si vedano alcune riflessioni di A. PESSINA: *La disputa sull’adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, 1099-1112; *Adottare l’embrione abbandonato?* Lettera con replica di N. Tiliacos, in *Il Foglio*, 7 settembre 2006; *Che cosa significa procreare?* [www.leadershipmedica.com/sommri\\_2006/numero\\_01/Bioetica/Articolo\\_1/articolo.htm](http://www.leadershipmedica.com/sommri_2006/numero_01/Bioetica/Articolo_1/articolo.htm) (ultima consultazione 2 settembre 2014). Inoltre: C. NAVARINI, *Il destino degli embrioni congelati: adozione o donazione?*, <http://www.europaoggi.it/content/view/65/45> (ultima consultazione 2 settembre 2014); M. FAGGIONI, *La questione degli embrioni congelati*, in *L’Osservatore Romano*, 22-23 luglio 1996. Infine anche: C. CASINI, *Abbandono di embrioni umani e adozione*, in *Sì alla vita*, supplemento, 1999, 4. Ampi riferimenti bibliografici si trovano in G. MIRANDA, *L’adozione prenatale nella Dignitas personae*, in *Studia Bioethica*, 2009, (2) 1, 58-65.

<sup>77</sup> Cfr. anche: Atto Camera n. 4831, «Disposizioni concernenti l’adozione degli embrioni residui e conservati in stato di abbandono», 6 dicembre 2012; Atto Camera n. 2058, «Disposizioni per consentire l’impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di procreazione medicalmente assistita», 12 aprile 2012; Atto Camera n. 4800, *Norme in materia di adozione degli embrioni crioconservati in stato oggettivo di abbandono*, 25 novembre 2011.

<sup>78</sup> Queste posizioni oltre che rinvenibili nella dottrina, sono illustrate nel documento del CNB, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (PMA)*, cit.

non è il primo. Il primo e fondamentale è il diritto alla vita. La PMA come tale, quando l'embrione è costruito fuori del corpo materno, mette in grave rischio la vita del concepito. Tuttavia, la legge ha ritenuto meritevole di tutela il desiderio degli adulti di avere un figlio, ma ha bilanciato questa tutela con l'obiettivo di evitare la distruzione dell'embrione che si trova nelle mani dei medici nella fase che precede il suo trasferimento in utero, cioè dopo il suo affidamento ai processi naturali della vita. La PMA eterologa allarga gli spazi in cui viene data possibilità di realizzazione ai desideri degli adulti, ma è doveroso armonizzare questa più estesa opportunità con la tutela della vita stessa dei concepiti.

La sentenza n. 162/2014 ha annullato il divieto di PMA eterologa. Un tale generico annullamento lascia al legislatore il potere di regolare le varie possibili forme di PMA eterologa. Ciò è tanto vero che nel delineare la disciplina dell'eterologa già sono indicati, per esempio, alcuni limiti rigorosi dettati da ragioni di opportunità («nessun proprietario, operatore, direttore del laboratorio o dipendente del centro che esegue l'inseminazione può essere utilizzato come donatore»; «né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore del seme»), oppure da motivi sanitari: «sono esclusi dalla donazione uomini che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche)»; «sono esclusi dalla possibilità di donare gameti i pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni»<sup>79</sup>.

Non solo, ma nessuno dubita del fatto che debbano esserci limiti di età per donatori/donatrici e aspiranti genitori. Inoltre, nel dibattito sulla disciplina in materia di eterologa, si sono levate voci favorevoli al divieto di una selezione dei “donatori” in base alla razza o alle caratteristiche psicosomatiche limitando così l'autodeterminazione degli aspiranti genitori<sup>80</sup>. Perciò, se è accettabile porre dei limiti per rispettare il principio di non discriminazione, evitando logiche e comportamenti eugenetici, si può anche immaginare che per rispettare il diritto alla vita del concepito la legge consenta l'eterologa soltanto nella forma della “adozione per la nascita”. È assurdo creare nuovi embrioni – con tutti i nuovi aggiuntivi rischi di morte – per soddisfare i pur legittimi desideri di genitorialità, quando già esistono embrioni formati dei quali è giusto tentare di evitare la morte.

Non costituisce una difficoltà la esclusione della PMA eterologa c.d. “unilaterale”, cioè effettuata con embrioni generati con i gameti di un solo membro della coppia e il seme o l'ovocita di un estraneo/a. In realtà proprio questo sbilanciamento (l'uno è genitore vero anche fisiologicamente, l'altro non lo è) può portare nel tempo a crisi, dissidi e rifiuti prevedibili, che è bene prevenire.

Un argomento a favore della tesi qui proposta si può ricavare anche dall'art. 6 della l. 40/2004 che – nel rispetto della scelta della coppia – preferisce che l'infertilità sia superata possibilmente con l'adozione prima di ricorrere alla PMA. Una volta introdotta l'eterologa, invece di ricorrere *ex novo* alla generazione di embrioni totalmente o parzialmente estranei alla coppia, si potrebbe proporre l'adozione di embrioni umani abbandonati. Questa soluzione ha anche il vantaggio di superare automaticamente i rischi di commercializzazione dei gameti, di evitare alle donne i disagi e le sofferenze

<sup>79</sup> Abbiamo fatto riferimento ad alcune limitazioni indicate a pagina 5 del documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle PP.AA., *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014*, cit.

<sup>80</sup> In linea di principio, il documento della Conferenza: «Non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche» (p. 10).

connesse con il prelievo di ovociti. Non è poco, considerando anche il pericolo di sindrome da iperovulazione ovarica presente in questa operazione preliminare di PMA extracorporea.

Nella prospettiva indicata, sul piano internazionale, è rimarchevole l'importanza dell'iniziativa dei cittadini europei denominata «Uno di noi», che ha ottenuto quasi due milioni di adesioni. Fondata sull'art. 11 del Trattato di Lisbona che, con il nuovo istituto dell'iniziativa dei cittadini, ha inteso allargare la democrazia in Europa, essa chiede che l'Unione Europea si impegni a non fornire danaro da utilizzare per distruggere la vita umana embrionale. Il quesito sottostante e fondamentale è quello che richiede il riconoscimento che l'uomo, fin dal concepimento è "uno di noi", coperto da una dignità che è sempre uguale per tutti i viventi della specie umana<sup>81</sup>. Purtroppo, il 28 maggio 2014, la Commissione europea ha comunicato agli organizzatori dell'iniziativa di non voler dare seguito a tale iniziativa. Contro tale decisione è stato proposto, il 25 luglio 2014, un ricorso per annullamento alla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha sede a Lussemburgo. La procedura è appena iniziata e quindi non è dato sapere quale ne sarà l'esito. Tuttavia, il quesito sull'uguaglianza e sulla dignità umana resta inevitabilmente nel cuore dell'Europa e delle nazioni. Il diritto moderno smarrisce la strada se non afferma la uguale dignità di ogni essere umano fin dal concepimento; la politica non può emarginare dal suo ambito il diritto alla vita del concepito.

Sul piano dell'ordinamento italiano va ricordata la proposta di modifica dell'art. 1 c.c. per riconoscere la capacità giuridica ad ogni uomo «fin dal concepimento». La proposta di iniziativa popolare promossa dal Movimento per la vita italiano e sostenuta da 200.000 cittadini chiede lo "sguardo" sulla questione fondamentale dello statuto giuridico dell'embrione umano.

In questa direzione si muove un altro progetto di legge, presentato alla Camera il 16 maggio 2014 con il n. 2389 (a breve distanza dalla data, 9 aprile 2014, in cui è stato reso noto il dispositivo della sentenza costituzionale n. 162)<sup>82</sup> e intitolato *Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile concernenti il contraddittorio e la rappresentanza del nascituro nei procedimenti civili in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>83</sup>. Le vicende giudiziarie sulla legge 40 hanno messo in luce la mancanza di una voce processuale che si esprima in un contraddittorio a favore del concepito e dei suoi diritti. Come risulta dalla giurisprudenza relativa alla diagnosi genetica pre-impianto<sup>84</sup>, alla sperimentazione sugli embrioni crioconservati<sup>85</sup> e alla PMA eterologa<sup>86</sup>, un contraddittorio sostanziale

<sup>81</sup> C. CASINI, *Uno di noi. La prima iniziativa dei cittadini europei. Uno di noi: è vero, è giusto, è necessario*, Siena, 2014. Il testo è pubblicato anche in versione inglese.

<sup>82</sup> Presentato alla stampa il 29 aprile 2014.

<sup>83</sup> Il testo è pubblicato in *Medicina e Morale*, 2014, 3, 514-516.

<sup>84</sup> Trib. Cagliari, sentenza 16 luglio 2005, n. 5026; Trib. Cagliari, sentenza 22 settembre 2007; Trib. Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007; Trib. Firenze, ordinanza 12 luglio 2008; Trib. Firenze, ordinanza 26 agosto 2008; Trib. Bologna, 29 giugno 2009; Trib. Salerno, 13 gennaio 2010; Trib. Milano, ordinanza 6 marzo 2009, n. 235; Trib. Milano, ordinanza 10 marzo 2009, n. 236; Trib. Salerno, 10 luglio 2010; Trib. Cagliari, ordinanza 9 novembre 2012; Trib. Roma, ordinanza del 26 settembre 2013; Trib. Roma, ordinanza 14 gennaio 2014, n. 69; Trib. Roma, ordinanza 28 febbraio 2014, n. 86.

<sup>85</sup> Trib. Firenze, ordinanza 7 dicembre 2012, n. 166, in *Gazzetta Ufficiale*, 29, 17 luglio 2013, prima serie speciale, 65.

<sup>86</sup> Tribunale di Firenze, ordinanza 1-6 settembre 2010, n. 19, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 6, 2 febbraio 2011, 57-64; Trib. Catania, ordinanza 21 ottobre 2010, n. 34, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 10, 2 marzo 2011, 61-71; Trib. Milano, ordinanza 28 dicembre 2010 - 2 febbraio 2011, n. 163, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 30, 13 luglio 2011, 58 ss.; Trib. Firenze, sez. I civ., ordinanza 28-29

nelle vicende giudiziarie instaurate in materia di PMA è assente. Eppure, il principio del contraddittorio è sancito dalla Costituzione italiana agli art. 24, comma 2 («la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento») e all'art. 111, comma 2 («ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità»); è un valore fondamentale nell'ambito del processo; rappresenta un necessario corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; è funzionale al raggiungimento della verità; esprime l'elementare esigenza di giustizia, per la quale nessuno può essere costretto a subire gli effetti di una sentenza senza avere avuto la possibilità di partecipare al processo per far valere le proprie ragioni di fronte al giudice, in modo da influire sul suo convincimento.

Naturalmente la nostra tesi si fonda sul presupposto che ogni figlio dell'uomo e della donna, anche se appena concepito, sia riconosciuto come uno di noi. A noi pare che questa sia la questione centrale ed essenziale del biodiritto che bisogna avere il coraggio di affrontare. È facile distogliere lo sguardo dal concepito per soddisfare senza remore i desideri dei già nati e degli adulti. È, invece, lo sguardo sul concepito – intendiamo lo sguardo della mente che permette di vedere anche ciò che l'occhio non vede, e della cultura moderna, fondata sul principio di uguaglianza in dignità umana – che rende il dibattito completo e appassionante.

Questo nostro saggio vuole essere un principio di contraddittorio profondo e serio, almeno nel dibattito culturale.

---

marzo 2013, n. 213, in *Gazzetta Ufficiale*, 41, 9 ottobre 2013, 35-40; Trib. Milano, sez. I civ., ordinanza 29 marzo - 8 aprile 2013, n. 135, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 24, 12 giugno 2013, 173-179; Trib. Catania, sez. I civ., ordinanza 29 marzo - 13 aprile 2013, n. 240, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 46, 13 novembre 2013, 27-35.





## Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004

*Bartolo Salone\**

CHILDREN "TO ORDER": CIVIL LAW ASPECTS OF SURROGACY IN ITALY AFTER THE LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: Surrogacy, widespread in some States of the U.S.A., Asia and continental Europe, is a reproductive practice prohibited in Italy, according to article 12, paragraph 6, of the Italian Law no. 40/2004 about the artificial reproduction. The present paper – after a brief recognition of the case-law, previous and following to the approval of the new law – tries to respond to the main legal issues deriving from the violation of the domestic prohibition realised into the national territory, particularly in relation to the effects of surrogacy contract and to the correct institution of the parental relationship with the new-born baby.

KEYWORDS: artificial reproduction; natural motherhood; parental relationships; surrogacy contract; surrogate motherhood.

SOMMARIO: 1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Premessa di metodo e problematiche biogiuridiche – 2. Gli accordi di maternità surrogata: natura giuridica, validità, efficacia – 3. Accordi di maternità surrogata e buon costume: il problema delle restituzioni e la *soluti retentio* – 4. Accordo di surrogazione e inosservanza degli impegni assunti: margini per una eventuale responsabilità aquiliana della madre surrogata? – 5. Questioni di *status* del nato da PMA: è applicabile alla surrogazione di maternità la regola di attribuzione della genitura stabilita dall'art. 8 della legge 40? – 6. Principio della maternità naturale legata al parto e governo del rapporto di filiazione del nato a seguito di surrogazione di maternità.

### 1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Premessa di metodo e problematiche biogiuridiche

Con l'espressione «procreazione medicalmente assistita» (PMA), la legge 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», d'ora in avanti «legge 40») si riferisce a quel fenomeno comunemente conosciuto con il nome di «fecondazione artificiale», che può essere sinteticamente definito come l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all'interno (fecondazione artificiale intracorporea o *in vivo*) oppure al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o *in vitro* o, come si dice più comunemente, «in provetta») delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone

\* *Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Palermo.*

alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)<sup>1</sup>.

Nel contesto delle metodiche di PMA una posizione tutta speciale riveste la *maternità surrogata* o *di sostituzione* (altrimenti detta *surrogazione di maternità*, in inglese *surrogate mother* o *surrogacy*), la quale, rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) sopra indicate, richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia (che può essere la stessa donatrice dell'ovulo impiegato per la fecondazione o una donna diversa) che mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza e si impegna a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia "committente" (ossia alla coppia che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato).

Da un punto di vista puramente descrittivo, la surrogazione di maternità presuppone pertanto, a monte, la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente, che si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata.

A seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo ai "committenti" i propri gameti, si distingue tra "surrogazione per sola gestazione" (si parla in tal caso anche di "donazione", se a titolo gratuito, o di "locazione" o "affitto" d'utero, se è pattuito un corrispettivo) e "surrogazione per concepimento e gestazione". Si osservi ancora che la surrogazione per concepimento e gestazione è necessariamente una "surrogazione eterologa", giacché la madre "portante", in questo caso, prima ancora di "prestare" il suo utero per la gravidanza, mette a disposizione i propri ovuli affinché siano fecondati con il seme del *partner* maschio della coppia committente. La surrogazione per sola gestazione, al contrario, può essere, a seconda dei casi, "omologa" (in questo caso la madre sostituta accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o "eterologa" (in tal caso l'embrione da impiantare nell'utero della surrogata è il frutto dell'incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore di seme o di una ovodona-trice). Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può ancora darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata<sup>2</sup>.

Talvolta alla surrogazione di maternità viene ricondotta un'ulteriore ipotesi: quella della donazione di ovocita di una donna in favore di un'altra, che conduce a termine la gravidanza dopo avere fatto fecondare l'ovocita stesso con il seme del proprio marito o compagno<sup>3</sup> (c.d. "gravidanza eterologa"). La donazione di ovocita, tuttavia, a ben vedere, dà luogo ad una semplice fecondazione eterologa, seppur *ex latere matris*, da tenere distinta rispetto alla maternità surrogata vera e propria, alla quale sono riconducibili senz'altro le ipotesi prima rassegnate.

In definitiva, la maternità surrogata, già da un punto di vista fenomenico (prima ancora che giuridico), si presenta come una fattispecie composita, risultante dalla successione e integrazione di due

<sup>1</sup> M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2007.

<sup>2</sup> Per le distinzioni concettuali riportate nel testo vedi M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, 2010, 2, 358 ss.

<sup>3</sup> Cfr. ancora M. FACCIOLI, *op. cit.*

momenti: la fecondazione artificiale propriamente detta (che, come si è appena visto, può essere tanto omologa quanto eterologa) e l'ulteriore *locatio ventris*. Diverse, e per molti aspetti peculiari, sono le problematiche giuridiche sottese alla surrogazione di maternità rispetto a quelle poste dalle tecniche di fecondazione artificiale alla stessa presupposte: ragion per cui la fattispecie qui esaminata tende ad assumere, nell'ambito degli ordinamenti giuridici moderni, un'autonoma rilevanza e fisionomia anche dal punto di vista giuridico<sup>4</sup>.

Se da un canto le tecniche di fecondazione artificiale omologa determinano una prima cesura tra sessualità e procreazione, dall'altro quelle di PMA eterologa introducono una prima scissione tra le figure parentali, determinando una dissociazione tra la genitura "genetica" e quella "sociale". La maternità surrogata, a sua volta, rende possibile un'ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, un'inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica<sup>5</sup> (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre "committente" o sociale<sup>6</sup> (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato). Ad esser più analitici, mentre nell'ipotesi di surrogazione per sola gestazione (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere,

<sup>4</sup> Una conferma di questa impostazione la si ritrova all'interno della stessa legge 40, la quale, se da un lato ha consentito il ricorso alle tecniche di PMA omologa, dall'altro ha riservato due distinti divieti, in separate previsioni normative, rispettivamente alle tecniche di PMA eterologa (art. 4, comma 3, da ultimo dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale) e alla surrogazione di maternità (divieto tuttora in vigore – la cui persistente vigenza è stata riaffermata dalla pronuncia appena citata con cui la Consulta ha espunto dal nostro ordinamento il divieto di eterologa – sancito dall'art. 12, comma 6, il quale punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità»). Anticipando quanto sarà più compiutamente riferito nel prosieguo della trattazione, si può fin da ora osservare come l'eterogeneità delle fattispecie considerate (PMA eterologa e surrogazione di maternità), unitamente alla considerazione della non perfetta coincidenza dei problemi giuridici posti, rende assai dubbia l'estensione per via analogica, alla violazione del divieto di *surrogacy*, delle soluzioni individuate dal legislatore (segnatamente agli artt. 8 e 9 della legge 40) in riferimento all'esecuzione di pratiche di PMA (omologa e, venuto meno il divieto, anche eterologa) ai fini dell'attribuzione della maternità legale e dell'esercizio delle azioni di stato. Converrà pertanto considerare partitamente le due fattispecie, vincendo le suggestioni di certa dottrina, incline a ricondurre concettualmente la surrogazione di maternità nella più generale categoria delle tecniche di PMA eterologa, seppur latamente intesa (come fa, ad esempio, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 29).

<sup>5</sup> Nella letteratura biogiuridica si parla anche, per identificare la medesima figura genitoriale, di madre gestazionale o portante o surrogata o sostituta.

<sup>6</sup> Di madre sociale, e analogamente di padre sociale, più precisamente potrà parlarsi, allorché, per la durata del tempo vissuto insieme con il minore, per la qualità della relazione e per il ruolo genitoriale in concreto assunto dall'adulto, questi – pur in mancanza del dato dell'appartenenza biologica – si comporti esteriormente da genitore e tale venga percepito dalla sensibilità sociale. L'instaurazione della genitura sociale richiede in altri termini il decorso di un apprezzabile lasso di tempo, necessario ad instaurare, in fatto, una relazione significativa con il nato, in mancanza della quale la donna che ha espresso il suo consenso alla *surrogacy*, senza fornire un ulteriore apporto dal punto di vista genetico o biologico, andrebbe più esattamente identificata come "madre committente". Siffatta precisazione, confortata dalla più recente giurisprudenza interna e internazionale sulla emergente rilevanza giuridica della maternità "sociale", è suggerita da F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 7-8, 712.

nella surrogazione per concepimento e gestazione la figura della maternità sociale rimane a sé stante, accompagnandosi ora a un'unica maternità genetica e biologica (nel caso in cui l'ovocita fecondato sia fornito dalla stessa gestante) ora a due ulteriori e distinte figure di maternità, corrispondenti alla donna donatrice dell'ovocita (madre genetica) e alla diversa donna "portatrice" della gravidanza (madre biologica)<sup>7</sup>.

Il risultato è quello di una sostanziale "destrutturazione" dell'identità materna e, conseguentemente, dell'identità del figlio, il quale prima o poi dovrà pur porsi il problema di quale sia la figura materna da prendere in riferimento tra le tante coinvolte nel processo generativo. Come esattamente messo in evidenza da una pronuncia di merito, fondamentale per il dibattito biogiuridico sulla *surrogacy* in Italia in un momento storico in cui risultava ancora incerta la sua ammissibilità alla stregua del quadro normativo anteriore alla legge 40 (che, come si è visto, senza possibilità di equivoci, ne ha reso esplicito il divieto), «la coincidenza tra maternità, gravidanza e parto è un costrutto fondamentale della nostra psicologia, e la figura di una madre genetica, ma non gestante, assume i contorni quasi di una *paternità femminile* che sembra contrastare con le stabili linee della concezione dei rapporti familiari e della procreazione»<sup>8</sup>. Una destrutturazione dell'identità materna, dunque, tanto radicale da rendere la pratica della surrogazione in sé di dubbia compatibilità col principio costituzionale di protezione della maternità sancito dall'art. 31, comma 2 Cost.

Ad ogni modo, per effetto delle pratiche surrogatorie (in particolar modo di quelle eterologhe), la maternità assume caratteri di sempre più marcata "procedimentalizzazione", che ne intaccano la naturale fisionomia "unitaria", mercé il coinvolgimento di figure diverse (la madre genetica, la madre biologica e la "committente"), tutte potenzialmente idonee a rivendicare un titolo di genitura esclusiva sul nato. Il diritto si muove quindi attualmente in un mare periglioso, essendo chiamato con maggior frequenza a stabilire quale tra i diversi soggetti che pure hanno dato un contributo causale alla realizzazione di quell'articolato "procedimento medico-legale" in cui si risolve la maternità surrogata debba essere considerato "genitore" agli effetti legali, con tutto quel che ne deriva in termini di assunzione dei diritti e delle connesse responsabilità sul nato. In particolare, ci si chiede se la prevalenza dovrà essere data in via di principio al fattore naturalistico o a quello volontaristico-sociale e, all'interno dello stesso fattore naturalistico, in caso di conflitto tra la madre genetica e quella uterina, quale sia quella a cui l'ordinamento debba accordare preferenza.

Il divieto di maternità surrogata posto dalla legge italiana<sup>9</sup>, benché presidiato da una sanzione penale di non irrilevante entità (reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro) – sanzione applicabile, oltre che alle cliniche e al personale sanitario coinvolto nella procedura, anche ai soggetti che vi ricorrono (coppia committente e madre surrogata)<sup>10</sup> – non risolve punto i divisati

<sup>7</sup> Cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*

<sup>8</sup> Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 4, 483.

<sup>9</sup> Peraltro in sintonia con la stragrande maggioranza dei Paesi dell'Europa continentale, mentre una posizione più aperta alla *surrogacy* presentano gli ordinamenti anglo-americani. Per una prospettiva comparatistica vedi A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2011.

<sup>10</sup> L'art. 12, comma 8 della legge 40, infatti, con riferimento alla fattispecie surrogatoria disciplinata al comma 6, non esenta da responsabilità l'uomo e la donna a cui sono applicate le relative tecniche, a differenza di quanto è previsto in caso di inosservanza degli altri divieti contemplati dai commi 1, 2, 4 e 5 del medesimo articolo.

problemi (potendo al massimo contribuire a prevenirli in virtù della forza deterrente della norma incriminatrice), dato che questi sono destinati a ripresentarsi tutte le volte che la maternità surrogata sia eseguita nonostante e contro il divieto legale. Questa “tragica” fatalità pone precisamente al diritto due ordini di problemi, che in via di principio andrebbero analizzati e risolti separatamente. Il primo attiene alla qualificazione civilistica degli accordi di maternità surrogata e alla conseguente regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali tra le parti dell’accordo in caso di inadempimento. Il secondo, più delicato e complesso, attiene invece al profilo dell’attribuzione della maternità legale e del connesso governo dello *status filiationis*.

Nel rispondere a questi interrogativi un’attenzione privilegiata andrà riposta invero sulle disposizioni dettate dalla legge 40 a proposito del divieto di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6) e della tutela del nascituro (artt. 8 e 9): queste, infatti, per quanto incomplete o insufficienti possano *prima facie* apparire, costituiscono il referente normativo più prossimo e specifico *in subiecta materia*. Inoltre, per quanto non specificamente disciplinato dalle disposizioni in esame, l’interprete non potrà non fare riferimento alle norme del codice civile: non è da escludere, infatti, che queste ultime, benché fossero state pensate originariamente dal legislatore per la sola filiazione naturale, possano assumere rilievo anche nel settore della procreazione medicalmente assistita, essendo tali norme, nella misura in cui esprimono principi e regole di carattere generale, indubbiamente presupposte dalla legge 40.

Nel ricondurre ad unità il sistema giuridico, l’interprete è insomma chiamato a muoversi come sempre lungo le linee tracciate dal diritto positivo, ricorrendo a tutti gli strumenti ermeneutici a sua disposizione al fine di chiarificare il significato delle previsioni normative e di colmare eventuali lacune, con uno sguardo d’insieme che assicuri coerenza al sistema nel quadro dei principi e dei valori accolti dalla nostra Costituzione. Il pericolo da scongiurare in questa materia così delicata è infatti proprio quello del soggettivismo ermeneutico e giudiziario, cui facilmente l’interprete cade quando, influenzato dal suo personale bagaglio ideologico e culturale, nel fare i conti con una legge controversa come la legge 40, si disperde in profili “meta-giuridici”, soffermandosi ad esporre le proprie convinzioni personali circa le scelte compiute dal legislatore anziché impegnarsi a comprendere appieno il significato della nuova normativa<sup>11</sup>.

Il solo modo per evitare questo pericolo è in verità quello di tenere presente che i valori morali, etici e perfino religiosi rilevanti per il giurista sono soltanto quelli che trovano accoglimento nelle norme positive e, in particolare, in quelle contenute nella Costituzione<sup>12</sup>, le quali, in questo come in ogni al-

<sup>11</sup> Così, tra gli altri, A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, 23, evidenzia come in questa materia «è necessario fare i conti, ad ogni istante, con implicazioni sociologiche, ideologiche, etiche e via enumerando» che «troppo facilmente possono tradursi in considerazioni meta-giuridiche, ovvero nella tentazione di piegare il dato positivo alla propria visione del mondo, scaturente dal bagaglio ideologico e culturale posseduto». Analogamente G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

<sup>12</sup> In questo senso vedi F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 630 ss., il quale sottolinea come la Costituzione (ma la considerazione potrebbe essere estesa alla generalità delle norme “assiologicamente connotate”, anche di rango non costituzionale) «consente l’introduzione all’interno dell’ordinamento di elementi che in una logica formale ne sarebbero estranei. È in

tro settore, non solo individuano i valori fondanti, ma ne tracciano al contempo il quadro di rilevanza, che si esplica in tre funzioni principali: quella di *limite* alla legittimità delle norme ordinarie; quella, cosiddetta *adeguatrice*, di orientamento dell'interprete nell'individuazione del significato delle norme ordinarie; quella, infine, cosiddetta *preceettiva*, che le norme costituzionali svolgono laddove trovano diretta applicazione nei rapporti intersoggettivi<sup>13</sup>.

## 2. Gli accordi di maternità surrogata: natura giuridica, validità, efficacia

Alla base della surrogazione di maternità vi è normalmente un accordo tra i principali protagonisti della vicenda procreativa (ossia i membri della coppia committente e la madre surrogata), in virtù del quale la surrogata si impegna a ricevere (nella surrogazione per concepimento e gestazione, anche a fecondare) l'embrione di una coppia sterile al fine di farlo sviluppare e a riconsegnarlo dopo il parto alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e i doveri propri dei genitori senza nessuna ingerenza della madre sostituta. L'accordo può essere stipulato a titolo gratuito o a titolo oneroso: mentre nel primo caso vi sono normalmente motivazioni "altruistiche", dettate dalla volontà di contribuire alla realizzazione del desiderio di genitorialità di una coppia sterile nel contesto di una collaborazione di genere tra donne o di uno scambio solidale tra famiglie, nel secondo caso si assiste invece a una vera e propria commercializzazione del corpo femminile altrui (quello della madre uterina) e delle connesse funzioni biologiche legate alla gestazione e al parto<sup>14</sup>.

Dalla onerosità o meno dell'accordo, una diffusa opinione fa dipendere la diversa qualificazione giuridica dello stesso in termini ora di contratto, ora di negozio giuridico (non patrimoniale). Si ritiene cioè che, in mancanza della pattuizione di un corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata difetterebbe del requisito della patrimonialità richiesto dall'art. 1321 c.c., non potendosi quindi considerare tecnicamente un contratto<sup>15</sup>. Tuttavia questa opinione, ad avviso di chi scrive, andrebbe superata, visto che non tiene in debito conto un aspetto in verità dirimente, vale a dire che la distinzione fra negozi patrimoniali (*in primis* il contratto) e negozi non patrimoniali (nella specie familiari) attiene non tanto alla onerosità o meno della prestazione dedotta (se così fosse, si dovrebbe infatti paradossal-

---

questa prospettiva che il giurista non può fare a meno della morale, della filosofia, della scienza. Ma è in questa stessa prospettiva che sarebbe erroneo affidarsi a criteri morali, etici, filosofici che non dovessero trovare nell'ordinamento un preciso "riconoscimento"».

<sup>13</sup> Su queste tre funzioni delle norme costituzionali vedi M.R. MORELLI, *Valori fondamentali della persona e tecniche di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 2, 237 ss.

<sup>14</sup> Al di là del profilo mercenario, che sicuramente incide sulla valutazione "sociale" negativa dell'accordo in questione con inevitabili riflessi – peraltro – sulla validità del "contratto" sotto il profilo del buon costume, dietro la maternità surrogata "a pagamento" potrebbero in concreto nascondersi più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne poco abbienti o in situazioni di estrema povertà, sui quali l'ordinamento dovrebbe attentamente vigilare e intervenire con opportuni strumenti di prevenzione e contrasto, anche nel quadro di una auspicabile regolamentazione della realtà del c.d. "turismo procreativo" (ossia della condotta di chi si reca all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di maternità surrogata, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato).

<sup>15</sup> Così, ad es., M. SESTA, *ult. op. cit.* Analoga opinione è espressa da Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, il quale osserva come debba parlarsi di "negozio" e non già di "contratto" laddove «difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo concesso il consenso per spirito di liberalità».

mente negare la natura di contratto a tutti quegli atti di disposizione patrimoniale che, come la donazione, sono posti in essere per spirito di liberalità e senza la previsione di un corrispettivo), quanto piuttosto alla natura dell'interesse soddisfatto, attingendo pertanto il profilo causale.

In questa prospettiva, dunque, è possibile distinguere i negozi giuridici in due categorie generali: a) negozi patrimoniali, che sono quelli volti a soddisfare interessi di natura patrimoniale (fra questi rientra il contratto, che secondo la definizione riportata dall'art. 1321 c.c. è l'accordo di più parti volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale); b) negozi familiari, che si riferiscono invece a rapporti familiari (e tra questi la figura più rilevante nel nostro ordinamento è il matrimonio)<sup>16</sup>. L'accordo di maternità surrogata, a ben vedere, rientra in quest'ultima categoria, presentandosi come un negozio familiare "atipico": infatti, anche nel caso in cui sia pattuito un corrispettivo in favore della madre surrogata, l'accordo (sotto il profilo causale) rimane pur sempre destinato a realizzare interessi di natura non patrimoniale, essendo diretto ad assicurare un figlio ad una coppia non in grado di procreare autonomamente e con rinuncia preventiva da parte della madre uterina a qualsivoglia diritto costei possa rivendicare, nella sua qualità di genitore biologico, nei confronti del nato. Rispetto alla preminente funzione familiare dell'accordo in questione, il quale presenta una evidente "vocazione" regolativa delle questioni relative allo *status filiationis* del bambino che in tal modo viene fatto oggetto di una vera e propria "cessione", l'elemento della onerosità della controprestazione eventualmente gravante sulla coppia committente assume un valore tutto sommato secondario, in ogni caso insufficiente a imprimere il sigillo della "contrattualità" al negozio.

Chiarita la reale natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, bisognerà valutarne gli effetti e, prima ancora, l'ammissibilità alla stregua del nostro ordinamento. La pronuncia che per prima si è occupata della questione nel nostro Paese<sup>17</sup> ha correttamente posto in evidenza come il "contratto" di affitto d'utero<sup>18</sup> non si risolve nell'impegno assunto dalla surrogata in ordine alla messa a disposizione di una parte del proprio corpo (l'utero per accogliere il concepito per l'appunto), ma ha come momento fondamentale la consegna del bambino e la rinuncia al riconoscimento del rapporto di filiazione da parte della madre surrogata. Argomenta pertanto il giudice che, se anche la funzione economico-sociale del contratto potrebbe essere lecita sotto l'aspetto finalistico ove non fosse previsto un corrispettivo – poiché in tal caso il negozio sarebbe diretto a realizzare uno degli scopi naturali della famiglia quale è appunto la procreazione – in ogni caso il contratto in questione dovrebbe considerarsi nullo in virtù del combinato disposto degli artt. 1418, co. 2 e 1346 c.c. per mancanza nell'oggetto dei prescritti requisiti di possibilità e liceità. Non possono infatti essere oggetto di un atto di autonomia privata le parti del corpo, che non sono beni in senso giuridico<sup>19</sup>, né a maggior ragio-

<sup>16</sup> Cfr. F. CARINGELLA, V. DE GIOIA, *Compendio di diritto civile*, Roma, 2013, 79.

<sup>17</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, 5 con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*.

<sup>18</sup> La fattispecie esaminata dal Tribunale monzese atteneva a un caso di surrogazione di maternità per concepimento e gestazione "a pagamento", visto che la madre surrogata si era impegnata, dietro compenso, a consegnare il bimbo da lei (concepito e) partorito alla coppia committente a seguito dell'avvenuta fecondazione col seme del marito della coppia.

<sup>19</sup> Il consenso prestato in tal senso sarà pertanto sempre liberamente revocabile da parte dell'interessata. In ogni caso, rileva il Tribunale, l'affitto dell'utero, pur non cagionando una diminuzione permanente dell'integrità fisica della donna, esula dai limiti di ammissibilità fissati dall'art. 5 c.c., dovendosi considerare contrario all'ordine pubblico e al buon costume.

ne può essere considerato un bene giuridico il nascituro né, infine, possono essere negoziati gli *status* personali, per i quali vige nel nostro sistema un principio di assoluta indisponibilità. A ulteriore conferma del ragionamento ora esposto, il Tribunale dichiara altresì che non è dato desumere dalla nostra Carta fondamentale l'esistenza di un diritto incondizionato alla procreazione come «aspetto particolare del più generale diritto alla personalità [...]», non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole, in sé si intende tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo o, comunque, che sia emerso nella considerazione del costituente un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte cioè da un qualche fondamento biologico, relegate sotto l'esautivo governo dell'autonomia privata e suscettibili di cancellare dal mondo giuridico quelle naturali». Al contrario, secondo il giudice monzese, il rapporto biologico è stato considerato dal costituente presupposto necessario per l'individuazione e l'esercizio dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili spettanti alle parti del rapporto di filiazione. In quest'ottica, il ricorso a una famiglia "sostitutiva" (eventualità che si concretizza primariamente con l'adozione dei minori in stato di abbandono) assume un carattere puramente sussidiario, trattandosi di una soluzione "estrema" da limitare, in conformità al disposto dell'art. 30 Cost., ai soli casi di incapacità della famiglia di origine (individuata in quella "di sangue").

In conclusione, secondo la pronuncia or ora brevemente passata in rassegna, il contratto di maternità surrogata sarebbe nullo, e quindi improduttivo di effetti, per impossibilità e illiceità dell'oggetto, vertendo su "cose" (parti del corpo e nascituro) che non possono essere considerate dei beni in senso giuridico e su diritti indisponibili. Nelle ipotesi in cui sia previsto un corrispettivo, inoltre, la nullità sarà determinata anche dall'illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e, nel caso in cui il contratto sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, sarà altresì nullo perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

La rigorosa impostazione del giudice monzese, seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito degli anni immediatamente successivi<sup>20</sup>, viene tuttavia revocata in dubbio circa dieci anni più tardi da una innovativa pronuncia del Tribunale di Roma<sup>21</sup>. Il giudice capitolino, prendendo le distanze dal prece-

<sup>20</sup> Cfr. App. Salerno, sez. minori, (decr.) 25 febbraio 1992 e Trib. minorenni Taranto, 3 febbraio 1999, in *Famiglia e diritto*, 1999, 5, 483 con nota di E. RAVOT, "Cessione" del figlio e stato di abbandono. Tuttavia si segnala negli stessi anni una significativa pronuncia di segno contrario del Tribunale dei minorenni di Roma (decr. 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 188), la quale, affrontando il tema del riconoscimento da parte del padre genetico di una figlia nata da madre surrogata, afferma incidentalmente che «il metodo seguito dai coniugi (genitori committenti) non trova divieto nel diritto vigente: per cui, da questo punto di vista, essi hanno occupato uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa [argomento alquanto ardito, in quanto contraddice il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, secondo il quale non vi è lacuna nell'ordinamento che non possa essere colmata dall'interprete mediante il ricorso agli strumenti integrativi all'uopo previsti dalla legge – art. 12 cpv. disp. prel. al c.c. – ovvero sia l'*analogia legis* e l'*analogia iuris*, n.d.A.]» non potendosi così «sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito e compensato il concepimento della bambina».

<sup>21</sup> Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 con nota critica di M. SESTA, *op. cit.* Il caso portato all'attenzione del giudice capitolino è sensibilmente diverso da quello deciso dal Tribunale di Monza nel 1989, avendo ad oggetto un'ipotesi di maternità surrogata (omologa) per sola gestazione e a titolo puramente gratuito. Il che contribuisce a spiegare la diversità di impostazione seguita e di soluzione adottata, peraltro non senza qualche forzatura dei principi giuridici e con un apparato motivazionale non sempre fluido, in cui il piano *de iure condito* e quello *de iure condendo* si confondono tra loro, sì da lasciare ampio spazio – secondo le condivisibili osservazioni di M. Sesta – al soggettivismo dell'organo giudicante.



dente monzese, rilevata l'assoluta mancanza di corrispettività nel caso di specie, conclude per la piena validità ed efficacia del negozio di maternità surrogata, spendendo l'argomento per cui quest'ultimo, nel caso di specie, sarebbe diretto – sotto il profilo causale – a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), individuabile nel "diritto alla procreazione": diritto dotato – nell'argomentare dell'organo giudicante – di sicuro ancoraggio costituzionale in quanto «direttamente collegato a quello, costituzionalmente garantito, di manifestazione e svolgimento della personalità». Le difficoltà relative all'impossibilità ed illiceità dell'oggetto del "contratto", che il giudice monzese ricavava dalla assoluta indisponibilità dello *status* del nato, vengono praticamente eluse sulla scorta di una sorprendente interpretazione "evolutiva", che consente di fatto al giudice romano di disapplicare la regola desumibile dall'art. 269, comma 3 c.c. (per cui "madre" in senso giuridico è colei che partorisce), attribuendo la maternità legale alla donna committente. Sostiene, infatti, il Tribunale che solo in apparenza si è «in presenza di un'abdicazione al ruolo parentale della madre surrogata», dato che «l'irrinunciabile attribuzione delle potestà genitoriali è da collegare al fatto procreazione [...] [da non intendersi] come fatto materialisticamente considerato, dovendo essere ravvisato in un fatto umano, in un comportamento cioè rivolto alla procreazione secondo la normale valutazione sociale. Ora, tale significato dell'agire dell'uomo non pare assolutamente rintracciabile nei comportamenti di mera locazione dell'utero, quando sia da ritenersi estranea una qualsiasi assunzione del ruolo genitoriale». Ragion per cui «sembra corretto il superamento dello stato familiare originario solo quando, a seguito dell'accertamento e del controllo giudiziale, si riveli come non più auspicabile il mantenimento di una qualificazione giuridica a mero schema formale, quando cioè la famiglia biologica non rappresenti più un luogo privilegiato di sviluppo della personalità del minore».

Al riguardo, accorta dottrina<sup>22</sup> – a commento della pronuncia – aveva avuto occasione di rilevare che, pur in assenza di divieti espliciti, la *surrogacy*, nel condurre a una maternità scissa dal parto, «sembra confliggere con quanto disposto dagli artt. 269, comma 3, 239 e 248 c.c., anche in relazione all'art. 567 c.p. Le norme richiamate, infatti, fissano il principio per cui la maternità coincide con il parto, il che significa che, allo stato della legislazione, non sembra possibile attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito», pervenendo alla conclusione che il Tribunale di Roma, nel radicare il rapporto di parentela con la madre genetica (e committente del parto) abbia di fatto consentito «la formazione di uno *status* al di fuori di ogni indice previsto dalla legge» e impedito di contro «la formazione di uno *status* non voluto (quello di figlio della partoriente), assolutamente conforme ai dati normativi esistenti».

Il divieto in esame, pur desumibile implicitamente dai parametri normativi appena evocati, da ultimo è stato esplicitato dall'art. 12, comma 6 della legge 40, che nel sanzionare penalmente la surrogazione di maternità *tout court*, senza distinguere la locazione d'utero dalle ipotesi di surrogazione a titolo gratuito, parrebbe confermare *in toto* la ricostruzione del giudice monzese, eliminando ogni incertezza circa le sorti del negozio di maternità surrogata, di cui senza ombra di dubbio oggi può predicarsi la nullità *ex art. 1343 c.c.* per contrarietà della causa a norma imperativa. La sanzione civilistica della nullità negoziale colpisce pertanto tutti gli accordi di maternità surrogata, tanto quelli "gratuiti" quanto quelli "onerosi". Ne consegue che l'accordo in quanto tale non è idoneo a costituire alcun

<sup>22</sup> Cfr. ancora M. SESTA, *op. cit.*

vincolo obbligatorio tra le parti, potendo le stesse recedere liberamente e in qualsiasi momento dagli impegni assunti<sup>23</sup>, senza per questo incorrere in responsabilità *ex contractu*. L'accordo, inoltre, a motivo della sua radicale nullità e dell'indisponibilità delle posizioni di *stato* sottostanti, non è in grado di apportare di per sé alcuna modificazione al rapporto di filiazione, che si costituirà normalmente nei modi di legge con la donna e con l'uomo che l'ordinamento riconosce inderogabilmente quali genitori del nato.

### 3. Accordi di maternità surrogata e buon costume: il problema delle restituzioni e la *soluti retentio*

Con riguardo alla maternità surrogata "a pagamento" si pone l'ulteriore problema delle "restituzioni" di quanto la coppia committente abbia eventualmente corrisposto alla surrogata che, contravvenendo agli impegni originariamente assunti, non abbia portato a termine il suo compito, avendo in un secondo momento o revocato il consenso all'impianto dell'embrione o deciso di interrompere la gravidanza iniziata ovvero essendosi rifiutata, nell'esercizio delle proprie prerogative di madre "biologica", di "consegnare" il bimbo ai genitori "committenti" dopo la nascita.

Il problema delle "restituzioni" andrebbe risolto alla luce dei principi generali sulla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), tenendo conto della natura della prestazione ricevuta ai fini di una sua valutazione in termini di "immoralità" ai sensi dell'art. 2035 c.c. (operando in questo caso la regola della *soluti retentio*). Al riguardo merita ricordare come nei discorsi degli scrittori precedenti all'approvazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita<sup>24</sup> il rifiuto degli accordi di maternità surrogata "a pagamento" traeva le sue più condivisibili giustificazioni in relazione alla contra-

<sup>23</sup> Rileva in contrario un Autore (G. OPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, 329 ss.) che «va riconosciuto, quando concorrano volontà e responsabilità, il dovere di condurre a termine il compito che la madre surrogata si è assunto, giacché il rispetto della vita prevale sul rispetto della norma che vieta la surrogazione». Secondo questo orientamento dovrebbe ritenersi illegittima la revoca del consenso all'impianto dell'embrione dopo il concepimento o l'interruzione della gravidanza che sia stata volontariamente intrapresa dalla madre portante. A dire il vero, un ripensamento circa la prosecuzione della procedura surrogatoria – una volta fecondato artificialmente l'embrione destinato all'impianto nell'utero della madre sostituita – non sarebbe ammissibile per la sola coppia committente, dovendo ritenersi applicabile per analogia la regola (dettata da elementari ragioni di tutela del nascituro) posta dall'art. 6, comma 3 della legge 40, che consente alla coppia di revocare il consenso prestato alla procedura di PMA fino al momento della fecondazione dell'ovulo. La madre surrogata, cui si chiede di condurre la gravidanza, non può invece ritenersi vincolata al consenso precedentemente prestato, non potendosi da un lato ipotizzare un impianto coattivo dell'embrione nel suo utero (per il quale manca una precisa disposizione di legge che imponga il relativo "trattamento obbligatorio" a norma dell'art. 32, comma 2 Cost.) né dall'altro negare il diritto di interrompere la gravidanza riconosciute dalla legge 194/1978 appunto nell'ottica del bilanciamento tra il diritto alla vita del concepito e quello alla salute della madre. Non sarebbe da escludere, tuttavia, in linea teorica, una volta riconosciuta la soggettività giuridica dell'embrione (punto sul quale, invero, dottrina e giurisprudenza risultano allo stato attuale profondamente divise al loro interno), la facoltà dei genitori genetici di agire in giudizio contro la madre uterina che, del tutto immotivatamente e al di fuori dei casi previsti dalla legge 194, decida di interrompere la gravidanza volontariamente intrapresa, ponendo pertanto il diritto alla vita del nascituro a fondamento di una pretesa risarcitoria poggiante su un autonomo titolo di responsabilità extracontrattuale.

<sup>24</sup> V. per tutti M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale e rapporto di filiazione*, in *Giur. merito*, 1990, 79.

rietà dell'atto di autonomia privata ai canoni del "buon costume"<sup>25</sup>. In breve, il ripudio della strumentalizzazione del corpo femminile e il rifiuto di concepire rapporti di scambio economico attorno alla disponibilità di funzioni così intime ed essenziali come quelle della riproduzione e della gestazione conducevano ad una unanime condanna, sotto il profilo della morale comunemente accettata, della locazione d'utero. Rilievi non dissimili, come si è visto sopra, avevano indotto i giudici di merito, pur profondamente divisi in ordine all'ammissibilità dei "contratti" di maternità surrogata puramente "gratuiti"<sup>26</sup>, a convergere sulla qualificazione in termini di illiceità *ex art. 1343 c.c.* degli accordi surrogatori a titolo oneroso.

La problematica relativa all'"immoralità" del contratto di maternità surrogata "a pagamento", a ben considerare, è soltanto in apparenza superata dal divieto esplicito di surrogazione introdotto dalla legge 40, da cui deriverebbe inequivocabilmente e in ogni caso la nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. Per la giurisprudenza di legittimità<sup>27</sup>, infatti, l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative, e quindi nullo per tale ragione, non impedisce un'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale "immoralità" al fine di negare l'azione di ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c., a tenore della quale «colui che ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al costume non può ripetere quanto ha pagato».

Da parte sua, attenta dottrina, prima ancora dell'approvazione della legge 40, segnalava, secondo una lettura condivisa, l'opportunità di distinguere, nel contesto di rapporti e situazioni normalmente riprovati secondo la coscienza comune, il piano di ciò che attiene alla qualificazione "teorica" (giuridica e morale) degli impegni assunti col contratto (di regola contrassegnata, come nel caso della maternità surrogata, da motivi di censura e di condanna) da quello relativo alla dimensione "concreta" del fatto compiuto. In tal senso, più che sul *contratto*, il controllo dell'interprete cade sulla valutazione dell'*atto* in cui consiste la *solutio*, rispetto al quale occorre considerare, sul piano di un "misurato" e "sobrio" controllo di giuridicità, il valore che pure verrebbero ad assumere i motivi o le forme concrete attraverso cui i rapporti "immorali" ebbero a prendere vita, a svolgersi e a compiersi, al fine di svelare, attraverso il sindacato sull'eventuale intollerabilità dei modi concreti di esercizio della *solutio retentio*, la dimensione abusiva della stessa pretesa di conservazione della prestazione ricevuta<sup>28</sup>. Insomma, pur in presenza di un contratto nullo per contrarietà della causa alle regole deontologiche

<sup>25</sup> Secondo una diffusa opinione, «i buoni costumi costituiscono un corpo di regole deontologiche non formalizzate pregiuridiche», in quanto la clausola generale che dà ingresso al buon costume «comporta il rinvio da parte del legislatore a valutazioni non formulate dal diritto». Pertanto, se «nel corpo sociale è viva l'opinione che un atto sia contrario ai buoni costumi, il giudice fa sua quella opinione e la valutazione in questione diventa la base della contrapposizione tra contratto lecito e illecito» giusta il combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1343 c.c. La nozione di buon costume fa dunque riferimento ad un «minimo etico condiviso» dalla coscienza sociale di cui il giudice si fa interprete ai fini della valutazione in termini di illiceità di un atto di autonomia privata. In questi termini sostanzialmente v. G.B. FERRI, *Buon costume - II Diritto civile* (voce), in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1995.

<sup>26</sup> V. al riguardo le contrapposte posizioni rispettivamente di Trib. Monza, 27 ottobre 1989 e Trib. Roma 17 febbraio 2000.

<sup>27</sup> Cass. n. 4414 del 1981, in *Foro it.*, 1982, 1, 1679.

<sup>28</sup> In questi termini, P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1 ss.; ora in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 215 ss.

del buon costume, il *solvens* potrebbe fondatamente richiedere la restituzione di quanto versato alla controparte in esecuzione del titolo nullo, qualora la pretesa di ritenzione da parte dell'*accipiens* risulti "abusiva". In tal caso, infatti, non potendo operare, proprio in quanto "abusiva", il congegno della *soluti retentio* contemplato dall'art. 2035 c.c., tornerebbe a valere il principio generale di cui all'art. 2033 c.c., a mente del quale «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato».

La ritenuta riferibilità delle regole ora esposte al settore specifico dei negozi di maternità surrogata consente, a questo punto, di condurre agevolmente a soluzione le questioni relative al *regime* dei rapporti patrimoniali intercorrenti tra le parti dell'accordo surrogatorio.

A questo proposito, pare ragionevole operare una distinzione preliminare tra rimborso delle spese sostenute dalla madre gestazionale e compenso per la *locatio ventris*. Ebbene, la pattuizione e la relativa corresponsione, ad opera dei genitori committenti, di un semplice rimborso in favore della madre gestazionale per le spese (mediche, ospedaliere, alimentari, ecc.) sostenute (o da sostenere) a fronte delle elementari esigenze di vita e di sostentamento tanto della gestante quanto del bambino nel periodo della gravidanza non sembra connotare in termini di onerosità l'accordo né giustificare un giudizio di "riprovazione" da parte del corpo sociale, inserendosi piuttosto nella cornice di un comprensibile rapporto di solidarietà umana e familiare. Nondimeno, neppure in questo caso quanto percepito dalla madre surrogata dovrebbe essere restituito (benché la prestazione ricevuta non sia in concreto contraria al buon costume), trattandosi all'evidenza, da parte del *solvens*, di mero adempimento di obbligazioni naturali ex art. 2034 c.c. (a norma del quale «non è ammessa la ripetizione di quanto *spontaneamente* prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace»), a nulla rilevando che il *solvens* abbia per errore (di diritto) ritenuto di adempiere ad una obbligazione civile. Infatti, il requisito della *spontaneità* dell'adempimento richiesto dall'art. 2034 c.c., secondo la prevalente dottrina<sup>29</sup>, postula semplicemente la mancanza, nei confronti del *solvens*, di coazione da parte dello stesso creditore naturale o di terzi, mentre ai fini della ripetizione di quanto prestato non rileva l'erronea convinzione di aver adempiuto a un dovere giuridico.

Un discorso sensibilmente diverso deve farsi allorché la parte "committente" accordi alla madre sostituta un vero e proprio compenso per l'opera prestata, comprensiva della "cessione" del nato. In tal caso, l'accordo di surrogazione finisce per inserirsi nell'ambito di una operazione commerciale – sicuramente riprovata dalla coscienza sociale – avente ad oggetto proprio la funzione gestazionale e materna. La corresponsione di una retribuzione alla madre surrogata concretizza pertanto una prestazione contraria al buon costume anche da parte del *solvens*, tale da impedirne la ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c. (infatti, come recita il brocardo, *in pari causa turpitudinis, melior est condicio possi-*

<sup>29</sup> Così, ad es., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009 osserva che nel contesto dell'art. 2034 c.c. «il legislatore ha utilizzato l'espressione spontaneamente e non volontariamente, in tal modo chiarendo che, se da un lato è indispensabile che l'esecuzione non sia frutto di una coazione ad agire subita dal *solvens* (cioè dal debitore naturale), dall'altro non rileva che il *solvens* stesso abbia eseguito la prestazione ritenendo di esservi vincolato per aver scambiato l'obbligazione naturale per un'obbligazione civile, cioè giuridica. Ne consegue che se la violenza subita è sempre rilevante, l'errore è invece sempre irrilevante, nel senso che non legittima la ripetizione di quanto prestato».

*dentis*). Ed è chiaro che il giudizio di “immoralità” sarà ancor più severo se vi è stato approfittamento, da parte dei soggetti richiedenti, della eventuale situazione di indigenza della madre surrogata. Non bisogna d'altra parte nascondersi il pericolo che sia la stessa madre surrogata, ancorché in situazione di inferiorità economica, a tenere comportamenti opportunistici, ricattando la coppia committente mediante la reiterata richiesta di “maggiorazioni” retributive quale condizione per la “rinuncia” alla rivendicazione dei propri diritti parentali sul nato<sup>30</sup>. In casi del genere, la *soluti retentio* costituirà senz'altro abuso del diritto previsto dall'art. 2035 c.c., ragion per cui la prestazione ricevuta dovrà essere restituita in base alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c.

#### 4. Accordo di surrogazione e inosservanza degli impegni assunti: margini per una eventuale responsabilità aquiliana della madre surrogata?

Esclusa ogni forma di responsabilità contrattuale per la madre surrogata che venga meno ai patti assunti, dobbiamo chiederci se residuino spazi per la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale della madre sostituita nei confronti tanto del concepito quanto della coppia committente<sup>31</sup>. Si è visto sopra<sup>32</sup> come il rifiuto, da parte della donna portante, di ricevere nel proprio utero l'ovulo già fecondato per via extracorporea costituisce espressione del diritto della persona di revocare in qualunque momento il consenso prestato a un trattamento sanitario (che, in mancanza di una espressa previsione di legge in senso contrario, è da reputarsi evidentemente come non obbligatorio): diritto dotato di sicuro ancoraggio costituzionale, essendo desumibile dall'art. 32, comma 2 Cost.<sup>33</sup> nonché dall'art. 5, comma 3 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina<sup>34</sup>. L'esercizio di un tale diritto, per quanto confliggente in ipotesi – nell'ottica, si intende, della soggettività giuridica dell'embrione – col diritto alla vita del concepito, finirebbe, infatti, col privare il danno del requisito dell' “ingiustizia”, indispensabile ai fini del risarcimento<sup>35</sup>. Lo stesso dicasi nel caso in cui, a gravidanza avviata, la madre surrogata decida di interromperla nel rispetto – si intende – della legge 194. Quanto alla configurabilità di una responsabilità aquiliana direttamente riferibile alla posizione giuridica dei membri della coppia committente, due sono gli ostacoli che potrebbero in teoria prospettarsi: il primo attiene all'identificazione della posizione giuridica soggettiva violata, essendo dubbia la

<sup>30</sup> Questo, ad esempio, era quanto accaduto nel caso concreto deciso dal Tribunale di Monza nella prima pronuncia italiana in argomento. In quell'occasione, infatti, la madre surrogata (una ragazza algerina immigrata), dopo aver reiterato le richieste di denaro oltre quelle originariamente convenute, rifiutava di consegnare il bambino partorito alla coppia committente.

<sup>31</sup> Nel primo caso i genitori genetici (committenti) agiranno – come è ovvio – *iure alieno* (nell'interesse del figlio), mentre nel secondo caso agiranno verso la surrogata per il risarcimento del danno *iure proprio*.

<sup>32</sup> V. nota n. 23

<sup>33</sup> A mente del quale «Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

<sup>34</sup> Il quale, in materia di consenso informato al trattamento medico, stabilisce che il medesimo può essere «liberamente» ritirato «in qualsiasi momento».

<sup>35</sup> Infatti, secondo un consolidato orientamento, affinché il danno sia “ingiusto” ai sensi dell'art. 2043 c.c., non basta che sia *contra ius* (cioè lesivo di un interesse altrui giuridicamente rilevante), ma occorre anche che sia *non iure* (ossia non necessitato o facoltizzato dall'ordinamento): il che precisamente non accade quando la condotta, seppur lesiva di un interesse altrui giuridicamente protetto, sia posta in essere nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere.

stessa esistenza di un diritto soggettivo *assoluto* a diventar genitori (anche se in senso affermativo sembrerebbe essersi orientata recentissimamente la Corte costituzionale nella sentenza che ha fatto venir meno dal nostro ordinamento il divieto di PMA eterologa<sup>36</sup>); il secondo attiene alla concorrente posizione giuridica vantata dalla madre surrogata, che, qualora dovesse essere ritenuta dal giudice come la “vera” madre dal punto di vista giuridico secondo la regola di attribuzione della maternità introdotta dall’art. 269, comma 3 c.c. (a mente del quale è madre colei che ha partorito), avrebbe non solo il diritto, ma altresì il dovere di rifiutare la “consegna” del figlio appena nato alla coppia committente. Anche in questo caso, il danno, ancorché in ipotesi *contra ius* (in quanto astrattamente lesivo del preteso diritto alla genitura dei membri della coppia committente), sarebbe in concreto scriminato dall’esercizio, da parte della madre surrogata, dei diritti e dei doveri inerenti al suo *status* di madre, e pertanto non potrebbe definirsi *non iure*.

A conclusioni opposte, invece, dovrebbe pervenirsi qualora la maternità legale fosse riconosciuta in capo alla donna committente. In tal caso, infatti, ammessa l’esistenza di un diritto soggettivo a diventare genitori, la mancata consegna del bambino da parte della madre uterina concretizzerebbe una lesione della posizione giuridica soggettiva vantata dai genitori “committenti”, per di più non giustificata dall’esercizio di alcun diritto da parte della “madre” portante (in quanto priva, appunto, di un effettivo *status* di madre). Il danno patito dalla coppia committente, in base a questa ricostruzione, sarebbe quindi certamente “ingiusto”, in quanto *non iure* e *contra ius*. Ai fini della responsabilità aquiliana (derivante dalla mancata “consegna” del bambino appena nato alla coppia committente<sup>37</sup>) assume pertanto un ruolo fondamentale la risoluzione delle questioni relative allo *status* di madre: questione di cui adesso dovremo occuparci.

### 5. Questioni di *status* del nato da PMA: è applicabile alla surrogazione di maternità la regola di attribuzione della genitura stabilita dall’art. 8 della legge 40?

Come si è anticipato in premessa, la surrogazione di maternità determina una netta dissociazione tra la maternità genetica e quella gestazionale, che non ha precedenti nella storia dell’umanità e si affianca alla dissociazione tra la genitura genetica e quella “sociale”, già effetto delle tecniche di PMA (eterologa). Se da un lato, dunque, la mancata coincidenza della maternità genetica con quella “sociale” – possibile nell’ambito della sola surrogazione di maternità eterologa – potrebbe far apparire ragionevole l’estensione delle regole di *status* ricavabili dal combinato disposto degli artt. 8 e 9 della legge 40 al fine di dirimere l’eventuale conflitto tra la madre genetica (in ipotesi distinta da quella

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost. n. 162 del 2014. Al n. 6 della parte motiva il giudice delle leggi osserva, infatti, che la scelta della coppia sterile o infertile di diventare genitori «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», aggiungendo poco dopo che questo fondamentale diritto può essere limitato dal legislatore solo a fronte dell’esigenza di tutelare interessi di pari rango.

<sup>37</sup> Mentre, per le ragioni già viste, la revoca del consenso all’impianto dell’embrione procreato artificialmente, così come l’interruzione volontaria della gravidanza nei casi ammessi dalla legge, non costituiscono un atto illecito ai sensi dell’art. 2043 c.c. (essendo al contrario espressione di diritti e facoltà legittime).

biologica) e la madre sociale<sup>38</sup>, dall'altro l'ulteriore dissociazione della maternità uterina da quella genetica (peculiare della sola maternità surrogata, in qualsiasi forma venga realizzata, ma non anche della PMA eterologa) rende assai problematica l'estensione in via analogica delle medesime regole all'interno della fattispecie surrogatoria al fine di dirimere l'eventuale conflitto tra la madre genetica (che sia anche "committente") e la madre biologica<sup>39</sup> ovvero tra la madre biologica (che sia anche madre genetica) e la donna committente<sup>40</sup>.

Appare evidente, infatti, come la regola enunciata dall'art. 9, comma 3 della legge 40 – che nell'ambito della fecondazione artificiale eterologa esclude rilevanza al mero dato genetico ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione – non possa essere utilmente impiegata al fine di dirimere le questioni di *status* del nato nell'ambito della maternità surrogata, ove la maternità genetica sovente convive con altri "titoli" di maternità (quella "sociale" e quella gestazionale) egualmente idonei a giustificare una relazione parentale "esclusiva" col nato<sup>41</sup>. La sola indicazione certa che si può ricavare dalla disposizione citata è che, in caso di surrogazione eterologa per sola gestazione (allorché l'ovocita provenga da una terza donatrice)<sup>42</sup>, la ovodonatrice non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato; ma anche in questa peculiare fattispecie rimarrebbe il problema di stabilire a quale delle altre due donne (se a quella "uterina" o alla committente) debba essere attribuita la qualità di

<sup>38</sup> Con attribuzione della maternità a quest'ultima, in ossequio al principio di responsabilità procreativa sotteso ai riferimenti normativi appena evocati.

<sup>39</sup> Eventualità che si verifica precisamente nell'ambito della surrogazione (omologa) per sola gestazione.

<sup>40</sup> Evenienza che si verifica nell'ambito della surrogazione per concepimento e gestazione.

<sup>41</sup> Non convince sul punto l'argomento proposto in contrario da M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2007, secondo cui il tema dell'attribuzione della maternità, in caso di violazione del divieto imposto dalla legge 40, deve ritenersi risolto "in radice" in forza del disposto di cui all'art. 9, comma 3 della medesima legge, il quale confermerebbe «che la donna che ha partorito è l'unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l'embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (la madre committente)». La tesi – che sconta i limiti dell'estensione analogica di una regola dettata per la PMA eterologa a una fattispecie, quella surrogatoria, tipologicamente assai diversa – non tiene conto di alcuni aspetti fondamentali implicati nella vicenda *de qua*: in primo luogo bisogna rilevare, sul piano della *ratio legis*, che la soluzione offerta dall'art. 9, co. 3 in tema di eterologa parte dal presupposto che la donatrice (o il donatore) di gameti non siano interessati ad assumersi la responsabilità genitoriale del bambino che dovesse eventualmente essere procreato per iniziativa di un'altra coppia con procedure fecondative artificiali (cosa che evidentemente non può dirsi, nell'ambito della surrogazione di maternità, della donna che "commissioni" ad altra la gestazione di un embrione che geneticamente le appartiene); in secondo luogo, si osservi che, nella surrogazione di maternità, la coppia committente non si limita a fornire, in tutto o in parte, i propri gameti per la procreazione, ma piuttosto conferisce alla madre surrogata un embrione già formato, e quindi un principio di vita individualizzato, che è cosa ben diversa rispetto alla semplice donazione di gameti. La diversità di *ratio* e la non omogeneità delle situazioni comparate impediscono di conseguenza – una volta esclusa un'applicazione diretta della norma in questione, che si riferisce alla sola PMA eterologa di cui all'art. 4, comma 3 e non anche alla surrogazione di maternità il cui divieto si rinviene invece nell'art. 12, comma 6 – un'applicazione in via analogica della disposizione considerata alla fattispecie surrogatoria. Ove ciò non bastasse, si ponga mente all'ulteriore rilievo formulato da attenta dottrina (cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*, nota n. 18) secondo cui non sempre la surrogazione di maternità realizza una vicenda procreativa di tipo eterologo, dovendosi di conseguenza sicuramente escludere l'applicazione dell'art. 9, comma 3 nei casi di surrogazione omologa in cui l'embrione sia stato fecondato con gameti esclusivamente della coppia committente.

<sup>42</sup> È questo, infatti, il solo caso in cui si realizza, in capo a tre differenti persone, una dissociazione completa tra le figure della madre biologica, genetica e committente (o sociale).

madre. L'art. 9, invece, non suscita particolari dubbi applicativi nell'ambito di quella fattispecie solo in apparenza surrogatoria da noi denominata "gravidanza eterologa", riconducibile, come si è visto, ad una PMA eterologa *ex latere matris*, ottenuta mediante la donazione di ovuli da fecondare col seme del partner *maschio* della coppia. L'ipotesi da ultimo considerata, infatti, è perfettamente suscumbibile all'interno della disposizione considerata, che conduce al risultato di attribuire al nato lo stato di figlio della coppia e all'esclusione di qualsiasi rapporto fra il medesimo e la terza donatrice dell'ovulo<sup>43</sup>.

Nel contesto della maternità surrogata, il vero problema – proprio a motivo della mancanza di una disciplina espressa e della impossibilità di estendere in via analogica le soluzioni individuate dall'art. 9 della legge 40 con riferimento specifico alla PMA eterologa – consiste nel capire se la regola per dirimere il conflitto tra la madre biologica e quella sociale (data la ritenuta irrilevanza nella materia *de qua*, come si ricordava, del semplice dato dell'appartenenza genetica) debba essere desunta dai principi che regolano la filiazione naturale<sup>44</sup> o da quelli che presiedono alla filiazione *artificiale*<sup>45</sup>. Il dilemma così posto deriva appunto dalla natura "composita" della fattispecie surrogatoria, la quale, pur necessitando a monte dell'esecuzione di una pratica di PMA omologa o eterologa, non può fare a meno di una gravidanza e di un parto "naturali"<sup>46</sup>. La sua soluzione, pertanto, passa attraverso la necessaria evidenziazione delle relazioni intersistemiche intercorrenti tra la disciplina generale della filiazione stabilita dal codice civile e la disciplina della filiazione da PMA ricavabile dagli artt. 8 e 9 della legge 40, che rispetto alla prima riveste evidentemente carattere di specialità.

L'analisi a cui si dà ora avvio è dunque volta a definire l'esatto ambito di operatività dell'art. 8 della legge 40 al fine di verificare se la regola ivi enunciata possa valere anche nel caso di violazione del divieto di *surrogacy* sancito dall'art. 12, co. 6 (proprio come fino a poco tempo fa avveniva per espressa volontà del legislatore a proposito del divieto – venuto poi meno a seguito di Corte cost. n. 162/2014 – di fecondazione eterologa). Infatti, qualora non dovesse trovare applicazione la regola di attribuzione della genitura ricavabile dall'art. 8 cit., tornerebbe inevitabilmente ad applicarsi la disciplina codicistica – in quanto disciplina di carattere generale – con conseguente attribuzione della maternità in base al criterio naturalistico del parto di cui all'art. 269, comma 3 c.c. D'altro canto, ai fini della

<sup>43</sup> Cfr. R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 154 ss. e Id., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, VII, Agg. (gennaio 2003-giugno 2006), Milano, 2006, 325 nonché F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 75.

<sup>44</sup> Che inducono a riferire la relazione di maternità alla madre portante, giusta il disposto dell'art. 269, comma 3 c.c., per cui «La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

<sup>45</sup> I quali porterebbero a radicare la relazione parentale in capo alla coppia committente (e quindi a preferire la madre "sociale"), secondo la previsione di carattere generale di cui all'art. 8 della legge 40, per cui «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'art. 6».

<sup>46</sup> È pur vero che da una gravidanza e da un parto naturali non si prescinde neppure nell'ambito delle comuni tecniche di PMA; tuttavia, a differenza di queste ultime, nella surrogazione di maternità la gravidanza e il parto sono affidati a una donna diversa da quella da cui prende inizio il "progetto" procreativo. Tanto basta, ad avviso dello scrivente, a rendere le due ipotesi non omogenee e a dover pertanto mettere in allarme l'interprete circa la possibilità di risolvere l'indicato dilemma applicando de plano alla fattispecie surrogatoria la regola di cui all'art. 8 della legge 40. Ma su questa complessa questione si argomenterà ampiamente più avanti.



risoluzione del quesito in questione, non potrebbe attribuirsi valore decisivo alla constatazione della nullità del negozio di maternità surrogata: la radicale nullità degli accordi di maternità surrogata, come si è evidenziato più sopra, preclude infatti all'autonomia privata soltanto di introdurre delle modificazioni pattizie alla disciplina giuridica degli *status* personali e familiari, ma in linea di principio non impedirebbe all'ordinamento – messo di fronte al “fatto compiuto” della nascita di un bambino, ancorché ottenuta attraverso delle tecniche vietate – di qualificare giuridicamente tale “fatto” e di determinarne gli effetti mediante l'applicazione degli ordinari criteri di attribuzione della paternità e della maternità. Fatta questa premessa, entriamo allora nel “cuore” della questione.

L'art. 8 della legge 40, ispirato al principio della responsabilità procreativa o di “autoresponsabilità”, disciplina – come è noto – lo stato giuridico del nato da procreazione medicalmente assistita, distinguendo a seconda che la coppia di genitori sia coniugata o semplicemente convivente: nel primo caso il nato acquisisce lo stato di figlio legittimo della coppia che l'ha generato; nel secondo invece lo stato di figlio riconosciuto della medesima coppia<sup>47</sup>. D'altro canto, il chiaro tenore testuale della disposizione, per cui «[i] figli nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli [...] riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6», non lascia dubbi circa il fatto che qui ci troviamo di fronte a un riconoscimento automatico *ex lege* del figlio che, in deroga alle ordinarie regole civilistiche, non necessita di una specifica dichiarazione di volontà in tal senso da parte dei conviventi, benché non uxorati<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Si rammenti che, a seguito della recente riforma del diritto di famiglia, culminata con l'emanazione del d.lgs. n. 154/2013, è venuta meno, nella legislazione familiare, la differenza tra figli legittimi, legittimati, riconosciuti e adottivi, nell'ottica dell'unificazione dello status di figlio. Tuttavia, il legislatore, pur a fronte di uno *status* di figlio ormai unitario sotto il profilo contenutistico, ha tenuto distinte le modalità di attribuzione dello stato di filiazione e di formazione del relativo titolo, a seconda della sussistenza o meno di un legame matrimoniale tra i coniugi, con inevitabili riflessi sull'esercizio delle c.d. azioni di stato. Al riguardo è dato osservare come il matrimonio conservi, tuttora, in conformità con quanto previsto dall'art. 29 Cost., la sua attitudine all'attribuzione automatica dello stato di filiazione. Quanto al marito, questi è considerato padre del figlio nato dalla moglie in costanza di matrimonio, senza che sia necessaria a tal fine alcuna dichiarazione o dimostrazione della paternità, proprio in virtù della presunzione di paternità del marito prevista dall'art. 231 c.c. (presunzione che può essere contestata solo mediante l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità di cui al nuovo art. 243-bis c.c.). La disposizione, inoltre, si collega a quelle che disciplinano l'atto di nascita (art. 30 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), alla cui stregua – se la partoriente è coniugata e non esprime la volontà di non essere nominata – nell'atto vengono indicate le generalità della madre e del di lei marito. Per contro, ove la madre non sia coniugata, la sua identità non può essere indicata nell'atto di nascita, salvo che la stessa renda di persona la dichiarazione di riconoscimento o abbia espresso per atto pubblico il proprio consenso. Dunque, in difetto del vincolo matrimoniale tra i genitori, il figlio acquista il corrispondente titolo dello stato attraverso il riconoscimento, in forza del quale un soggetto dichiara la propria paternità o maternità nei confronti di una determinata persona. Le azioni esperibili per contestare lo stato di figlio, a seguito del riconoscimento, sono quelle di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, per violenza o per effetto di interdizione giudiziale, disciplinate dagli art. 263 ss. c.c. Per una sintesi efficace delle novità introdotte dal decreto di riforma del diritto di famiglia vedi M. SESTA, *Le azioni di stato dopo il decreto n. 154/2013*, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it) (ultima consultazione 27 agosto 2014).

<sup>48</sup> Ad ulteriore conferma di questo assunto, alcuni autori (cfr. C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 154 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 102 ss. e ID., *Procreazione assistita* (voce), in *Tratt. fam. Zatti*, cit., 305 ss.) rilevano che la tradizionale regola della discrezionalità del riconoscimento del figlio naturale trova ragione in quella necessità di evitare di imporre ai genitori il

L'acquisto dello stato giuridico di figlio, pertanto, nell'ambito della PMA viene a dipendere unicamente dalla manifestazione del consenso alle tecniche riproduttive artificiali. La norma, sotto questo aspetto, non fa altro che esplicitare a livello legislativo quel principio – che parte della dottrina riteneva immanente al sistema già prima dell'approvazione della legge 40 – secondo cui nella procreazione medicalmente assistita (sia essa omologa sia essa eterologa) il consenso prestato dal marito tiene luogo al rapporto diretto con la madre<sup>49</sup> e, al pari del rapporto naturale, è idoneo a fondare la responsabilità genitoriale allorché il processo generativo sia coronato da successo. È questo il c.d. principio di responsabilità procreativa o di "autoresponsabilità" nella procreazione, di cui è stato individuato il fondamento costituzionale talora nell'obbligo di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.<sup>50</sup>, talaltra negli obblighi dei "genitori" sulla base di una interpretazione evolutiva dell'art. 30, comma 1 Cost.<sup>51</sup>.

Il principio di responsabilità procreativa – che costituisce il cardine su cui si muove l'intera disciplina della filiazione *artificiale* – comporta in definitiva che il concetto di genitorialità sia incentrato, più che sul dato biologico, sull'assunzione di responsabilità mediante l'espressione di un consenso libero e consapevole. Se il consenso degli "aspiranti" genitori costituisce la condizione di legittimità del ricorso alla PMA<sup>52</sup> nonché l'imprescindibile presupposto per la formazione dello *status* di figlio ai sensi dell'art. 8, allora gli eventuali "vizi" del consenso dovrebbero impedire, a rigore, l'attribuzione della genitura a norma della indicata disposizione. Il modo più corretto per impostare il problema

---

riconoscimento di figli naturali non voluti – perché nati in circostanze particolarmente difficili o drammatiche; si pensi al figlio nato da violenza sessuale – che senz'altro non sussiste nell'ipotesi in cui il bambino sia stato concepito per mezzo di fecondazione artificiale e la coppia convivente abbia pertanto espresso precedentemente la volontà di procreare (e di assumersi la conseguente responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro) attraverso la complessa procedura di formazione del consenso regolata dall'art. 6 della legge.

<sup>49</sup> Così A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 217 ss. Sulla stessa scia, più di recente, F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 3; l'Autore, a commento di Corte cost. n. 347 del 1998, sviluppando l'intuizione di Trabucchi, osserva: «Il consenso del marito in realtà non *facit filios*, ma *supplet naturam*: una natura che, poiché sotto il profilo procreativo non è stata benigna con lui, viene sostituita con una decisione da lui stesso presa di darsi un figlio [...] Il suo è il consenso che di solito si dovrebbe avere (per il suo contenuto morale) nell'atto biologico del procreare; è un consenso procreativo, in perfetta armonia, data la situazione di fatto, con i diritti e i doveri dei coniugi, quali inderogabili; con esso è stata attuata una partecipazione responsabile alla procreazione».

<sup>50</sup> È questa ad esempio la prospettiva da cui muove Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014 pronunciata nell'ambito della triste vicenda dello scambio di embrioni verificatosi recentemente presso l'Ospedale Pertini di Roma.

<sup>51</sup> Vedi al riguardo la lettura offerta da F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2000, 2, secondo cui «chi ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio è poi responsabile della sua formazione come persona e come cittadino, con un sostanziale avvicinamento della disciplina della filiazione al principio espresso dall'art. 30, comma 1 Cost.». "Genitore" – secondo questa suggestiva lettura – sarebbe, conformemente alla *ratio* di tutela del nato dell'art. 30, co. 1 Cost., colui che ha tenuto un comportamento tale da provocare la nascita di un figlio (eventualmente avvalendosi delle tecniche di riproduzione artificiale), al quale andrebbero quindi riferiti i diritti e gli obblighi conseguenti allo status genitoriale.

<sup>52</sup> Questo è il motivo per cui l'art. 6 della legge 40 grava il medico di pesanti obblighi informativi, parametrandone la "sufficienza" al criterio per cui le informazioni fornite devono essere tali «da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa».

dell'applicabilità o meno, alla fattispecie surrogatoria, della peculiare regola di attribuzione della genitura prevista dall'art. 8 non è dunque quello – invero troppo sbrigativo e comunque agevolmente eludibile attraverso un'interpretazione estensiva della norma<sup>53</sup> – di rilevare come la citata disposizione si riferisca alle sole tecniche di PMA propriamente dette e non anche alla surrogazione di maternità (che fa la sua prima e unica “apparizione” nel successivo art. 12), bensì quello di verificare in che modo la violazione del divieto di maternità surrogata si riverbera sulla formazione del consenso richiesto dall'art. 8 ai fini della valida instaurazione del rapporto di filiazione con la coppia “committente”.

Si tratta di problematica non dissimile, a dire il vero, da quella che si pone in relazione alla violazione di altri divieti o limiti posti dalla legge 40 alle possibilità di riproduzione artificiale offerte attualmente dalla biomedicina. Come è stato giustamente rilevato<sup>54</sup>, uno dei problemi di cui la legge 40 ha colpevolmente mancato di occuparsi è quello dello *status* del figlio procreato tramite PMA realizzata in mancanza di uno dei presupposti richiesti dagli artt. 4, 5 e 6 della stessa legge (mentre è stata espressamente normata l'ipotesi della violazione del divieto di fecondazione eterologa, al fine di escluderne qualsivoglia effetto sullo stato di figlio del nato<sup>55</sup>).

La dottrina che si è interessata di questo problema<sup>56</sup>, se da un lato ha ritenuto, peraltro comprensibilmente, che la mancanza dei requisiti oggettivi previsti dall'art. 4 della legge non possa incidere sullo stato di figlio – da riconoscere pertanto ai sensi dell'art. 8 anche al soggetto procreato da genitori

<sup>53</sup> Qui in teoria praticabile proprio alla luce della *ratio legis* e, in particolare, della portata espansiva del principio di responsabilità procreativa sotteso alla previsione normativa considerata.

<sup>54</sup> Cfr. M. FACCIOLI, *op. cit.*

<sup>55</sup> L'art. 9 della legge 40, nel precludere al padre “sociale” che aveva in precedenza prestato il suo consenso (comma 1) la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità (se coniugato) o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (se convivente) e alla madre (comma 2) l'esercizio del diritto a non essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. 396/2000, non fa altro che applicare alla PMA eterologa la regola di determinazione della filiazione enunciata in termini generali dall'art. 8. Pertanto, la mancanza di legittimazione all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che in precedenza aveva manifestato il suo consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie (con seme quindi di un terzo donatore) non deriva dal fatto che l'azione medesima, esercitata in violazione dei principi di correttezza e buona fede nei rapporti familiari, costituirebbe nel caso di specie “un abuso del diritto” – come invece, anche di recente, ha sostenuto con forza la Suprema Corte nella sentenza n. 11644 del 2012 (con nota di C. Cossu, *Inseminazione eterologa, non scienza del marito, “diritto vivente” e disconoscimento della paternità*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 1, 51), deducendone coerentemente che l'azione, sebbene preclusa al padre per i motivi anzidetti, è consentita al figlio «certamente estraneo al consenso prestato dal genitore e portatore di un interesse alla verità biologica [...] meritevole di tutela» – ma piuttosto dal fatto che in ipotesi del genere il nato, in virtù del principio di responsabilità procreativa di cui all'art. 8, sarebbe da considerarsi a tutti gli effetti di legge quale “figlio” del marito consenziente. D'altronde, ad intendere diversamente, non si comprenderebbe di chi il nato da PMA eterologa dovrebbe essere ritenuto figlio (beninteso dal lato paterno), dal momento che lo stesso art. 9, al comma 3, stabilisce che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo [...] il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». L'esclusione del rapporto parentale col padre biologico, in verità, può spiegarsi solamente se si riconosce implicitamente la paternità legale in capo al genitore “sociale”.

<sup>56</sup> Vedi in particolare M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano 2004 e U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, I, 489 ss.

che siano riusciti ad accedere alla fecondazione artificiale pur senza essere affetti da sterilità o infertilità o comunque in violazione del principio di gradualità previsto dall'art. 4, comma 2, lettera a) – , dall'altro ha privilegiato un approccio "casistico", che tenesse conto dell'*effettivo* interesse del nato, nella diversa ipotesi in cui l'accesso alle tecniche procreative si verifichi in mancanza dei requisiti soggettivi posti dall'art. 5<sup>57</sup>. Così, ad esempio, si è sostenuto che, al pari dell'inosservanza dei requisiti oggettivi, non dovrebbero incidere sullo *status filiationis* del nato la mancanza del requisito della convivenza o dell'età potenzialmente fertile della coppia, mentre al contrario l'art. 8 della legge 40 non dovrebbe trovare spazio quando a mancare sia il requisito della diversità di sesso, atteso che «non sembra [...] che, nell'attuale contesto sociale ed in assenza di un intervento normativo, possa essere considerato in linea di principio rispondente all'interesse del minore il riconoscimento di siffatto rapporto genitoriale»<sup>58</sup>.

Più problematica, invece, è parsa l'ipotesi in cui ad accedere alle procedure riproduttive artificiali sia una coppia di minorenni, dal momento che in questo caso si porrebbe un problema di tutela, oltre che del nato, anche dei genitori, proprio a motivo della loro minore età. La dottrina sul punto è profondamente divisa. Secondo una diffusa opinione<sup>59</sup>, preminenti ragioni di tutela del nato imporrebbero, anche in questa ipotesi, di riconoscere l'applicazione dell'art. 8 della legge 40 per attribuire al bambino lo *status* di figlio legittimo o naturale (in quest'ultimo caso, peraltro, soltanto nei confronti del genitore ultrasedicenne, tenuto conto della regola generale che richiede il compimento del sedicesimo anno d'età per il riconoscimento del figlio naturale<sup>60</sup>). Ma non è mancato chi ha evidenziato come il minore appartenga alla categoria degli incapaci legali e che quindi il problema dovrebbe più correttamente essere risolto secondo la soluzione che si ritenga di accogliere per disciplinare le ipotesi in cui le tecniche di PMA sono state eseguite in presenza di un consenso genitoriale difettoso per incapacità o per altri vizi attinenti alla formazione o alla trasmissione della volontà<sup>61</sup>. In questa prospettiva, dunque, l'art. 8 della legge 40 non dovrebbe operare in quanto il consenso richiesto dalla norma risulterebbe nella fattispecie "viziato" per incapacità legale dei richiedenti.

L'approccio da ultimo indicato risulta, a parere di chi scrive, estremamente interessante, anche al di fuori dell'ipotesi specifica da cui prende le mosse, poiché conferma quanto prima era stato da noi evidenziato, e cioè che la condizione essenziale per il funzionamento della regola attributiva della genitura nell'ambito delle procedure di procreazione artificiale rimane, ai sensi dell'art. 8, quella del

<sup>57</sup> Il quale – si ricorda – limita l'accesso alle tecniche di PMA a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», sì da escludere *single*, minorenni, vedovi (e vedove), coppie omosessuali e coppie "anziane". Questi requisiti, pur tacciati da taluno di irragionevolezza, sono posti a ben vedere a tutela del nascituro, e in particolare del fondamentale diritto di ogni bambino ad avere un padre e una madre in grado di adempiere agevolmente (anche a motivo dell'età non troppo avanzata) ai propri doveri familiari.

<sup>58</sup> Così, U.A. SALANITRO, *op. cit.* Siffatto approccio "casistico" però non convince del tutto, specie se l'elemento discriminativo viene individuato nell'interesse del nato, dato che tutti i requisiti soggettivi contemplati dall'art. 5 della legge 40, a ben vedere, sono egualmente fissati dalla legge a tutela del nato. La soluzione, anche nei precedenti casi, a voler essere coerenti, dovrebbe essere allora analoga a quella correttamente individuata dall'Autore a proposito della PMA (eterologa) richiesta da coppie omosessuali.

<sup>59</sup> Cfr. fra gli altri C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 157; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 131; G. OPPO, *op. cit.*

<sup>60</sup> Così, M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *op. cit.*, 193.

<sup>61</sup> Così, U.A. SALANITRO, *op. cit.*, 499.

consenso, che deve essere libero, consapevole nonché immune da vizi che, come la mancanza di capacità (legale e naturale) o il difetto di legittimazione, possano in qualche modo inficiarlo. Al fine di definire la validità e/o l'efficacia del consenso occorrerà fare affidamento, invero, alle norme del codice civile relative alla capacità e ai vizi del consenso (artt. 1425 ss. c.c.), sicuramente riferibili (anche se con gli opportuni adattamenti) alla materia *de qua*, data la natura negoziale del consenso richiesto dalla legge per l'accesso alle procedure procreative. Muovendoci in questa prospettiva diventa agevole risolvere il problema delle conseguenze che sullo *status* del nato da PMA sortisce la violazione dei divieti posti dal legislatore, senza più necessità di seguire quell'approccio "casistico" privilegiato dalla prevalente dottrina, ma foriero di ambiguità e di incertezze applicative.

Così, in primo luogo, si può affermare ragionevolmente che l'inosservanza dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5, attenendo alla legittimazione soggettiva della coppia stessa ad esprimere il consenso, rende quest'ultimo inefficace e quindi *inutiliter* dato agli effetti di cui all'art. 8, quale che sia il requisito soggettivo (differenza di sesso, età, convivenza) in concreto "evaso". Con riguardo, invece, agli obblighi informativi gravanti sul medico ai sensi dell'art. 6, commi 1 e 2, pare eccessivo ritenere che la loro inosservanza determini in ogni caso l'invalidità del consenso: in verità, facendo applicazione dei principi civilistici in tema di errore (artt. 1429 ss. c.c.), sembra più corretto concludere nel senso che solo l'omissione di informazioni "essenziali", cioè effettivamente determinanti del consenso (e non anche di quelle secondarie) possa impedire la formazione dello stato di figlio in base all'art. 8. In maniera piuttosto elastica, infine, andrebbe considerato il requisito di forma indicato dall'art. 6, comma 3, secondo cui «La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute». Ai fini della sua validità, infatti, è sufficiente che il consenso prestato possa essere ricavato tacitamente *per facta concludentia*, come viene precisato nell'art. 9, comma 1, seppur nel contesto della PMA eterologa<sup>62</sup>.

Sviluppando, a questo punto, le premesse di tale ragionamento con riferimento alla surrogazione di maternità, risulta arduo sostenere che il consenso manifestato a una pratica fecondativa vietata possa reputarsi efficace, atteso ancora una volta il difetto di legittimazione dei soggetti coinvolti nella pratica surrogatoria. E si tratta nel caso di specie, per la precisione, di un difetto di legittimazione apprezzabile sul piano sia oggettivo che soggettivo. I coniugi (o i conviventi) che in ipotesi si rivolgesse ad un centro di procreazione assistita per una pratica di maternità surrogata, infatti, esprimerebbero – proprio perché la pratica è vietata dalla legge – un consenso viziato per l'impossibilità (giuridica) dell'oggetto. A ciò si aggiunga che, data la natura necessariamente trilaterale dell'accordo di maternità surrogata e l'incidenza che l'esecuzione della procedura avrebbe sul corpo della madre uterina, il consenso dovrebbe essere espresso contestualmente anche da quest'ultima, ossia da una persona estranea alla coppia, e quindi priva di legittimazione soggettiva ai sensi dell'art. 5.

La soluzione cui si è pervenuti risulta altresì indirettamente confermata dalla scelta del legislatore di estendere volutamente la regola del consenso di cui all'art. 8 anche alla PMA eterologa, ossia ad una procedura vietata al tempo dell'emanazione della legge. La ragione per cui il legislatore del 2004 ha

<sup>62</sup> Non vi sono ragioni, infatti, per limitare l'operatività della regola anzidetta alla sola PMA eterologa, tanto più che oggi, dopo la declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, le due fattispecie procreative (l'omologa e l'eterologa) si sono notevolmente avvicinate sotto il profilo della disciplina giuridica.

sentito il bisogno di confermare espressamente (con due disposizioni di dettaglio, di cui rispettivamente ai commi 1 e 2 dell'art. 9) l'applicabilità del principio di responsabilità procreativa alla eterologa è probabilmente legata alla riconosciuta consapevolezza dei limiti di operatività di una norma formulata nei termini di cui all'art. 8 ad una fattispecie procreativa vietata, rispetto alla quale il consenso della coppia non si sarebbe potuto esprimere validamente. Il silenzio serbato sulla diversa – e comparativamente più grave<sup>63</sup> – fattispecie surrogatoria, per converso, è sintomatico della volontà legislativa di non sottrarre la maternità surrogata (analogamente ad altri divieti previsti dalla legge) al presupposto obiettivo<sup>64</sup> da cui l'art. 8 fa dipendere l'applicazione della speciale regola di genitura dallo stesso prevista.

I compiuti rilievi dimostrano in conclusione come in materia di maternità surrogata non possa operare il criterio di attribuzione dello *status* di figlio previsto dall'art. 8, data l'inefficacia – sotto il profilo della legittimazione oggettiva e soggettiva – del consenso manifestato dalle parti. Il conflitto tra la madre “committente” e la madre surrogata, di conseguenza, non potrà che essere risolto sulla base dei principi della filiazione naturale accolti dal codice civile<sup>65</sup> e quindi in favore della madre surrogata alla stregua del criterio del parto di cui all'art. 269, co. 3 c.c.

## 6. Principio della maternità naturale legata al parto e governo del rapporto di filiazione del nato a seguito di surrogazione di maternità.

Quanto fin qui considerato conferma che il dato positivo elementare al quale tuttora riferirsi nella determinazione del rapporto di filiazione materna risale, nell'ambito della maternità surrogata, alla disposizione del terzo comma dell'art. 269 c.c., che assegna alla partoriente la qualità di madre del nuovo nato.

La norma – è quasi superfluo ricordarlo – rispecchia il senso tradizionale della maternità naturale (per cui non è data alternativa tra sessualità e procreazione) ed insieme il significato rivelatore del parto, fissando in termini formali ciò che la saggezza popolare da tempo immemore tramanda come una certezza (*mater semper certa est* – recita infatti il brocardo latino – e «di madre ce n'è una sola» secondo un antico detto)<sup>66</sup>. Del resto, è indubitabile l'essenzialità e il significato del rapporto simbiotico che lega prima l'embrione, e poi il feto, con il corpo della donna che lo riceve e lo accompagna passo dopo passo a vita autonoma, attraverso uno scambio continuo e inarrestabile che segna il senso misterioso di un'esistenza comune e di una comune appartenenza<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> In tal senso orientano la rilevanza degli interessi coinvolti nella surrogazione di maternità e la previsione di una sanzione penale per la violazione del divieto a fronte della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 12, co. 1 della legge 40 per la violazione del divieto di PMA eterologa (con norma da ritenersi, tra l'altro, non più in vigore a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 162/2014).

<sup>64</sup> Vale a dire l'esistenza di un consenso valido ed efficace.

<sup>65</sup> Che in quanto disciplina di carattere generale torna ad applicarsi in via residuale una volta acclarata l'impossibilità di ricorrere alla disciplina di carattere speciale contemplata dagli artt. 8 e 9 della legge 40.

<sup>66</sup> In questi termini, M. DELL'UTRI, *op. cit.*

<sup>67</sup> Così, C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*, 2, Milano, 1985, 300. Analogamente, Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014 osserva: «Tutta la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino».

Tuttavia, l'indiscutibilità della maternità giuridica della partoriente non è parsa insuperabile a giudizio di una parte della dottrina, la quale ha posto icasticamente in evidenza, alla stregua di una lettura *storica* delle disposizioni civilistiche in tema di filiazione naturale, come è «da ritenere che la regola dell'art. 269 c.c., secondo cui madre è la partoriente, non sia applicabile a un'ipotesi che non era immaginabile al tempo dell'emanazione del codice; ed è da ritenere che paternità e maternità, e così lo stato del nato, debbano riportarsi a chi ha concorso alla fecondazione e quindi alla creazione dell'embrione. [...] Se è vero che la surrogata non dà solo asilo ma contribuisce a plasmare la vita del nascituro, questo contributo non sembra equiparabile alla creazione dell'embrione se è vero che nell'embrione vi è già tutta l'essenza dell'individuo futuro»<sup>68</sup>. Di conseguenza, seguendo questo indirizzo, «la partoriente dovrà restituire il nato a coloro che le hanno affidato l'embrione, mentre nessun rapporto familiare si costituisce tra questi soggetti e la surrogata»<sup>69</sup>.

La tesi esposta, per quanto suggestiva, però, non è meritevole di condivisione. Al suo accoglimento, infatti, osta innanzitutto il rilievo per cui il legislatore del 2004, nel dettare le norme sullo stato giuridico del nato nella delicata materia della PMA, non solo non ha ritenuto di modificare né di introdurre deroghe espresse alla previsione di cui all'art. 269 c.c., ma ne ha confermato al contrario la rilevanza nel settore specifico della fecondazione artificiale, disponendo – all'art. 9, co. 2 della legge 40 – «che la madre del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»<sup>70</sup>.

Verso una rinnovata conferma del criterio civilistico del parto orientano altresì – come puntualmente rilevato da una recente pronuncia di merito<sup>71</sup> – le modifiche introdotte dal legislatore della riforma della filiazione di cui al d.lgs. n. 154 del 2013. È dato invero constatare come il legislatore di riforma, da un lato, abbia mantenuto l'originaria formulazione dell'art. 269, comma 3 c.c. e, dall'altro, nel sostituire la norma di cui all'art. 239 c.c., abbia previsto la possibilità di reclamare, o contestare lo stato di figlio *ex art.* 240 c.c., solo nel caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto (ma, significativamente, non nel caso di maternità surrogata). Si osserva ancora che «il riferimento all'embrione, quale prodotto del concepimento, perde di rilevanza anche nella norma relativa alla presunzione di paternità laddove sparisce il riferimento al figlio "concepito" durante il matrimonio, facendosi esclusivo riferimento al figlio nato nel matrimonio»<sup>72</sup>. La riforma della filiazione ha mantenuto, pertanto, il principio in base al quale è il parto che determina la maternità naturale nella piena consapevolezza – è da ritenere – dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od uterina possa non identificarsi con la madre genetica<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Così G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 104.

<sup>69</sup> Ancora G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit.

<sup>70</sup> Nel contesto della norma richiamata, infatti, "madre" non può che essere colei che ha partorito, conformemente all'art 269 c.c., dato che l'art. 30, comma 1 del ricordato regolamento prevede espressamente che la dichiarazione di nascita sia resa «da persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

<sup>71</sup> Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014.

<sup>72</sup> In questi termini, Trib. Roma, ord. ult. cit.

<sup>73</sup> Ed infatti, precisa ancora il Tribunale di Roma nell'ordinanza da ultimo citata, la dottrina discute di questa possibilità «fin dagli anni '80, quando in parlamento erano in gestazione i diversi disegni di legge sulla

Sono quindi proprio i più recenti sviluppi “ordinamentali” a smentire quella lettura *storica* su cui parte della dottrina aveva ritenuto in passato di poter fondare l’attribuzione di maternità in favore della donna “committente”. D’altro canto, si è pure evidenziato<sup>74</sup> che la prevalenza del mero dato genetico nella risoluzione della questione della maternità – un assioma sovente promosso attraverso il suggestivo e avveniristico richiamo alle prestazioni di un’incubatrice artificiale<sup>75</sup> o alle evidenze della “logica del buon senso”<sup>76</sup> – rischia di assumere toni o coloriture di stampo ideologico, specie quando il linguaggio inclina a riferirsi alla pretesa dimensione “essenziale” o “sostanziale” dell’individuo o della persona umana, ridotta al suo corredo genetico, o della filiazione in sé, concepita o identificata nella mera trasmissione di quello.

L’attribuzione della maternità legale alla madre sostituta in conformità al codice civile pone, a questo punto, delicate questioni inerenti al governo dello *stato* di filiazione del nato attraverso la procedura surrogatoria.

Un primo profilo problematico attiene alla possibilità o meno per la madre surrogata di dichiarare l’eventuale volontà di non essere nominata nell’atto di nascita a norma dell’art. 30, comma 1 del d.P.R. 396/2000. Buona parte della dottrina risolve il problema in termini negativi, nella convinzione che la preclusione contemplata dall’art. 9, co. 2 della legge 40 a carico della madre<sup>77</sup> sia espressione di una regola generale nell’ambito delle procedure procreative artificiali, applicabile a tutte le ipotesi di PMA, sia consentite che vietate, e quindi, sembrerebbe, anche in tema di maternità surrogata, senza che peraltro assuma rilevanza decisiva in senso contrario la peculiare *sedes materiae* (che è quella della PMA eterologa) in cui la norma in questione risulta inserita<sup>78</sup>.

Va preso atto, al riguardo, che, sebbene inserita all’interno di una disposizione specificamente dedicata alla PMA eterologa, la norma è suscettibile senz’altro, in virtù della sua *ratio*, di essere estesa anche alla PMA omologa, data l’esigenza – presente in entrambe le situazioni – di tutelare il bambino, una volta nato, da un “ripensamento” (in ordine all’assunzione della responsabilità genitoriale) della madre che in precedenza aveva manifestato il desiderio di un bimbo prestando il suo consenso alla fecondazione artificiale<sup>79</sup>. Questa circostanza, a ben vedere, si pone in termini decisamente di-

---

procreazione medicalmente assistita, ponendosi espressamente il problema della prevalenza della madre genetica o della madre biologica in caso di conflitto».

<sup>74</sup> V. ancora M. DELL’UTRI, *op. cit.*

<sup>75</sup> Secondo Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 cit., “la madre genetica svolge un ruolo insostituibile rispetto all’identità del nato, mentre la madre gestante ha una funzione accessoria e come tale intercambiabile, potendo [...] essere sostituita in un futuro che non appare lontano da dispositivi tecnologici”.

<sup>76</sup> Sostiene al riguardo A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1251: «la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità effettiva e rapporto temporale o l’immaginifica visione del seme lontano fatto crescere e sviluppare nel proprio orto, è sovvertita dalla *logica del buon senso* [corsivo nostro] secondo cui l’ovulo fecondato di una donna negra, pur con la gestazione di una donna bianca, non può far diventare bianco il nato».

<sup>77</sup> E tale si considera all’interno della disposizione considerata, come visto sopra, quella portante o uterina.

<sup>78</sup> In tal senso, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 162 ss.; Id., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, cit., 328 ss.; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 139 ss.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 169 ss.; M. SESTA, voce cit., 10; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *op. cit.*, 194; U.A. SALANITRO, *op. cit.*, 506 ss.

<sup>79</sup> V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, 265 ss., la quale mette in luce come la *ratio* della norma è quella di impedire a chi



versi nel contesto della maternità surrogata, visto che la madre sostituta – salvo che violi deliberatamente gli impegni assunti verso la coppia committente, facendo valere, ma solo dopo la nascita del bambino, le sue prerogative di madre naturale – manifesta *ab origine* disinteresse circa l'assunzione di un qualsivoglia ruolo genitoriale verso il bambino, che porta in grembo solamente per conto di altri. Per la madre surrogata non ha ragione, quindi, di operare il principio di responsabilità procreativa posto dal legislatore a fondamento della previsione di cui all'art. 9, comma 2 (principio riferibile piuttosto alla donna "committente", alla quale però l'ordinamento non attribuisce la qualifica di "madre"). Come risulta dalla sua stessa *ratio*, insomma, l'art. 9, comma 2 non può essere esteso (attraverso un palese procedimento analogico) alla surrogazione di maternità, ma va circoscritto rigorosamente alla tecniche di PMA (omologa ed eterologa) propriamente dette.

Ne dovrebbe seguire – contrariamente all'avviso della dottrina dominante – che la madre surrogata, allo stesso modo di qualunque altra madre "naturale", ha il diritto di dichiarare, dopo il parto, la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita secondo quanto prevede l'art. 30, comma 1 del d.P.R. 396/2000. Anzi, la mancata indicazione della madre naturale nell'atto di nascita renderebbe più agevole l'instaurazione di relazioni parentali con la coppia committente, in ipotesi la sola interessata ad accogliere e crescere il bambino. In tal caso, infatti, non solo il padre genetico potrebbe riconoscere il figlio nelle forme di cui all'art. 254 c.c. – senza peraltro incontrare l'ostacolo della volontà contraria della madre (art. 250 c.c.) o incorrere nella preclusione di cui all'art. 253 c.c. (se la madre naturale è coniugata e la filiazione dovesse instaurarsi con il di lei coniuge ai sensi dell'art. 231 c.c.) – ma, almeno secondo un autorevole indirizzo dottrinale, la stessa madre committente (a condizione che sia anche la madre genetica) avrebbe la possibilità di riconoscere direttamente il bambino in alternativa all'adozione speciale prevista dall'art. 44, comma 1, lett. b) della legge n. 184/1983 (adozione comunque conseguente al riconoscimento da parte del marito)<sup>80</sup>.

Qualora invece la partoriente non rifiuti la propria maternità, si aprirebbero i seguenti scenari. Data l'attribuzione della maternità giuridica alla madre surrogata, se questa è coniugata, andrebbe riconosciuta al marito di lei la paternità legale del bambino conformemente alla presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. (fatta salva, in tal caso, l'esperibilità dell'azione di disconoscimento da parte del presunto padre nel rispetto dei ristretti termini prescrizionali introdotti dal decreto di riforma della filiazione del 2013<sup>81</sup>). Se si tratta invece di donna sola, il padre "committente", il quale abbia fornito il

---

volontariamente si sottoponga a pratiche di fecondazione assistita di sottrarsi all'assunzione della responsabilità genitoriale conseguente.

<sup>80</sup> Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, 407, il quale giustifica questa conclusione argomentando che «la preferenza normativa per l'adozione non esclude il tentativo di recupero del rapporto col genitore naturale come più rispondente all'interesse del minore. Ora, al preminente interesse del minore devono adeguarsi le scelte interpretative che lo coinvolgono, e la considerazione di tale interesse impone pertanto di ritenere ammissibile il riconoscimento della madre genetica, pur in contrasto con lo stato formale di filiazione del minore abbandonato, quale soluzione privilegiata rispetto a quella dell'adozione».

<sup>81</sup> Critico sul punto Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, il quale sostiene che il marito che ha dato il suo consenso a far da "padre" al bambino partorito dalla moglie (quale madre surrogata) perde il diritto di esperire l'azione di disconoscimento della paternità, giusto il disposto dell'art. 9, co.1 della legge 40, che dovrebbe applicarsi in via analogica alla fattispecie considerata, sussistendo – a parere del Tribunale – le medesime ragioni (legate sostanzialmente all'osservanza del divieto di *venire contra factum proprium* e all'abuso del diritto che l'esercizio dell'azione di disconoscimento in tal caso comporterebbe) che avevano indotto la Cassazione nel

materiale genetico utilizzato nelle procedure di fecondazione, potrebbe riconoscere il nato come proprio figlio – cosa che invece gli sarebbe preclusa, in virtù dell’art. 253 c.c.<sup>82</sup>, ove la partoriente fosse coniugata – ed eventualmente chiederne l’inserimento nella propria famiglia legittima secondo quanto previsto dall’art. 252 c.c. Solo dopo che il padre naturale ne abbia effettuato il riconoscimento, la madre “committente” potrebbe adottare il nato ai sensi dell’art. 44, co. 1, lett. b) della citata legge sulle adozioni, secondo la soluzione prospettata dalle prime pronunce che ebbero ad occuparsi dei contratti di maternità surrogata<sup>83</sup>; soluzione invero non smentita dalla legge 40<sup>84</sup>. Occorre però precisare che, ai sensi dell’art. 46 della legge 184/1983, per l’adozione da parte della madre “committente” sarà comunque necessario il consenso della madre surrogata, salvo chiedere che il Tribu-

1999 (i cui rilievi sono stati infine ripresi da Cass. n. 11644 del 2012 nel quadro della frattanto approvata legge sulla procreazione medicalmente assistita) a ritenere non legittimato a proporre l’azione di disconoscimento di paternità chi avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa. Sennonché, come visto supra (nota n. 55), il divieto di disconoscimento introdotto dall’art. 9, co. 1 della legge 40 va compreso alla luce del principio di attribuzione della paternità ricavabile dall’art. 8 della stessa legge, senza che a tal fine assumano rilevanza eventuali considerazioni fondate sull’abuso del diritto, il cui richiamo in questo contesto risulterebbe a dire il vero fuorviante. Infatti, se si ritiene, come sembra peraltro da preferire, che dall’art. 9, co. 1 – sul fondamento del principio della responsabilità procreativa – derivi la paternità legale del marito che ha espresso il suo consenso alla PMA eterologa, ne segue coerentemente che quest’ultimo non potrà esercitare l’azione di disconoscimento della paternità per la semplice ragione che, essendo “padre” del nato a tutti gli effetti (e non in virtù di una semplice presunzione legale), non può evidentemente vantare un diritto al disconoscimento. Impostare la questione in termini di “abuso del diritto”, in questo caso, è contraddittorio proprio perché mancherebbe *ab initio* il preteso diritto di cui si avrebbe ad abusare. Piuttosto, è proprio la ritenuta non applicazione alla fattispecie in esame dell’art. 9 della legge 40 a consentire di impostare il problema in termini di abuso del diritto. Non si nasconde tuttavia la difficoltà che nel caso di specie si incontra – dopo l’ultimo provvedimento di riforma della filiazione – nel qualificare come “abusivo” l’esercizio tempestivo di una azione per la quale il legislatore stesso ha già imposto delle rigide limitazioni temporali proprio al fine di evitare un uso improprio dello strumento del disconoscimento ai danni del minore.

<sup>82</sup> Il quale dispone che «[i]n nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trova».

<sup>83</sup> In tal senso Trib. Monza, 27 ottobre 1989 cit. e App. Salerno, 25 febbraio 1992 (*Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177 ed ivi la nota di R. BITETTI, *Commento a App. Salerno, sez. min., decr. 25 febbraio 1992. Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*), quest’ultima così massimata: «Ammessa l’illiceità del contratto di maternità surrogata che preveda la cessione del nascituro, non è escluso che, una volta nato e volontariamente ceduto dalla madre biologica, il minore, riconosciuto dal padre naturale, possa essere dalla moglie di questi adottato ai sensi dell’art. 44, co. 1, lett. b) l. 4 maggio 1983, n. 184».

<sup>84</sup> Di contrario avviso, di recente, si è mostrato Trib. Milano, sent. 8 aprile 2014, G.U.P. Mastrangelo, con commento di M. WINKLER, *Una nuova pronuncia su surrogazione di maternità all’estero e falsa dichiarazione in atti dello stato civile in una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ultima consultazione 30 agosto 2014). Il Tribunale, dopo aver premesso che «secondo l’ordinamento italiano, è madre colei che ha partorito il figlio (arg. ex art. 269, comma 3 c.c.)» e aver ricordato che la stessa legge 40, pur non disciplinando la maternità surrogata, all’art. 9, comma 2 stabilisce che la madre del nato a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata nell’atto di nascita ai sensi dell’art. 30, comma 1 d.P.R. 396/2000, conclude nel senso che l’art. 9, comma 2 «è funzionale ad evitare che la donna committente possa adottare, ex art. 44, comma 1, lett. b) l. 184/1983, il bambino frutto della c.d. genitorialità condivisa, con un meccanismo avallato dalla giurisprudenza minorile (come consentito da App. Salerno, sez. min., decreto 25 febbraio 1992)». Non si comprende, però, come dall’art. 9, comma 2 della legge 40 – anche a volerlo ritenere applicabile alla madre surrogata – possa ricavarsi una conclusione siffatta, che si pone in così netto contrasto con la disciplina in materia di adozione.

nale pronunci ugualmente l'adozione per essere il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando<sup>85</sup>.

A conclusione di questo essenziale scritto sui profili giuridici inerenti alla pratica della maternità surrogata in Italia vale la pena ribadire che allo stato attuale della legislazione non può dirsi superato il principio della maternità naturale legata al fatto storico del parto, che al contrario rimane il cardine attorno a cui è costruito l'intero sistema della filiazione (sia naturale che *artificiale*). Il principio in questione rappresenta, dunque, il vero anello di congiunzione tra la disciplina generale della filiazione (naturale) contenuta nel codice civile e la disciplina speciale della filiazione da PMA contenuta nella legge 40. Tranne che in caso di adozione – dove peraltro a venire in rilievo non è il diritto, in quanto tale, degli adulti a procreare, bensì quello del minore ad una famiglia – il concetto di maternità conserva, pertanto, un irriducibile riferimento al dato biologico, che l'ordinamento richiede ancor oggi che si accompagni necessariamente al dato "spirituale" della assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro<sup>86</sup>.

In tal modo viene smentita quella posizione giurisprudenziale che, sulla traccia della riflessione teorica di una parte significativa della dottrina, proprio in un precedente in tema di maternità surrogata, alla fine degli anni '90 ammoniva come il fatto-procreazione non dovesse essere inteso in senso materialistico, ma andasse ravvisato piuttosto in un "fatto umano", in un «comportamento cioè rivolto alla procreazione, secondo la normale valutazione sociale», estraneo nel gesto, cui è programmaticamente sottratta qualsivoglia assunzione di responsabilità genitoriale, della volontaria cessione dei gameti o della garantita disponibilità di un grembo<sup>87</sup>. Il fatto-procreazione, al contrario, pare conservare attualmente all'interno del sistema giuridico la sua duplice fisionomia di atto al contempo "materiale" e "spirituale", seppur variamente intrecciati i due profili a seconda della specifica fattispecie procreativa (naturale o artificiale, omologa o eterologa) di volta in volta considerata.

Il che dovrebbe valere da monito al giureconsulto affinché non incorra inopinatamente in quell'approccio ermeneutico-ricostruttivo, che si risolve in sostanza in una forma di "manicheismo giuridico": quell'approccio, cioè, che, estremizzando gli aspetti "spirituali" insiti nella volontà riproduttiva della coppia o del singolo, finisce con l'obliterare del tutto l'importanza che nell'ambito delle relazioni familiari da sempre rivestono – e, nonostante i progressi della scienza medica, continuano a rivestire – gli aspetti "materiali" implicati nell'esercizio della sessualità e nella conseguente instaurazione di legami di tipo biologico-affettivo (come quello che si crea appunto nella gravidanza tra il bambino e la madre) e di sangue, su cui solo successivamente si innestano quei legami di tipo "spirituale" ai quali la sensibilità odierna riconosce giustamente sempre più valore.

<sup>85</sup> Così, F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 56.

<sup>86</sup> Più evanescente si fa, invece, il legame naturalistico col nato dal lato paterno per effetto della ritenuta ammissibilità, all'interno del sistema, della fecondazione artificiale eterologa, in seguito al recente pronunciamento del giudice delle leggi (Corte cost. n. 162/2014), sì da rendere non ingiustificati i timori manifestati da una parte della dottrina circa il pericolo che la fecondazione eterologa intacchi la concezione costituzionale della famiglia come «società naturale» fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.): concezione la quale esigerebbe, invero, che i figli nascano dai coniugi (l'uno attraverso l'altro) e non da altri, quale "riflesso" di «un interesse della *res publica* alla "naturalità" della formazione della famiglia in coerenza con il suo fondamento matrimoniale» (cfr. G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit.).

<sup>87</sup> In questo senso Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000 cit., che fa eco alla voce di A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 944 ss.



# Mamma, ho perso la cicogna!

## (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)

Maurizio Città\*

MUM, I HAVE LOST THE STORK! (DIALOGUE AROUND THE NON EXISTENT RIGHT AGAINST THE EXISTENCE)

ABSTRACT: The wife teaches Bioethics, the husband is a lawyer: a couple debates about artificial conception, pre-implantation genetic diagnosis and reflects upon the nature of embryos and the "rights" of the mother. A dialogue in fiction, based on considerations, real cases and judgements (quoted in the text): an original point of view on a delicate issue.

KEYWORDS: abortion, artificial conception, embryo, pre-implantation genetic diagnosis, rights of the mother

SOMMARIO: 1. Preludio – 2. *Segue*: l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto: limiti e ragioni tra giurisprudenza creativa e tutela dell'esistenza. Riflessioni sul tema – 3. *Segue*: letture di giurisprudenza – 4. *Segue*: mio padre è mia madre. Una tutela costituzionale necessaria.

### 1. Preludio

**I**l tardo pomeriggio di questo aprile filtra tiepidamente attraverso la grande finestra-vetrata dell'aula universitaria. Eva, docente di bioetica, non ha ancora terminato la sua lezione, quando le arriva la telefonata dalla redazione del giornale con il quale collabora.

«Scusate, un attimo e torno subito da voi», dice ai suoi studenti.

Un attimo, e le si spegne ogni rumore intorno. Il sole, già imbrunito, si fa scuro, e mille domande s'infilano, una ad una, come in un filo di perle, nei suoi pensieri. Una smania, controllata a stento, si impadronisce della sua espressione. Il dibattito giuridico torna a soffiare sul fuoco sempre acceso di una questione che le sta particolarmente a cuore: l'aspirazione a un figlio sano mediante l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il direttore vuole un pezzo, deve essere pronto entro due giorni.

Eva si affretta a concludere la lezione. Poi deve correre a casa e parlare con suo marito, Adamo: un avvocato che vede le cose sotto una luce diversa, in dissonanza con Eva, ma di cui Eva ha bisogno per rendere più chiari i dubbi che la rendono così smaniosa. Con questi nuovi pensieri, lei torna ai suoi studenti per concludere la sua lezione.

«Allora ragazzi, per concludere, una curiosa nota di colore, a margine della nostra discussione sul diritto a conoscere le proprie origini. La cicogna bianca è considerata simbolo di fortuna e prosperità già dall'antichità. La leggenda secondo cui porterebbe, dentro un fagottino, tenuto per il becco, i

\* *Avvocato del foro di Termini Imerese.*

bambini nelle case, calandoli attraverso i comignoli, trova origine nei Paesi del Centro-Nord Europa. In quelle zone, in primavera, quando il numero delle nascite era maggiore, i camini restavano accesi a lungo nelle case in cui c'era un neonato. Ebbene, le cicogne, che in quel periodo tornano in Europa dai Paesi africani, erano solite approfittare del calore che usciva dai comignoli e vi facevano il nido sopra. E allora, non era la cicogna a portare i bambini; al contrario, erano i bambini, grazie ai camini accessi in occasione della loro nascita, che richiamavano le cicogne. Per oggi è tutto, ragazzi. A domani.»

Eva nemmeno si è resa conto della strada che ha fatto: ora è a casa, seduta al tavolo dello studio, di fronte a suo marito, con una tazza di tè in mano e mille interrogativi rovesciati tra le braccia di Adamo.

## 2. Segue: l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto: limiti e ragioni tra giurisprudenza creativa e tutela dell'esistenza. Riflessioni sul tema

Eva tira fuori dalla borsa il suo *tablet*, lo apre e legge i suoi appunti, presi sul treno durante il tragitto per tornare a casa.

«Da quel che ho potuto capire dalla ricerca di giurisprudenza che ho effettuato, e leggendo un recente provvedimento giudiziario di un giudice di merito, che ho trovato su internet, il sistema normativo italiano sarebbe incoerente perché da una parte vieta la possibilità di scegliere l'impianto dei soli embrioni che siano risultati non affetti da alterazione genetica e dall'altra, però, consente l'interruzione della gravidanza quando venga accertato che il feto risulta affetto dalla medesima patologia.»

«Driin!!! Risposta errata, signora Eva!» Adamo accenna un sorriso, poi continua: «È vero che l'interruzione di gravidanza è consentita a tutela della salute della madre, anche quella psichica, ma il diritto costituzionale alla tutela della salute della madre non può essere un motivo adducibile per giustificare l'uso selettivo della diagnosi preimpianto. In questo caso non è in gioco la salute della madre, nemmeno quella psichica, considerato che il ricorso alla diagnosi preimpianto si basa sulla consapevolezza del rischio e sul programmato obiettivo di evitarlo con una selezione discriminatoria».

Eva, seduta, pronuncia il corpo in avanti, fa una smorfia, poi incrocia le braccia appoggiate sulla scrivania e ribatte:

«Eppure dai giudici di merito sono stati rinvenuti motivi per sollevare la questione di legittimità costituzionale della normativa, nella parte in cui non consente l'uso della diagnosi preimpianto per le coppie fertili affette da patologie genetiche trasmissibili e non consente la selezione degli embrioni da impiantare. La sospetta incostituzionalità deriverebbe proprio dal fatto che la vigente normativa è contraria alla norma costituzionale che tutela la salute della donna, la quale sarebbe costretta ad una gravidanza naturale ed ad un eventuale aborto terapeutico

«Te l'ho detto Eva, la legge consente l'interruzione di gravidanza quando la madre "scopre" di non essere in grado di affrontare la gravidanza, in un secondo momento, dopo che la fecondazione è "arrivata" naturalmente, e però, nel corso della gravidanza ha avuto notizia della malattia del feto. Non è così nel caso in cui l'uso della procreazione medicalmente assistita e della diagnosi preimpianto ha

un originario, nativo, scopo selettivo: lo scopo programmato di evitare il rischio di un figlio non sano (o la programmata interruzione di gravidanza), evidentemente, ha un originario, nativo, scopo selettivo a favore di un essere "sano", a discapito dell'essere "non sano". D'altra parte, il primo comma dell'articolo 1 della legge 194 del 1978, sull'interruzione della gravidanza, stabilisce che "lo Stato garantisce il diritto alla *procreazione cosciente e responsabile*, riconosce il valore sociale della maternità e *tutela la vita umana dal suo inizio*" e questa regola va posta in relazione con l'articolo 2 della Costituzione che garantisce i diritti inviolabili dell'"uomo", ovvero dell'essere umano, dell'"essere" e della sua "umanità". Vedi Eva, a mio avviso, nel caso di fecondazione artificiale, ciò implica che l'embrione non è solo oggetto di tutela, ma soggetto del diritto alla propria tutela, considerato che l'embrione extracorporeo non può essere considerato una componente del corpo materno, con inevitabile necessità della nomina di un curatore per questo essere umano vivente, ogniqualvolta venga chiesto in sede giudiziaria un provvedimento che lo coinvolge, e che coinvolge il suo "diritto" a svilupparsi come persona. A mio avviso dovrebbe intervenire anche il Pubblico Ministero.»

Eva annuisce, ma non è ancora del tutto persuasa, e solleva una questione: «Ma c'è da tener conto del diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative».

«Il che, tutt'al più, mia cara Eva, potrebbe sollevare la questione dell'accesso delle coppie fertili alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ovvero la questione della libertà di optare per la fecondazione artificiale in luogo di quella naturale, sebbene non ne veda la ragione, ma certo non può giustificare la selezione tra gli embrioni da impiantare, con il discrimine tra "figlio sano" e "figlio non sano". La cosiddetta "autodeterminazione" delle scelte procreative non può trasformarsi nella programmazione della scelta tra il figlio sano ed il figlio non sano.»

Eva sembra essere d'accordo con il ragionamento di Adamo, ma qualcosa ancora, sotto il profilo giuridico, non le è chiaro:

«Va bene, ma perché il terzo comma dell'articolo 13 della legge 40 dovrebbe ritenersi ostativo ad ogni forma di selezione degli embrioni? Ciò si giustificerebbe solo al fine di impedire il perseguimento di finalità eugenetiche, ma per il resto la possibilità della diagnosi pre-impianto e il non impianto degli embrioni affetti da anomalia genetica secondo la giurisprudenza non può ritenersi vietata: il divieto non sarebbe in linea con la disciplina prevista dalla legge sull'aborto, che consente alla donna di procedere all'interruzione della gravidanza in tutti i casi in cui il parto o la maternità comportino un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, o anche in relazione a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito».

Adamo sorride, anche se è un poco infastidito dal richiamo giurisprudenziale di Eva.

«*Driin!* Ancora una volta la risposta che lei si è data è errata, signora Eva. La legge sull'aborto non riconosce un diritto a sopprimere un essere vivente, ma conferma il diritto del concepito a "nascere" se non sussistono esigenze di tutela della vita della madre, essendo necessario accertare medicalmente che la prosecuzione della gravidanza implichi danno, o pericolo, grave, non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Fermo restando ciò, tieni conto, poi, del fatto che la Corte costituzionale, con la sentenza 35 del 1997, nel confermare l'orientamento tracciato con la sentenza 27 del 1975, ha puntualizzato che al fine di realizzare in modo legittimo il bilanciamento di cui trattasi, è "obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal prose-

guire nella gestazione” e che “perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”. Dunque, Eva, come vedi, utilizzare l’argomento della parità di trattamento tra aborto e diagnosi preimpianto non ha alcun fondamento costituzionale, perché la Costituzione non riconosce un diritto assoluto all’aborto, essendo piuttosto necessaria, ogniqualvolta se ne presenti il caso, una interpretazione costituzionalmente orientata della legge sull’aborto nel senso che il bene della vita può essere oggetto di soppressione per scopi terapeutici solo quando la necessità terapeutica sia concretamente acclarata dal medico. Non basta dichiarare “non me la sento di avere un figlio non sano”, ma bisogna che sia medicalmente accertata la necessità della interruzione della gravidanza in relazione al serio accertamento medico sulla “realtà e gravità del danno o pericolo” che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione, che è cosa ben diversa da una incontrollabile autodeterminazione della donna.»

«Sì, Adamo, però devi considerare anche che all’esigenza della tutela del concepito, la Corte Costituzionale ha messo in relazione l’esigenza di protezione della madre, ai sensi dell’articolo 31, comma 2 della Costituzione, e i diritti fondamentali alla vita e alla salute della donna gestante; avuto riguardo all’ipotesi di conflitto tra le due situazioni soggettive, la Corte costituzionale ha affermato che “il bilanciamento tra detti diritti fondamentali, quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto”, e muovendo dalla considerazione che “la scriminante dell’art. 54 c.p. si fonda sul presupposto d’una equivalenza del bene offeso dal fatto dell’autore rispetto all’altro bene che col fatto stesso si vuole salvare” è pervenuta alla conclusione che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare”. Questo principio, affermato con la sentenza 27 del 1975, è stato letteralmente ribadito con la sentenza 26 del 1981.»

Adamo si ferma, flette il capo verso destra e si abbassa per guardare Eva che sta con il capo chino e gli occhi socchiusi.

«Eva, guardami. Sei davvero convinta che non essere ancora persona sviluppata equivale a “non essere”? Tieni presente che anche la sentenza 27 del 1975, che pure viene utilizzata per sostenere il carattere recessivo della tutela dell’embrione nel bilanciamento con la tutela della madre-persona, ha affermato che *“ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell’uomo riconosciuti e garantiti dall’articolo 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale”*. Eva, guardami. Siamo d’accordo sul fatto che il problema dell’inizio di una vita umana è il problema dell’inizio di un nuovo essere umano?»

Adamo incalza e continua: «Siamo d’accordo sul fatto che l’esigenza di bilanciamento e di tutela della salute della madre è stata considerata e giustificata nel contesto di una gravidanza intrauterina, e di un embrione intracorporeo? Allora, dovremmo essere d’accordo anche sul fatto che non può sostenersi che a causa dell’impianto dell’embrione affetto da anomalia genetica verrebbe sempre e comunque, per il solo fatto che l’embrione presenta una anomalia genetica, messa a rischio la vita della madre. Ciò si può e, a mio avviso, si deve escludere certamente sul piano psichico, perché si tratta di fecondazione artificiale programmata, che non può prescindere dalla ponderazione dei rischi che comunque implica sempre la gravidanza, ed è caratterizzata dalla consapevolezza, trattandosi di ge-



nitori portatori sani di malattia genetica, del rischio di embrioni con anomalie genetiche. Ovviamente diversa è la situazione in cui la valutazione medica individua nell'impianto dell'embrione affetto da anomalia genetica, un rischio fisico per la salute della madre, ma fuori da questa ipotesi non si giustifica alcuna selezione tra gli embrioni da impiantare, la quale avrebbe solo finalità discriminatorie».

«Scusami se ti contraddico, Adamo, ma, in ogni caso, deve ritenersi che la legittimità della diagnosi preimpianto trovi fondamento nella decisione della Corte Costituzionale del 2009, la 151, che ha posto in primo piano la tutela della salute fisica e psicologica della donna, affermando il principio che la tutela dell'embrione non è assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione. Inoltre, se non ho capito male, la sentenza 151 del 2009, tra l'altro, ha pure ampliato la nozione di pregiudizio per la salute della donna, fino a ricomprendervi qualunque tipo di nocumento, anche prevedibile al momento della fecondazione.»

Adamo prende in mano una sigaretta. Sembra volere chiudere la discussione, ma ritorna sul punto.

«Non è così. Eva, cerchiamo anche di essere ragionevolmente pratici. Posso pure condividere che tra le scelte procreative vada ricompresa anche quella di non avere figli quando si corre il rischio che il figlio non sia sano, ma se si opta per avere figli non si può pretendere di potere programmare una selezione tra gli embrioni al fine di potere scegliere tra di essi. Se, pur ben consapevole di correre il rischio, comunque opto per la gravidanza, me ne assumo la responsabilità, rischi noti e valutati compresi. Ed il medico, tecnico dell'impianto, alla stregua di quanto avviene nel caso di interruzione della gravidanza, così come imposto al legislatore e così come il legislatore è legittimato, anzi addirittura obbligato, a prevedere, nello svolgere la sua attività non potrebbe effettuare alcuna selezione tra gli embrioni da impiantare che non sia dettata dallo stato di necessità medicalmente accertato. La Costituzione non riconosce, infatti, alcuna possibilità di scelta "senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire" con l'impianto, ovvero senza le necessarie ed inevitabili scelte cautelative per la salute della madre "e del feto" (leggi concepito). In sostanza, le valutazioni concrete del caso da parte del medico, tecnico dell'impianto, possono portare a scelte che possono compromettere lo sviluppo dell'embrione, solo ed esclusivamente quando comprovate esigenze di tutela della salute della donna (... e del concepito!) richiedono che non tutti gli embrioni siano impiantati, ma fai bene attenzione Eva, tutto ciò, comunque, senza alcuna selezione tra quelli sani e quelli affetti da alterazione genetica, qualora il difetto genetico non esprime alcuna seria e concreta minaccia per la vita o per la salute della madre.

Eva ascolta con attenzione Adamo, ma è ancora perplessa. Adamo lo nota e la incalza.

«E ora scusami tu, Eva, se ti contraddico, ma ciò che dalla sentenza 151 viene riconosciuto al medico, tecnico dell'impianto, è la possibilità di valutare, di volta in volta, il numero degli embrioni da impiantare strettamente necessario sia ad assicurare la buona riuscita della tecnica di fecondazione sia a ridurre al minimo il potenziale pregiudizio per la salute della donna. Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale da te richiamata il medico assume il ruolo di garante necessario a ridurre il rischio di scelte non proporzionate a uno stato di necessità medicalmente accertato, e finalizzate *ab origine* ad effettuare una selezione discriminatoria non funzionale e non necessaria. Non voglio annoiarti con ragionamenti troppo tecnici, ma non va trascurato che, in definitiva, il fatto che, come mi hai detto di avere letto, sia stata esclusa la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata della normativa di riferimento e sia stata sollevata questione di legittimità costituzionale è significativa-

mente indicativo del fatto che, nell'espletamento del necessario bilanciamento di cui trattasi, nessuno dei diritti costituzionali coinvolti ha carattere assoluto, ma tutti possono e debbono essere temperati con gli altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti; in secondo luogo, non esiste una gerarchia predeterminata in astratto tra i diritti e i valori costituzionali, ed il bilanciamento, che richiede il rispetto di criteri di proporzionalità, è affidato in prima istanza al legislatore, su cui la Corte effettua il proprio compito di controllo di conformità costituzionale, che in ogni caso non può mai avere come esito il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, i cui nuclei essenziali restano intangibili. Ti leggo quel che dice, a tal proposito, la Corte costituzionale: «Il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti». Annota questa sentenza: "Corte costituzionale n. 1130 del 1988". Sono principi richiamati anche recentemente dalla Corte costituzionale. Per esempio annota anche la sentenza 1 del 2014. E sovviene anche la recente sentenza n. 162 del 2014, che pur escludendo la proporzionalità di divieti assoluti se non giustificati dagli obiettivi perseguiti da una "legge costituzionalmente necessaria", fa salva l'esigenza della "tutela" dell'altro soggetto coinvolto, rispetto ai genitori, "il figlio", e non esclude la possibilità che un divieto, pur assoluto, sia giustificato proprio dalla esigenza di tutela del "figlio".»

Eva, accenna un sorriso di sfida. Come sul dirsi, vuole fare l'avvocato del diavolo. «Puoi indicarmi atti giuridici che esplicitamente individuano nel concepimento l'inizio della vita umana?»

Adamo sta al gioco: «Posso risponderti con un'altra domanda? Esistono atti giuridici che esplicitamente lo negano? Ti sei mai chiesta perché diciamo "il bambino è nato morto"? Semplice, perché il parto è uno *step* della vita, la quale inizia, al più tardi, con la fecondazione-concepimento, e la vita è un bene dinamico, in via di sviluppo, dalla fecondazione-concepimento alla morte. Non ti pare, dunque, che il diritto alla vita, al suo sviluppo, vada riconosciuto anche in presenza di un embrione umano, il quale è già un individuo, "quell'individuo", anche geneticamente? Tu conosci bene i pareri del Comitato nazionale di bioetica. Cosa ha affermato il Comitato nel documento del 1996 intitolato *identità e stato dell'embrione umano?*»

Eva annuisce, e risponde alla domanda: «Ha detto che "nessuna proposta ontologica colloca l'embrione umano sul piano delle cose, dal momento che la sua stessa natura materiale e biologica lo colloca tra gli esseri appartenenti alla specie umana [...] Il semplice possesso della natura umana implica per ogni individuo il fatto di essere persona perché ogni diversa soluzione reintroduce, di fatto, surrettiziamente, la legittimità della discriminazione tra gli esseri umani. [...] L'embrione ha diritto ad essere trattato come una persona, ossia nel modo attraverso cui debbono essere trattati gli individui della nostra specie sulla cui natura di persone non ci sono dubbi».

«E a quale conclusione è pervenuto il Comitato?»

«Ha riconosciuto il dovere morale di trattare l'embrione umano sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si debbono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone.»

«Bene. Ti serve un'ancora giurisprudenziale? Allora bada bene al fatto che la legittima e tutelata finalità di consentire lo sviluppo dell'embrione implica la legittima tutela legislativa, costituzionalmente

necessaria, dell'embrione a svilupparsi come persona. La persona è un embrione sviluppatosi secondo l'evoluzione naturale della vita e nessun sindacato costituzionale potrebbe ritenere recessivo il diritto a raggiungere il proprio pieno sviluppo, salvo che l'interruzione all'evoluzione naturale in tal senso sia giustificata dall'esigenza medicalmente accertata di salvare la vita, e tutelare la salute della madre. Diversamente si affermerebbe il carattere assoluto delle scelte della madre con evidente violazione dei criteri che sorreggono il *test* di proporzionalità di una legge. Se siamo d'accordo sul fatto, non disconosciuto nemmeno dalla Corte costituzionale, ma esplicitamente affermato con la stessa sentenza 27 del 1975, che l'embrione è un "essere umano", allora esso è tutelato dall'articolo 2 della Costituzione che riconosce ad ogni essere umano il diritto al pieno sviluppo come persona. A parte ciò, vuoi un altro riferimento normativo, anche di livello europeo? Leggi la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 ottobre 2011, chiamata a pronunciarsi in relazione alla direttiva 98/44/CE sull'utilizzazione dell'embrione umano per finalità industriali e commerciali. A tal riguardo la Corte ha delineato la definizione di embrione umano, affermando che qualsiasi ovulo umano deve essere considerato embrione sin dalla fase della fecondazione, in quanto la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano, che fa acquisire all'embrione dignità umana e, dunque, come dicevamo, di persona in via di sviluppo. E questo è il minimo, considerato che la Corte afferma che costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi.»

### 3. Segue: letture di giurisprudenza

Adamo sente un brontolio allo stomaco e guarda l'orologio.

«Eva, è quasi mezzanotte! Ormai si è fatto tardi. Chiudo il computer e vado a prendere due pizze. Intanto tieni, questo è un elenco di decisioni. Anche se non è esaustivo, comunque, offre una panoramica che rende l'idea dello stato della giurisprudenza sulla questione. Buona lettura. Faccio presto.»

Anche ad Eva è venuta fame, prende gli appunti di Adamo, si alza e si dirige in cucina.

«Va bene per la pizza, preparo la tavola, le sentenze le cercherò e le leggerò domani, ora mi limito solo a scorrere l'elenco». E lo scorre, tutto.

1. **Ordinanza del Tribunale di Catania del 3 maggio 2004**, con la quale, il giudice, nel rigettare la domanda di accesso alla diagnosi preimpianto, afferma che «sicché si dà l'impressione suggestiva di volere tutelare la salute del figlio, ma siccome il figlio tutelato non è quello reale ma quello virtuale, non si difende in realtà alcun figlio, ma la propria volontà di averne uno conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difformi che venissero nel frattempo». La decisione ha rigettato la domanda di accesso alla diagnosi genetica preimpianto;

2. **Ordinanza del Tribunale di Cagliari del 2005**, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano

affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psicofisica della donna;

3. **Corte costituzionale, sentenza n. 369 del 9 novembre 2006**, la quale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Cagliari, senza entrare nel merito;

4. **Ordinanza del Tribunale di Firenze del 26 agosto 2008**, con la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.; dell'art. 14, comma 3, della stessa legge, limitatamente alle parole «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.; dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non contiene, in fine, le parole «e, dalla donna, anche successivamente», per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.; dell'art. 14, comma 4, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.;

5. **Sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 1 aprile 2009**, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3; la manifesta inammissibilità della questione relativa all'art. 14, commi primo e quarto, e all'art. 6, comma terzo, e con la quale la Corte Costituzionale cancella il limite dei tre embrioni producibili e l'obbligo di contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti e restituiscono «discrezionalità al medico, depositario del sapere tecnico del caso concreto che con il consenso del paziente opera le necessarie scelte in materia terapeutica»;

6. **Ordinanza del Tribunale Salerno del 9 gennaio 2010**, la quale ha ordinato l'esecuzione dell'indagine diagnostica preimpianto dell'embrione e il trasferimento in utero degli embrioni che non presentino mutazioni genetiche. Riconosce alla coppia non sterile in senso tecnico la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita in deroga a quanto previsto dalla legge;

7. **Decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012**, la quale ritiene violato l'art. 8 della CEDU ad opera della legge n. 40 del 2004 in quanto non consente l'accesso alle tecniche di fecondazione in vitro per poter effettuare diagnosi preimpianto alla coppia fertile ma con problemi di malattia genetica trasmissibile. La Corte condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 CEDU e a un risarcimento economico nei confronti della coppia – Sentenza definitiva dell'11 febbraio 2013;

8. **Ordinanza del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012**, con la quale ha riconosciuto il diritto ad ottenere l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento in utero solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui gli stessi ricorrenti risultano affetti;

9. **Ordinanza del Tribunale di Roma del 14 gennaio 2014**, che solleva questione di legittimità costituzionale su art. 1, commi 1 e 2 e art. 4, comma 1 legge n. 40/2004 per contrasto con articoli 2, 3, e 32 della Costituzione, nonché per contrasto con l'art. 117, comma 1 Costituzione, in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU;

10. **Ordinanza del Tribunale di Roma del 28 febbraio 2014**, che solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 per contrasto con gli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione nonché per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di

procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili;

11. **Sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n.162**, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3 e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita. Al contempo, però, la sentenza riconosce che: 1) quando le questioni toccano temi eticamente sensibili, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), e la sua sindacabilità è limitata alla verifica della realizzazione o meno di un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano; 2) la scelta della coppia infertile e sterile di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, tuttavia le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, possono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000); 3) la legge n. 40 del 2004 è preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare, però, con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009); 4) la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Limiti che, sebbene di norma non possono consistere in un divieto assoluto, tuttavia, non è escluso che possano esserlo qualora un divieto assoluto sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale;

12. **Sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1975**, secondo cui «l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito», il che giustifica l'intervento del legislatore sul piano penale, il quale, secondo la Corte costituzionale, non solo è legittimato, ma è obbligato «a predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla»;

13. **Sentenza della Corte costituzionale n.35 del 30 gennaio 1997**, con la quale è stato fatto salva la norma di legge che riconosce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio, in quanto «questo principio, già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 di questa Corte, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale. Va in particolare ricordata, a questo riguardo, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che "il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita". Così pure si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così,

privilegiata, in quanto appartengono – per usare l’espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – “all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”. Di più, l’art. 1 della legge n. 194 del 1978 afferma un principio di contenuto più specificamente normativo, quale è quello per cui l’interruzione volontaria della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite. Lo Stato, le regioni e gli enti locali sono impegnati, dall’art. 1, terzo comma, a sviluppare i servizi socio-sanitari e ad adottare altre iniziative necessarie “per evitare che l’aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite”. In dette proposizioni non solo è contenuta la base dell’impegno delle strutture pubbliche a sostegno della valutazione dei presupposti per una lecita interruzione volontaria della gravidanza, ma è ribadito il diritto del concepito alla vita. La limitazione programmata delle nascite è infatti proprio l’antitesi di tale diritto, che può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita».

**14. Sentenze della Corte costituzionale n.1130 del 1988 e n.1 del 2014**, in tema di “test di proporzionalità” di una legge in relazione alla sua conformità alla Costituzione;

**15. Sentenza della Corte di Giustizia della Unione Europea del 18 ottobre 2011**, nel procedimento C-34/10, con la quale, la Corte, nel pronunciarsi su questioni pregiudiziali relative alla direttiva 98/44/CE art.6, n.2, lett.c), è pervenuta alla conclusione che «il contesto e lo scopo della direttiva rivelano [...] che il legislatore dell’Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di “embrione umano” ai sensi dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva deve essere intesa in senso ampio. In tal senso, sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un “embrione umano”, ai sensi e per gli effetti dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva, dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano».

#### 4. Segue: mio padre è mia madre. Una tutela costituzionale necessaria

Prima di uscire per andare in pizzeria, Adamo raggiunge Eva in sala da pranzo e le porge un libro.

«No, ti prego, non ho alcuna voglia di leggere i tuoi testi di diritto.»

«Non è un testo di diritto. È una antologia di immagini delle opere di Rembrandt. Tieni, osserva questa immagine.»

Adamo le indica con il dito il particolare di un dipinto.

«Dimmi cosa vedi Eva.»

«Cosa vedo? Un’immagine. Un ragazzino, e due mani poggiate sulle sue spalle.»

«Guarda meglio quelle mani.»

«Sono due mani.»

«Sono la mano di un uomo e la mano di una donna, la mano di un padre e la mano di una madre.»

«È vero, ora lo noto.»

«Il dipinto è stato realizzato da Rembrandt intorno al 1666-1668, è *Il ritorno del figliol prodigo*, un olio su tela conservato nel Museo dell’Hermitage, a San Pietroburgo. Il quadro si ispira alla parabola del “padre misericordioso”, che sorregge, che consola, che accoglie, come una madre.»

Eva tace, si alza e si avvia per uscire dalla stanza. Porta con se il libro. Si ferma sull'uscio, poggia la sua mano sulla mano materna dell'immagine. Chiude gli occhi, non si muove. La richiama la voce di Adamo.

«Eva, Eva, aspetta, dimenticavo di dirti che sono passato dal laboratorio e ho ritirato il referto dei tuoi esami. Come al solito. Sorridimi.»

Eva sorride. È portatrice sana di una malattia genetica, ma si tiene sempre sotto controllo.

I suoi ragazzi domani l'aspettano all'università per una nuova lezione e il direttore avrà il suo articolo entro due giorni, come richiestole.

*The Station Law no. 40/2004*





## Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali

Maria Grazia Cabitza\*

EXCHANGE OF EMBRYOS: MEDICAL ERROR AND SPLIT OF PARENTAL ROLES

ABSTRACT: A famous, recent news item represents the occasion for this paper, that reflects about the problem of embryos' mix-up. Starting from the judgement that the Tribunal of Rome gave in that case, the author analyses the legal and ethical aspects of this situation, hoping that in the future both judges and the law-maker can give prevalence to the best interest of the minor.

KEYWORDS: embryos' mix-up; gametes' donation; best interest of the child; medically assisted reproduction; parental roles.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso – 3. Possibili scenari e inquadramento della fattispecie nell'ordinamento vigente – 4. Le implicazioni etiche e il parere del Comitato nazionale di bioetica – 5. La vicenda giudiziaria e l'ordinanza del Tribunale di Roma – 6. Possibili sviluppi nella prospettiva del preminente interesse del minore.

### 1. Premessa

L'evoluzione scientifica nel campo delle biotecnologie ha reso evidente l'esigenza di individuare, attraverso disposizioni normative largamente condivise e rispettose dei valori etici comuni, quei limiti all'azione dell'uomo un tempo ricavabili dalle stesse leggi naturali, in relazione alle quali ogni umano intento "modificativo" appariva nel contempo impensabile e privo di qualsiasi efficacia<sup>1</sup>.

Inoltre, ha messo in luce l'inadeguatezza di taluni istituti giuridici, pensati e calibrati con riferimento a un substrato scientifico e sociale ormai profondamente mutato, rendendo palese, nel contempo, la necessità di una costante opera di monitoraggio e di adeguamento della disciplina giuridica, indispensabile per garantire una soddisfacente risposta dell'ordinamento all'evolversi delle relazioni interpersonali sollecitate dal progresso scientifico<sup>2</sup>.

\* *Magistrato con funzioni di giudice civile presso il Tribunale di Cagliari.*

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997: «i confini dell'azione umana erano segnati da leggi naturali che escludevano o limitavano fortemente la possibilità di decisioni autonome. Oggi molti di quei confini sono stati cancellati, si valutano benefici e rischi di queste novità [...], si invocano leggi giuridiche in grado di fissare quei limiti che le leggi naturali non sono più in grado di indicare».

<sup>2</sup> A questo proposito appare utile segnalare l'intelligente soluzione individuata dal legislatore francese con le leggi in materia di bioetica. Sia gli interventi legislativi del 1994 che quelli successivi, compreso quello di cui alla legge del 2011 (loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique) attualmente in vigore, prevedono, infatti, un efficace meccanismo di revisione della disciplina positiva, a cadenze prestabilite (prima ogni 5 anni; ora, con la legge del 2011, ogni 7 anni), funzionale ad assicurare una tempestiva risposta dell'ordinamento giuridico alle mutate esigenze manifestatesi nel contesto sociale. Interessante osservare altresì come un ruolo

Scienze

Nel settore della fecondazione assistita può osservarsi, in particolare, come l'accesso a nuove tecniche di procreazione un tempo impensabili abbia inciso in maniera determinante sul concetto stesso di genitorialità, mettendo in luce l'esigenza di un ripensamento del modello tradizionale, ricostruito in termini di unitarietà.

La realtà concreta evidenzia, infatti, giorno dopo giorno, come in relazione a uno stesso evento procreativo spesso sia ormai possibile l'identificazione di più figure genitoriali, non solo sul versante paterno – potendo distinguersi il padre genetico da quello sociale – ma persino sul versante materno, essendo riscontrabile, accanto a una madre genetica (colei alla quale appartengono i gameti utilizzati per la fecondazione), una madre biologica (colei che con il proprio corpo porta avanti il processo procreativo, consentendo all'embrione generato da altra donna di svilupparsi e di divenire, attraverso il parto, persona umana autonoma) e, infine, una madre sociale (colei che ha voluto il processo procreativo e che, pur non partecipando allo stesso né dal punto di vista genetico né dal punto di vista biologico, ha assunto la responsabilità genitoriale).

Intuibili i profondi mutamenti che questa scissione dell'originario concetto unitario di genitorialità ha prodotto e continuerà a produrre nell'assetto dei tradizionali rapporti familiari, come dimostrato dalla recente vicenda dell'involontario scambio di embrioni verificatosi presso l'ospedale Pertini di Roma.

## 2. Il caso

Due coppie con problemi di infertilità si sono rivolte all'ospedale Pertini di Roma per realizzare il proprio progetto genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita omologa, previa creazione di embrioni *in vitro* con i gameti appartenenti rispettivamente ai componenti di ciascuna delle coppie<sup>3</sup>.

Per un errore del personale medico, gli embrioni formati col patrimonio genetico di ognuna delle coppie coinvolte sono stati impiantati nell'utero della componente femminile dell'altra coppia, e viceversa. Per una delle coppie l'impianto dell'embrione non è andato a buon fine, mentre nell'altra coppia l'intervento di procreazione assistita ha avuto successo, dando origine a una regolare gravidanza, conclusasi con il parto di due gemelli.

L'involontario scambio di embrioni non è stato rilevato nell'immediatezza, ma solo in occasione dei controlli medici effettuati nel corso della gravidanza, e, quindi, non vi è stata alcuna possibilità di porre rimedio all'errore.

---

attivo sia stato riservato, nel processo di revisione, all'obbligatorio intervento, attraverso il pubblico dibattito sulle questioni più controverse, della stessa società civile (i c.d. "états généraux de la bioéthique").

Quanto al nostro ordinamento, solo con la legge n. 40/2004, dopo anni di infruttuose discussioni parlamentari, è stata dettata una disciplina nel settore della procreazione medicalmente assistita. L'indispensabile adeguamento delle norme sia ai principi costituzionali che alle mutate esigenze sociali è stato reso possibile attraverso l'opera di supplenza dell'autorità giudiziaria, che ha, nel contempo, evidenziato la grave anomalia del sistema e la pressante necessità di chiari interventi legislativi.

<sup>3</sup> All'epoca dei fatti quella omologa era l'unica forma praticabile di procreazione medicalmente assistita, essendo successiva la pronuncia n. 162/2014 della Corte costituzionale, che ha soppresso il divieto di fecondazione eterologa, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 40/2004.

Venuta a conoscenza dell'avvenuto scambio di embrioni, la gestante ha comunque deciso di portare a termine la gravidanza<sup>4</sup>, esprimendo altresì la chiara intenzione di assumere nei confronti dei nascituri la piena responsabilità genitoriale.

La stessa volontà ha espresso il marito della gestante (madre biologica), pur nella piena consapevolezza di non avere con i nascituri alcun legame genetico<sup>5</sup>.

La vicenda si è ulteriormente complicata poiché anche la coppia che ha dato inizio al processo procreativo, concorrendo in maniera esclusiva alla creazione dell'embrione erroneamente impiantato nell'utero altrui<sup>6</sup>, ha rivendicato il proprio diritto ad essere riconosciuta quale coppia genitoriale dei nascituri<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> È pacifico che la gestante avrebbe potuto legittimamente optare per l'interruzione della gravidanza, in considerazione del rischio di grave danno alla sua salute psicofisica derivante dalla consapevolezza di avere nel grembo un embrione geneticamente altrui.

<sup>5</sup> Si ritiene che in conseguenza di tale specifica assunzione di responsabilità genitoriale, manifestata nella consapevolezza dell'avvenuto scambio degli embrioni, sia divenuta applicabile la norma di cui all'art. 9 della legge n. 40 del 2004, e, pertanto, siano venuti meno, per la madre gestante, la facoltà di restare anonima al momento del parto (art. 30, d.P.R. n. 396/2000), e, per il padre sociale, il diritto di proporre l'azione di disconoscimento della paternità. In mancanza di una tale chiara manifestazione di volontà, invece, la disposizione in questione non avrebbe potuto trovare applicazione, come sarà approfondito più avanti.

<sup>6</sup> La drammaticità e l'assoluta peculiarità della vicenda si coglie proprio in considerazione del fatto che i soggetti coinvolti non si sono trovati nella situazione controversa in conseguenza di un volontario atto personale (come accade nei tipici casi di maternità surrogata), ma a causa di un altrui comportamento colposo. Non a caso la vicenda è stata l'occasione per riflettere anche sulle prevedibili responsabilità risarcitorie del personale medico e della struttura ospedaliera, oltre che sull'effettiva efficacia delle procedure "di sicurezza" previste e sulla conseguente necessità di introdurne di ulteriori, al fine di ridurre al massimo le, pur sempre, possibili ipotesi di errore.

<sup>7</sup> Pretesa anch'essa più che legittima, essendo pacifico che l'embrione non era stato volontariamente "donato" all'altra coppia, ma era stato impiantato nel grembo di una donna terza in conseguenza di un tragico errore medico.

L'ordinamento francese, che da tempo consente la procreazione eterologa, disciplina nel dettaglio anche la peculiare forma di procreazione assistita eterologa attuata con la "donazione" dell'embrione, disponendo che, con il consenso dei genitori genetici, gli embrioni soprannumerari possano essere accolti da una coppia terza affetta da problemi di fertilità. In particolare, l'art. L. 2141-6 code de la santé publique, nella versione modificata dalla legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011, prevede:

«Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

### 3. Possibili scenari e inquadramento della fattispecie nell'ordinamento vigente

L'individuazione della disciplina applicabile è problematica poiché, da un lato, non esiste nel nostro ordinamento una specifica disposizione che espressamente preveda la fattispecie in esame<sup>8</sup> e, dall'altro, perché la stessa si caratterizza per peculiarità tali da far dubitare della legittimità di una applicazione analogica delle norme vigenti.

La fattispecie, in particolare, pur condividendone alcuni aspetti di non secondaria importanza, non è pienamente assimilabile all'ipotesi della fecondazione eterologa attuata con impianto nell'utero di altra donna dell'embrione ottenuto con i gameti della coppia di genitori intenzionali (c.d. maternità surrogata)<sup>9</sup>.

---

Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en oeuvre la procédure d'accueil».

Dal punto di vista dei "donatori", l'art. L. 2141-5 code de la santé publique, dispone:

«Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6».

Interessante notare come la stessa terminologia utilizzata («accueil d'embryon par un couple tiers»), richiamando il concetto di "accoglienza" piuttosto che quello di "donazione", voglia sottolineare la diversità della fattispecie da quella limitrofa della donazione di gameti, a conferma della convinzione che l'embrione, a differenza di questi ultimi, non sia una *res* ma piuttosto un'entità già capace di dare origine a una nuova vita umana.

Quanto al nostro ordinamento, venuto meno il divieto di fecondazione eterologa in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 162/2014, è auspicabile che migliore fortuna trovino quelle iniziative parlamentari volte all'introduzione di un sistema simile: sistema che, da un lato, assicurerebbe una *chance* di vita a tutti gli embrioni soprannumerari che, per essere venuto meno l'intento procreativo che ne aveva determinato la creazione, si trovano in "stato di abbandono" e sono destinati alla estinzione, e, dall'altro, darebbe attuazione, anche per tale via, alla *ratio* indicata a fondamento della stessa legge n. 40/2004, che all'art. 1 specifica come la finalità perseguita sia «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana».

<sup>8</sup> Il nostro ordinamento prevede, infatti, una specifica disciplina giuridica unicamente in relazione alla contigua fattispecie della supposizione di parto o della sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c., nella versione risultante dalla modifica introdotta con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, entrata in vigore dal 7 febbraio 2014), caratterizzata peraltro da peculiarità tali da non consentire un'applicazione analogica al caso in esame. Sarebbe pertanto auspicabile, dato il sempre più frequente ricorso alle tecniche di procreazione assistita, e il conseguente aumento delle possibilità di errore, un intervento normativo che preveda espressamente quali conseguenze derivino in relazione ai rapporti di filiazione nel caso di erroneo scambio di embrioni o di gameti.

<sup>9</sup> Con l'espressione "maternità surrogata" o "maternità per conto terzi" si indicano quelle forme di fecondazione eterologa che si caratterizzano per l'intervento nel processo procreativo di una donna estranea alla coppia di genitori intenzionali (solitamente ma non necessariamente anche genitori genetici), la quale porterà avanti la gestazione sino al parto ma che, restando nell'anonimato, si impegna a non frapporre alcun ostacolo affinché la suddetta coppia possa effettivamente assumere nei confronti del nato la responsabilità genitoriale.

Nell'ambito della gestazione per conto terzi, o maternità surrogata, occorre peraltro tenere ben distinte due diverse situazioni: quella in cui la donna estranea alla coppia accetti non solo di portare avanti la gestazione ma anche di partecipare alla procreazione con il proprio patrimonio genetico, acconsentendo che i propri ovuli siano fecondati con i gameti del marito o compagno della donna sterile; quella in cui la donna terza accetti di portare nel suo grembo l'embrione fecondato in vitro con i gameti della coppia di genitori intenzionali,

Il caso verificatosi presso l'ospedale Pertini di Roma, infatti, non rientra nel suddetto paradigma poiché mancava, al momento del ricorso all'intervento di procreazione assistita, il requisito fondamentale del consenso della gestante (madre biologica) ad accogliere nel proprio grembo un embrione appartenente geneticamente ad altri, avendo la stessa, in quel momento, espresso il suo consenso unicamente per una procreazione assistita di tipo omologo.

Ugualmente la vicenda non può essere inquadrata nello schema della donazione di gameti<sup>10</sup> o della donazione dell'embrione<sup>11</sup>, poiché mancava (e tuttora manca) il requisito qualificante del consenso dei genitori genetici alla "donazione".

Dal fatto che entrambe le coppie avessero inizialmente prestato il proprio consenso per una procreazione assistita di tipo omologo<sup>12</sup> (e prescindendo, per il momento, dal considerare che, dopo la scoperta dell'errore, entrambe le coppie hanno espresso ulteriori e diverse volontà, manifestando l'intenzione di voler comunque assumere la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri), derivava la dubbia applicabilità al caso in esame dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004<sup>13</sup>, pensato per la

---

nell'ipotesi in cui i problemi di sterilità consistano unicamente nell'impossibilità per il membro femminile della stessa a portare a termine la gravidanza. Nel primo caso, il nascituro appartiene pienamente sia dal punto di vista genetico che dal punto di vista biologico alla donna, estranea alla coppia di genitori intenzionali, che porterà avanti la gestazione; nel secondo caso, invece, si verifica una dissociazione tra la madre intenzionale, che il più delle volte è anche – ma non necessariamente – madre genetica e colei che accoglie nel suo grembo l'embrione e porta avanti la gravidanza sino al parto.

In Francia la prima fattispecie è indicata con l'espressione *mère de substitution*, oppure *maternité pour autrui*; la seconda con l'espressione *mère porteuse*, terminologia che bene esprime le peculiarità di ciascuna delle due ipotesi.

<sup>10</sup> Vietata in Italia sino alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014.

<sup>11</sup> Esplicitamente prevista da altri ordinamenti, tra cui quello francese, come accennato nelle precedenti note.

In Italia, sono state presentate diverse iniziative parlamentari in materia. Tra le altre, si segnala la proposta di legge Palagiano e altri, A.C. 2058, presentata il 12 gennaio 2009; la proposta di legge Farina Coscioni e altri, A.C. 4308, presentata il 22 aprile 2011; la proposta di legge Bocciardo, A.C. 4800, presentata il 25 novembre 2011; la proposta di legge Laura Molteni e Rondini, A.C. 4831, presentata il 6 dicembre 2011.

Di rilevante interesse, infine, il parere espresso dal Comitato nazionale di bioetica nel 2005 (*L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*).

<sup>12</sup> E la conseguente non riconducibilità alla loro volontà della procreazione di tipo eterologo venutasi di fatto a determinare in conseguenza dell'errore altrui.

<sup>13</sup> Il legislatore italiano, pur nell'ambito di un contesto normativo che vietava ogni forma di procreazione eterologa (compresa quella maggiormente discussa della maternità surrogata) ha previsto, in ogni caso, nell'interesse dei nascituri, una apposita disciplina per l'ipotesi di (volontaria) violazione del divieto.

L'art. 9 della legge 40 del 2004, infatti, dispone: «1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. 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 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

disciplina di quelle ipotesi di volontaria procreazione eterologa verificatesi nonostante il divieto previsto dalla legge (il generale divieto di procreazione eterologa è stato ormai soppresso in seguito alla recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014, che però non ha inciso sull'eterologa attuata nelle forme della maternità surrogata, ancora illecita in base al disposto del sesto comma dell'art. 12 della legge n. 40/2004)<sup>14</sup>.

Partendo da tale presupposto, si sarebbero potuti verificare i seguenti scenari: la gestante, pur madre in base al disposto di cui all'art. 269 c.c.<sup>15</sup>, avrebbe potuto ottenere di non essere nominata al momento del parto, in applicazione della disposizione di cui all'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396<sup>16</sup>; dall'anonimato della partoriente sarebbe derivata l'inoperatività della presunzio-

---

La norma in questione, anche dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014, trova ancora applicazione con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata, illecita in base alla disposizione di cui all'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

Una disciplina analoga a quella dettata dall'art. 9 della legge n. 40/2004 è prevista anche dal codice civile francese (art. 311-20 code civil).

<sup>14</sup> Di contrario avviso, C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (Riflettendo sul caso di scambio di embrioni)*, in [www.confrofronticostituzionali.eu](http://www.confrofronticostituzionali.eu) (5 maggio 2014), che ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 9 legge 40/2004 anche nelle ipotesi in cui non sussista un accordo «tra coppia committente e coppia inseminata», con la conseguenza che «nel momento del parto, la donna che darà alla luce i gemelli non potrà evitare di essere qualificata come loro madre negli atti dello stato civile». Ugualmente A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in [www.confrofronticostituzionali.eu](http://www.confrofronticostituzionali.eu) (5 maggio 2014), che, peraltro, pur esprimendosi in senso favorevole alla portata generale della norma, riconosce che «il disposto legislativo in parola presuppone il carattere volontario della sottoposizione della donna al trattamento sanitario mirante alla gravidanza, mentre nel nostro caso la fecondazione si è involontariamente commutata da omologa in eterologa per effetto del maldestro scambio delle provette».

<sup>15</sup> Il terzo comma dell'art. 269 c.c. dispone che «[l]a maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

<sup>16</sup> La disposizione in questione prevede, infatti: «[l]a dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

In Europa il diritto della madre a mantenere l'anonimato è previsto anche dalla Francia e dal Lussemburgo, e trova fondamento nell'esigenza di salvaguardare la stessa salute della gestante e del nascituro, evitando che la donna che non voglia riconoscere il proprio figlio partorisca clandestinamente e in condizioni sanitarie precarie, ponendo così in pericolo la sua stessa vita e quella del neonato. Peraltro, questo diritto si pone in contrasto con il diritto della persona a conoscere le proprie origini, anch'esso di rango costituzionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (*causa Godelli c. Italia*) con la pronuncia del 25 settembre 2012 ha condannato l'Italia, ritenendo la disciplina sull'anonimato della partoriente in contrasto con l'art. 8 della CEDU, poiché non assicurerebbe un giusto equilibrio tra il diritto della donna a restare anonima e quello del figlio a conoscere le proprie origini. In particolare la Corte ha ricordato «che la scelta delle misure idonee a garantire il rispetto dell'articolo 8 della Convenzione nei rapporti interpersonali rientra in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti. Esistono a tale proposito vari modi di assicurare il rispetto della vita privata e la natura dell'obbligo dello Stato dipende dall'aspetto della vita privata che viene messo in discussione [...]. L'ampiezza di tale margine di discrezionalità dello Stato dipende non solo dal o dai diritti interessati ma anche, per ciascun diritto, dalla natura stessa di ciò che viene messo in causa. La Corte considera il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, come parte integrante della nozione di vita privata. In tal caso, è necessario un esame ancora più approfondito per valutare gli interessi concorrenti».

Ha poi ulteriormente osservato «che, a differenza del sistema francese esaminato nella sentenza Odièvre, la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In

ne di paternità in capo al marito della stessa, stabilità dall'art. 231 c.c., e, conseguentemente, i genitori genetici avrebbero potuto essere riconosciuti tali, fornendo la prova, nel procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, della riconducibilità genetica dei nati (art. 269 c.c.)<sup>17</sup>, non potendo neppure trovare applicazione l'art. 253 c.c., il quale prevede l'inammissibilità di un riconoscimento della paternità in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trovi.

Infine, la non riconducibilità dell'avvenuto impianto dell'embrione nell'utero di una donna terza a un atto volontario dei soggetti coinvolti avrebbe precluso, come già accennato prima, la riconducibilità della vicenda all'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 9, legge n. 40 del 2004, il quale, per il caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto sancito dalla legge (ancora operante con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata), prevede che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»<sup>18</sup>.

Peraltro, la drammaticità della vicenda si è manifestata in tutta la sua evidenza allorché entrambe le coppie hanno dichiarato, pur nella consapevolezza dell'avvenuto scambio di embrioni, di voler assumere il ruolo e la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri, in tal modo affiancando un nuovo e mutato consenso a quello inizialmente manifestato all'inizio del processo procreativo.

Prendendo le mosse da questo ineludibile dato di fatto, e ragionando sulla base delle mere disposizioni vigenti, appaiono plausibili, a una prima lettura, le seguenti ipotesi:

- a) che la gestante possa acquisire, quale conseguenza dell'evento del parto, la qualità di madre (art. 269, comma 3, c.c.);

---

assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi. Peraltro, nella sentenza Odièvre la Corte osserva che la nuova legge del 22 gennaio 2002 aumenta la possibilità di revocare il segreto dell'identità e agevola la ricerca delle origini biologiche grazie alla creazione di un Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali. Di immediata applicazione, essa permette ormai alle persone interessate di chiedere la reversibilità del segreto dell'identità della madre, a condizione che quest'ultima vi acconsenta [...], nonché di avere accesso a informazioni non identificative. In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008».

Anche la nostra Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, pur ribadendo la necessità di mantenere la facoltà per la gestante di restare anonima, quale misura utile per la salvaguardia della vita e della salute della madre e dello stesso nascituro, sottolinea come la disciplina positiva risulti troppo rigida poiché, contrariamente a quella francese, già richiamata dalla Corte EDU, cristallizza la scelta effettuata al momento del parto, senza previsione di alcun correttivo. La Consulta pertanto ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184/1983, come sostituito dall'art. 177 comma 2 del d.lgs. n. 196/2003, nella parte in cui non prevedeva «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 ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

<sup>17</sup> Il secondo comma dell'art. 269 c.c. prevede che la prova, ai fini del riconoscimento della paternità e della maternità, possa essere data con ogni mezzo; non vi è dubbio, pertanto, che l'accertamento genetico possa costituire prova idonea a dimostrare la sussistenza del rapporto genitoriale.

<sup>18</sup> Come già detto, i genitori genetici non hanno posto in essere alcun atto di donazione dei propri gameti o dell'embrione creato con il proprio patrimonio genetico, avendo manifestato l'opposta volontà di procedere ad atti di procreazione assistita di tipo omologo.

- b) che il marito della madre biologica, a sua volta, essendo nati i figli in costanza di matrimonio, possa acquistare la qualità di padre, in virtù della presunzione stabilita dall'art. 231 c.c.;
- c) che i genitori genetici non possano esercitare l'azione volta alla contestazione dello *status* acquisito dai minori, e poi agire per il riconoscimento della paternità e della maternità, essendo ostativo il combinato disposto di cui agli articoli 239, 240 e 253 c.c., che stabiliscono che lo stato di figlio possa essere contestato solo nel caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato<sup>19</sup>.

Lasciando per il momento in sospenso la questione se detta ricostruzione dei rapporti di filiazione, derivante dalla immediata applicazione delle disposizioni appena richiamate, offra una soddisfacente soluzione del conflitto alla luce dei principi costituzionali, ci si può chiedere se dall'ordinamento vigente possa comunque ricavarsi, eventualmente attraverso un'interpretazione estensiva o analogica, una diversa soluzione, e cioè una soluzione che veda prevalere i genitori genetici.

A tale proposito, va riconosciuto che non è individuabile, al momento, una norma sulla quale fondare un supposto obbligo della madre biologica di consegnare i bambini ai genitori genetici, ostandovi, in primo luogo, lo *status* acquisito dai minori al momento della nascita.

Appare evidente, inoltre, l'impossibilità, in considerazione delle specifiche caratteristiche della fattispecie, di procedere a una applicazione in via analogica dell'art. 240 c.c., il quale consente di porre in discussione le risultanze dell'atto di nascita (che indicano come madre colei che ha partorito, e come padre il marito di quest'ultima) unicamente in caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, prevedendo che solo in tali ipotesi possa essere data «la prova della filiazione anche a mezzo di testimoni, nei limiti e secondo le regole dell'art. 241»<sup>20</sup>.

Nella vicenda in esame, infatti, un parto si è effettivamente verificato e lo scambio è avvenuto non in relazione a persone già venute a esistenza e, quindi, capaci di vita autonoma, ma quando la vita era ancora *in fieri* e necessitava, per il suo regolare sviluppo, del grembo materno. Tale fondamentale elemento di distinzione porta ad escludere la ammissibilità di una applicazione analogica delle disposizioni appena richiamate<sup>21</sup>.

Non va trascurato, inoltre, che la mancata valorizzazione dei legami fondamentali di natura biologica e psichica che si instaurano tra nascituro e gestante durante il lungo periodo della gestazione, e che danno fondamento alla evidente peculiarità del caso, non solo potrebbe risultare in contrasto con i principi che disciplinano l'applicazione analogica della legge, ma potrebbe altresì rivelarsi in contrasto con lo stesso preminente interesse dei nascituri alla vita, potendo porre in pericolo le stesse aspettative di vita dell'embrione, strettamente dipendenti dalle scelte della gestante.

<sup>19</sup> L'art. 240 c.c. dispone che «[l]o stato di figlio può essere contestato nei casi di cui al primo e secondo comma dell'articolo 239». L'art. 239 c.c., a sua volta, stabilisce: «1. Qualora si tratti di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, ancorché vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato, il figlio può reclamare uno stato diverso, dando la prova della filiazione anche a mezzo di testimoni nei limiti e secondo le regole dell'articolo 241. 2. Parimenti si può contestare la legittimità del figlio dando anche a mezzo di testimoni, nei limiti e secondo le regole sopra indicati, la prova della supposizione o della sostituzione predette». L'art. 253 c.c. dispone, infine, che «[i]n nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trova».

<sup>20</sup> L'art. 241 c.c. prevede che «[q]uando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato la prova della filiazione può darsi in giudizio con ogni mezzo».

<sup>21</sup> Sul punto, peraltro, taluni giuristi hanno espresso posizioni differenti, propendendo per l'applicabilità estensiva o analogica della disposizione.



A quest'ultima, infatti, non potrebbe certo essere negata la facoltà di optare, a tutela della propria salute, per l'interruzione di quella peculiare gravidanza, frutto della colpevole condotta di terzi, non potendo dubitarsi che l'integrità psicofisica della gestante possa subire un pregiudizio dall'esperienza traumatica di portare nel grembo un embrione geneticamente altrui e di dover dare alla luce un figlio nella prospettiva di dovervi poi rinunciare per adempiere un obbligo di legge.

Pertanto, vi è da osservare che, proprio in ragione della assoluta singolarità della fattispecie, ciascuna delle soluzioni prospettabili sulla base delle norme vigenti – che, come già detto, non si attagliano perfettamente al caso in ragione delle sue specificità – dev'essere adeguatamente valutata alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, alla luce del preminente interesse del minore, come opportunamente sottolineato dal Comitato nazionale di bioetica nel parere reso l'11 luglio 2014.

#### 4. Le implicazioni etiche e il parere del Comitato nazionale di bioetica

La vicenda è stata immediatamente portata all'attenzione del Comitato nazionale di bioetica<sup>22</sup>, che si è pronunciato con parere reso l'11 luglio 2014.

Con tale pronuncia il Comitato ha volutamente omesso di indicare quale delle due coppie dovesse essere preferita dal punto di vista etico, limitandosi a raccomandare alcuni irrinunciabili criteri da seguire per la composizione degli interessi in conflitto.

Il Comitato, dopo aver esaminato le ragioni in favore dell'una o dell'altra coppia di genitori, è giunto alla conclusione che «[t]utti gli argomenti esaminati a favore o della madre gestante o di quella genetica e del padre genetico e di quello sociale/legale appaiono ragionevoli sotto l'aspetto etico. [...] Pertanto, il Comitato ritiene in questa vicenda di scambio involontario di embrioni di non esprimere una "preferenza" bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali, nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno, il dilemma etico resterà aperto».

Riconosciuta dunque la legittimità, nel caso di specie, della «pluralità delle posizioni bioetiche in merito alla maternità e alla paternità», il Comitato ha evidenziato come, piuttosto, il bilanciamento dei relevantissimi interessi in gioco dovesse essere individuato prendendo le mosse da una diversa prospettiva, quella dell'interesse dei futuri nati, da porre «in una posizione di preminenza rispetto a interessi e diritti riconosciuti ai genitori», in sintonia con i riferimenti normativi e giurisprudenziali in materia, che evidenziano «un complesso di garanzie inviolabili e non negoziabili del minore da collegare nell'ambito dei diritti della personalità».

Poste tali premesse, il Comitato ha concluso indicando, in particolare, la necessità di assicurare ai minori «due figure genitoriali certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridiche e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono essere il meglio per i propri figli», ma nel contempo ha evidenziato l'esigenza di evitare l'esclusione dell'altra coppia «dalla vita dei nati», essendo fondamentale per il sereno ed equilibrato sviluppo dei minori, l'instaurazione di «un rapporto significativo con coloro che hanno dato loro la vita (in modo

<sup>22</sup> Il Comitato nazionale per la bioetica, istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il 28 marzo 1990, svolge, come è noto, funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni pubbliche nazionali, esprimendo pareri sui problemi etici sollevati dal continuo progredire delle scienze.

genetico o gestazionale)», finalità quest'ultima da perseguire utilizzando, eventualmente, tutti gli strumenti giuridici idonei a tutelare i minori «a fronte di comportamenti escludenti per loro pregiudizievoli posti in essere da un nucleo familiare nel rapporto con l'altro, per esempio prevedendo un "diritto di visita"».

Di grande rilevanza è altresì il passaggio con il quale il Comitato ha ricordato il «diritto del nato a conoscere la verità del proprio concepimento e della propria ascendenza biologica nei suoi aspetti generali», e il corrispondente dovere dei genitori con cui i nati vivranno di «rivelare ai figli la verità sulle modalità del loro concepimento», particolarmente significativo nel caso in esame.

## 5. La vicenda giudiziaria e l'ordinanza del Tribunale di Roma

I genitori genetici dei gemelli nati in seguito all'involontario scambio di embrioni, con ricorso proposto davanti al Tribunale di Roma ai sensi dell'art. 700 c.p.c., hanno chiesto che fosse ordinato al Ministero dell'interno di diffidare tutti gli ufficiali dello stato civile presso le anagrafi italiane dal formare l'atto di nascita dei due gemelli indicando quali genitori la partoriente e il marito di quest'ultima, essendo tale indicazione in contrasto con le risultanze genetiche, che incontestabilmente dimostravano il rapporto biologico di filiazione tra i nascituri e i resistenti. Hanno chiesto, inoltre, che fosse ordinata in loro favore la consegna dei neonati, o, in via subordinata, che fosse disposta in loro favore la facoltà di visita e di frequentazione idonea a garantire, nell'immediatezza, l'instaurazione con gli stessi di un rapporto significativo.

In via pregiudiziale hanno altresì chiesto che il Tribunale, qualora lo avesse ritenuto indispensabile per l'accoglimento della domanda cautelare, procedesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 c.c. nella parte in cui prevede, senza indicare alcuna eccezione, che la madre sia sempre colei che partorisce il figlio, così consentendo che detto automatico effetto giuridico si ricollegli al mero evento del parto anche nelle ipotesi in cui il figlio sia geneticamente di altra donna; dell'art. 239, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede la possibilità di reclamare (e di contestare ex art. 240 c.c.) lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, così implicitamente escludendo detta facoltà nell'ipotesi in cui lo scambio abbia avuto a oggetto gli embrioni, come accaduto nel caso di specie; dell'art. 243-bis c.c., nella parte in cui viene riconosciuta, per i figli nati in costanza di matrimonio<sup>23</sup>, la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità unicamente in capo al marito, alla moglie e al figlio<sup>24</sup>, così fissando una disciplina diversa da

<sup>23</sup> Gli scenari sarebbero stati del tutto diversi se tra la donna gestante e il suo *partner* non vi fosse stato il vincolo del matrimonio, ma unicamente una stabile convivenza *more uxorio* (presupposto anch'esso legittimante il ricorso alla procreazione assistita). In tale ipotesi, infatti, non sarebbe scattata la presunzione di cui all'art. 231 c.c. e il padre genetico non avrebbe avuto alcun ostacolo per l'accertamento del rapporto di filiazione fornendo la prova attraverso i risultati dei già espletati accertamenti genetici.

<sup>24</sup> La legittimazione per proporre l'azione di disconoscimento della paternità è riservata, qualora il figlio sia stato concepito o sia nato in costanza di matrimonio (per i quali vale la presunzione secondo cui padre è il marito della donna che ha partorito) unicamente al marito, alla moglie e al figlio (con termini di decadenza di 5 anni per i coniugi e con specifica indicazione di imprescrittibilità per il figlio). Prevede, invece l'art. 263 c.c. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità): «Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse». L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio. L'azione di impugnazione da parte dell'autore del

quella prevista dall'art. 263 c.c., il quale dispone, invece, che l'azione per l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse.

Hanno infine precisato i ricorrenti che la cautela richiesta era funzionale ad assicurare gli effetti del proponendo giudizio di merito, volto all'accertamento, in loro favore, della paternità e maternità naturale, previa dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme prima indicate nella parte in cui, per i figli nati in costanza di matrimonio, impediscono l'esercizio delle azioni dirette a far prevalere la verità (genetica) sull'apparenza, se non nei ristretti limiti di cui agli articoli 239 e 240 c.c. (supposizione di parto o scambio di neonati), senza prevedere detta possibilità anche nell'ipotesi in cui al momento della nascita già sia evidente che i nati provengono geneticamente da genitori diversi da quelli legali.

Nel costituirsi in giudizio l'altra coppia genitoriale si è opposta alla domanda, deducendo che, in seguito al parto, avvenuto il 3 agosto 2014, i neonati avevano legittimamente acquistato lo *status* di figli di colei che li aveva messi al mondo; da tale *status* era poi conseguito l'automatico riconoscimento, in capo al marito della gestante, della qualità di padre, in conformità a quanto previsto dalle disposizioni vigenti, tutte perfettamente rispondenti, anche nel caso di specie, alla piena soddisfazione dell'interesse fondamentale dei figli a mantenere il legame con la madre che li aveva fatti nascere.

Il Pubblico Ministero, intervenuto nel procedimento, ha sollecitato il rigetto del ricorso, deducendo a fondamento delle proprie conclusioni l'interesse dei minori a non essere separati dalla madre biologica, da individuarsi, sulla base del disposto di cui all'art. 269, comma 3, c.c., in colei che aveva partorito.

Il Tribunale, ritenuta la manifesta infondatezza e la non rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai genitori genetici a fondamento del ricorso, ha rigettato la domanda cautelare. In primo luogo il giudice, all'esito di una compiuta ricognizione delle disposizioni del codice civile regolanti i rapporti di filiazione e delle modifiche di recente introdotte con il d.lgs. n. 154 del 2013, pone in evidenza come il nostro ordinamento giuridico, anche all'esito di quelle recentissime modifiche, abbia mantenuto, confermandolo, il principio cardine secondo il quale alla base della maternità vi è l'evento storico del parto.

Nell'ordinanza si osserva, inoltre, come detto principio, pur introdotto in un'epoca in cui non era ancora del tutto chiaro che la maternità potesse scindersi tra una madre biologica e una madre genetica, sia stato dal legislatore del 2013 consapevolmente ritenuto ancora adeguato per la regolamentazione dei rapporti di filiazione sul versante materno, anche in un contesto sociale caratterizzato dalla

---

riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento. L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'articolo 245».

comprovata possibilità scientifica di ricorrere a ipotesi di procreazione eterologa implicanti necessariamente, in talune ipotesi, detta distinzione tra i due aspetti della maternità<sup>25</sup>.

Dall'applicazione delle norme in questione conseguirebbe un risultato perfettamente rispondente all'interesse dei minori, dato che «la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre»; e che d'altro canto «è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino»<sup>26</sup>.

Inoltre, si afferma nell'ordinanza che non sarebbe auspicabile la decisione inversa, poiché, se si riconoscesse la prevalenza della madre genetica, nella prospettiva che la stessa sia più funzionale alla miglior tutela del minore, e si ritenesse, conseguentemente, rilevante la questione di costituzionalità sollevata con riferimento alle vigenti norme, che escludono una tale possibilità, «si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante»<sup>27</sup>.

Passando a esaminare i profili riguardanti la paternità, il Tribunale di Roma rileva come con la riforma del 2013 sia stata confermata anche la presunzione secondo la quale il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio, e come, quindi, risulti ribadita la scelta di fondo in base alla quale «la tutela del diritto allo status ed all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica»<sup>28</sup>.

Ulteriore espressione di una tale opzione di fondo sarebbero inoltre, da un lato, le norme che dispongono che il padre genetico non possa contestare lo *status* di colui che risulti figlio di altra persona (il marito della donna gestante) se non nei ristretti limiti di cui agli articoli 239 e 240 c.c., in base ai quali detta possibilità è riconosciuta unicamente in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto; e, dall'altro, le nuove disposizioni introdotte per la disciplina delle azioni di disconoscimento di

<sup>25</sup> Va ricordato che, nonostante la nota pronuncia della Corte costituzionale, resta vietato il ricorso alla maternità surrogata (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004).

Appare peraltro utile segnalare che, con riferimento al problema della trascrivibilità dei certificati attestanti lo status di filiazione in relazione a figli nati in seguito a procreazione assistita attuata con le modalità della maternità surrogata nei Paesi in cui detta modalità è espressamente prevista o comunque non è vietata, si è espressa di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con la decisione del 26 giugno 2014, n. 65941/11, sul presupposto che il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile in ordine alla trascrizione della suddetta certificazione comportava una violazione del diritto del minore al rispetto della sua vita privata, ha condannato la Francia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione per i diritti dell'uomo. In particolare, la Corte ha chiarito: «Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant».

<sup>26</sup> Trib. Roma, ordinanza 8 agosto 2014.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, che prevedono un termine di decadenza di cinque anni, oltre il quale è definitivamente precluso il loro esercizio.

Tutte le disposizioni richiamate, finalizzate alla tutela del minore alla stabilità del rapporto di filiazione e alla conservazione dei legami familiari e di affetti che ne fondano l'identità, anche a discapito della verità biologica, sarebbero idonee, secondo il giudice romano, a giustificare, anche nel caso di specie, la prevalenza del padre sociale (il marito della partorientente) sul padre genetico. Né in relazione alle stesse potrebbe porsi un problema di illegittimità costituzionale, risultando dette norme conformi alla salvaguardia del preminente interesse degli stessi figli, così come specificato dalla giurisprudenza sia nazionale che internazionale, che ha costantemente individuato il criterio guida ponendo l'accento «non sul dato genetico del rapporto di filiazione o su un eventuale diritto dei genitori genetici, ma sul diritto del minore a mantenere il legame familiare consolidatosi nel tempo»<sup>29</sup>.

Sul presupposto, dunque, che le norme vigenti siano idonee ad assicurare una soddisfacente tutela dell'interesse primario dei minori, il giudice romano, previa dichiarazione della manifesta infondatezza e irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata dai genitori genetici, ha rigettato la domanda cautelare proposta, riscontrando l'insussistenza del *fumus boni iuris* posto a fondamento del ricorso.

## 6. Possibili sviluppi nella prospettiva del preminente interesse del minore

L'ordinanza del Tribunale di Roma individua giustamente la composizione del conflitto nell'ottica della prevalenza dell'interesse del minore, riscontrando in relazione a detto interesse una sostanziale coerenza delle disposizioni vigenti, non suscettibili, pertanto, di essere sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale.

L'aspetto decisivo è dunque chiarire quale sia, nel caso in esame, il preminente interesse dei minori, individuato dal giudice romano nell'interesse a non essere separati dalla madre biologica e a mantenere i legami già esistenti con entrambi i residenti, come garantito dall'ordinamento vigente.

Come già detto, con riferimento alle posizioni conflittuali sul versante della maternità, il giudice capitolino, ritenuta la piena corrispondenza tra le disposizioni in vigore, che fondano il rapporto tra madre e figlio sull'evento del parto, e la tutela del preminente interesse dei minori, ha rigettato la domanda cautelare dei ricorrenti volta alla separazione dei neonati dalla madre che li aveva appena dati alla luce.

L'individuata prevalenza della madre biologica rappresenta una soluzione ragionevole e, pur considerata la drammaticità della vicenda e il rispetto per la contrapposta posizione della madre genetica, sotto molti aspetti da condividere, proprio in considerazione del preminente interesse dei minori.

Non può, infatti, dubitarsi dell'esistenza, già prima della nascita, di un intenso rapporto tra il feto e la madre che lo porta in grembo, rapporto fondamentale per un armonioso sviluppo dello stesso feto e, poi, del nuovo individuo venuto al mondo<sup>30</sup>. Non sarebbe, dunque, giustificata, nell'indicata ottica

<sup>29</sup> Trib. Roma, ordinanza cit.

<sup>30</sup> In caso di conflitto, nel dilemma è la madre uterina che prevale su quella genetica «in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano». La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente

del preminente interesse del minore, una decisione che disponesse la separazione coercitiva del neonato dalla madre che lo ha partorito e che, in tal modo, andasse a interrompere forzatamente quel fondamentale rapporto già in atto<sup>31</sup>.

Pertanto, come affermato nell'ordinanza, le norme vigenti, che individuano nella gestazione e nel parto l'evento fondante la maternità, e che hanno trovato consapevole conferma anche in occasione della recente riforma del 2013, appaiono del tutto conformi all'interesse del minore a conservare quel particolare rapporto instaurato con la madre gestante già in epoca prenatale. Dette norme, inoltre, proprio in ragione di tale conformità, evidenziano la manifesta infondatezza, nel caso concreto, delle questioni di legittimità costituzionale sollevate a fondamento della domanda cautelare.

A tale proposito, può essere utile ricordare che in altri ordinamenti nei quali è prevista, seppur entro determinati limiti espressamente indicati dalla legge, la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata<sup>32</sup>, è stata, in ogni caso, assicurata la facoltà per la gestante ad essere, comunque, riconosciuta quale madre del bambino che ha partorito, prevedendosi che ella, dopo la nascita, abbia un termine per decidere liberamente se tenere il figlio, ovvero consegnarlo ai genitori intenzionali.

Le indicazioni provenienti dai Paesi che prima di noi si sono trovati ad affrontare le questioni poste dalla diffusione di tale peculiare forma di procreazione assistita confermano ulteriormente la necessità che, nell'individuazione e nel riconoscimento del rapporto di filiazione sul lato materno, la gestazione e il parto prevalgano sulla verità genetica, in ragione delle specifiche peculiarità del rapporto simbiotico che durante la gestazione si instaura tra il feto e la madre, la quale con il proprio corpo accoglie l'embrione, lo nutre e gli consente di venire al mondo. Con la conseguenza che, in caso di rifiuto della gestante di consegnare il bambino alla madre intenzionale, pur nell'ipotesi in cui questa abbia partecipato con i propri gameti alla creazione dell'embrione, in tal modo trasmettendo a quest'ultimo il proprio patrimonio genetico, nessun legittimo strumento giuridico potrebbe essere utilizzato per costringere la gestante a rinunciare al figlio al quale, attraverso il parto, ha dato la vita. Molto più problematico si rivela, invece, il giusto temperamento degli interessi in gioco sul versante della paternità, meritando ulteriore approfondimento il quesito se risponda meglio all'interesse dei minori la prevalenza del padre sociale su quello genetico, come ritenuto dal Tribunale di Roma.

---

interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto», C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*, Milano, 1989, 294.

Anche il Comitato nazionale di bioetica, nell'esprimere un giudizio negativo in ordine alla liceità del ricorso alla pratica della maternità surrogata, fonda detto giudizio proprio sulla considerazione del peculiare legame che si crea tra feto e gestante durante la gestazione (v. parere del 17 giugno 1994).

<sup>31</sup> Anche in Francia, dove la questione è stata lungamente dibattuta in previsione della revisione delle leggi sulla bioetica, le indicazioni raccolte in funzione della preparazione del dibattito parlamentare sull'opportunità di sopprimere il divieto di procreazione eterologa attuata nelle forme della maternità surrogata, sono state univoche nel senso di escludere la previsione di qualsiasi forma di coercizione sulla gestante, sia in relazione alle decisioni riguardanti la gravidanza, che in relazione alla consegna o meno del bambino ai genitori intenzionali.

<sup>32</sup> In Inghilterra il ricorso alla maternità surrogata è stato ritenuto lecito per la prima volta con la legge del 1° novembre 1990, che l'ha disciplinata in senso fortemente restrittivo; detta liceità è stata poi confermata con le riforme del 2008 e del 2010 (Human Fertilisation and Embryology Act 2010) che ne hanno esteso i confini e che, da ultimo, hanno riconosciuto anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di ricorrere a questa modalità di procreazione assistita.

Il rapporto di filiazione, visto con riferimento al versante della paternità, sembra presentare, infatti, aspetti che lo differenziano in maniera sostanziale dalle peculiarità caratterizzanti il rapporto tra madre e figlio, e che rendono, pertanto, necessaria una trattazione distinta.

Da questo punto di vista, non sembra del tutto condivisibile l'iter logico che ha portato il giudice romano ad escludere che il padre genetico sia titolare di un interesse parzialmente diverso da quello della madre genetica<sup>33</sup>, ma, soprattutto, ed è l'aspetto che più conta, che lo ha spinto a ritenere che l'interesse primario dei figli fosse il medesimo in relazione ai due versanti della genitorialità, quello materno e quello paterno.

A ben vedere, invece, in relazione al rapporto di filiazione dal lato paterno, un interesse distinto sembra essere individuabile sia in capo al padre genetico, sia in capo ai figli, poiché non è ancora riscontrabile nei confronti del padre sociale l'esistenza di quei consolidati legami che, invece, risultano già in atto tra il feto e la madre biologica, e sulla cui esistenza trova fondamento la prevalenza di quest'ultima sulla madre genetica.

In particolare, l'interesse dei minori, dal cui punto di vista il fenomeno deve essere analizzato, sembra assumere sul versante paterno connotati specifici, dato che solo in epoca successiva alla nascita il padre (quello genetico così come, allo stesso modo, quello sociale) potrà incominciare a costruire un significativo rapporto con il figlio.

Solo dopo la nascita, infatti, incominceranno a prendere corpo tra padre e figlio quelle relazioni di accudimento, fiducia e affetto che, consolidandosi nel tempo, intesseranno il rapporto di filiazione anche a prescindere dall'esistenza di un legame di sangue: esse ben potranno costituire, una volta effettivamente instaurate (e oggettivamente riscontrate), la ragione per la quale, in caso di conflitto, dovrà prevalere, per la tutela degli interessi del minore, il *favor filiationis* sul *favor veritatis*.

L'attuale mancanza in capo al padre sociale di un tale rapporto con i figli, ancora tutto da costruire, rende quindi problematica, sulla base dei principi costituzionali e sovranazionali, la giustificazione della prevalenza di quest'ultimo sul padre genetico, nonostante detta prevalenza appaia, a una prima lettura, conforme al diritto positivo, il quale, come già detto, stabilisce una presunzione di paternità in favore del marito della madre che ha messo al mondo i figli.

In particolare, affiora il dubbio che la soluzione individuata dal giudice romano, il quale anche sul versante della paternità ha ritenuto la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal padre genetico, sia la più appagante, proprio in considerazione del preminente interesse dei minori.

Occorre, infatti, ribadire come, dal punto di vista della sussistenza o meno di legami significativi con i minori, il genitore sociale si trovi, in definitiva, in una situazione non dissimile da quella in cui versa il padre genetico, non essendo riscontrabile, al momento della nascita, in relazione a nessuno dei due quel rapporto che talvolta giustifica la prevalenza della finzione giuridica sulla verità biologica.

<sup>33</sup> Si legge testualmente nell'ordinanza in commento: «non si ritiene che nella fattispecie in esame, effettivamente diversa da quelle esaminate dalla Corte, il padre genetico abbia un interesse giuridicamente rilevante da far valere, distinto da quello della madre genetica, per cui le questioni devono essere congiuntamente esaminate, tenendo conto della peculiarità del caso concreto, avendo sempre come riferimento l'interesse del minore, criterio guida ai fini del bilanciamento degli interessi in conflitto».

Tanto premesso, ci si deve chiedere, allora, se possa essere individuato un interesse del minore (distinto da quello alla conservazione di significativi rapporti già in atto, i quali, come detto, al momento della nascita non sono ancora riscontrabili sul lato paterno) tale da dare fondamento alla prevalenza, nel conflitto con il padre genetico, di colui che automaticamente assume detta qualità in virtù di una presunzione legislativamente prevista (unicamente) per i figli nati in costanza di matrimonio.

Solo in tal caso, infatti, al fine di assicurare la tutela di quell'interesse, potrebbe trovare giustificazione, alla luce dei valori fondamentali, la prevalenza della finzione giuridica, e, quindi, il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre sociale, così come indicato dalla norma positiva.

Analizzando i principi affermati nelle più recenti pronunce, sia della Corte costituzionale che della Corte europea per i diritti dell'uomo, ci si accorge che, nelle vicende riguardanti la procreazione, non sempre il *favor veritatis* è stato ricostruito in termini conflittuali con il preminente interesse del minore, ma, al contrario, spesso è stato indicato quale essenziale componente di quell'interesse<sup>34</sup>.

È vero che il legislatore, nel riconoscimento delle relazioni familiari, pone a volte in secondo piano la verità genetica, quando questa appaia di ostacolo per la migliore tutela dell'interesse del minore (prevalente su tutti gli altri interessi in conflitto), ma nella vicenda in esame un tale conflitto non sembra proprio individuabile.

Alla luce dei valori fondamentali della persona, così come ricostruiti dai supremi giudici, non sembra, infatti, che vi siano ragioni sufficienti per giustificare la prevalenza del padre sociale, sussistendo, al contrario, la necessità di assicurare adeguata protezione al diritto dei figli alla verità biologica e alla costruzione del rapporto di filiazione in sintonia con detta verità, alla quale, inoltre, è auspicabile che sin dall'origine loro abbiano accesso.

Sul punto è utile richiamare quanto indicato dal Comitato nazionale di bioetica, il quale, nel parere reso l'11 luglio 2014, ha espressamente sottolineato la necessità, in considerazione delle peculiarità della vicenda, di tutelare con maggiore intensità «il diritto del nato a conoscere la verità del proprio concepimento e della propria ascendenza biologica nei suoi aspetti generali», ed ha altresì chiarito

<sup>34</sup> In relazione a tale specifico aspetto del preminente interesse dei figli, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che spetta al legislatore «di operare, anche in ragione dell'evolversi della coscienza collettiva, il necessario bilanciamento del rapporto tra tutela dell'appartenenza familiare e tutela della identità individuale; *bilanciamento che, peraltro, si è mosso (nella presente realtà sociale) piuttosto nella direzione (opposta rispetto a quella auspicata dal rimettente) della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale*; che, d'altronde, questa Corte ritiene che la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze n. 322 del 2011, nn. 216 e 112 del 1997)».

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la pronuncia del 25 settembre 2012 (*causa Godelli c. Italia*), nel decidere in relazione al possibile contrasto tra la disciplina sull'anonimato della partoriente con l'art. 8 della Convenzione, che garantisce fondamento al diritto del figlio a conoscere le proprie origini, ha chiarito e ribadito che il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, costituisce parte integrante del diritto al rispetto della vita privata.



come debba essere evidenziato il corrispondente dovere dei genitori con cui i nati vivranno di «rivelare ai figli la verità sulle modalità del loro concepimento»<sup>35</sup>.

Va osservato, inoltre, che la percezione del rapporto con il padre in termini veritieri potrebbe anche aiutare i figli a vivere in termini meno traumatici una così peculiare vicissitudine procreativa.

Considerate le specificità del caso, non sembra allora che soddisfi meglio il preminente interesse dei minori, in tutte le sfumature appena indicate, la soluzione ritraibile dalla mera applicazione delle disposizioni vigenti, che fanno necessariamente conseguire al riconoscimento del rapporto di filiazione in capo alla madre biologica anche la prevalenza del padre sociale sul padre genetico.

Infatti, dovrebbe forse essere ulteriormente scandagliata, in questo caso, la compatibilità di una tale automatica conseguenza, derivante dalla presunzione di paternità prevista dalla legge, con i valori fondamentali della persona, così come ricostruiti dai supremi giudici sia nell'ordinamento interno che in quello sovranazionale.

Più specificamente, potrebbe apparire di dubbia costituzionalità – e altresì in conflitto con i principi affermati dalla Corte europea per i diritti dell'uomo – l'automatismo derivante dalla presunzione di paternità prevista per legge per i figli nati in costanza di matrimonio, anche quando già emerga, come nel caso trattato, in maniera certa la verità genetica del rapporto di filiazione, tale da sconfiggere irrimediabilmente sul nascere quella presunzione.

Pur non essendo la verità genetica un valore assoluto, sembra a chi scrive che, in sintonia con i principi costituzionali e sovranazionali, quando il preminente interesse del minore non appaia in conflitto con quella verità, quest'ultima debba prevalere, essendo anch'essa strumentale alla realizzazione di fondamentali diritti della personalità, in primo luogo dei figli.

Potrebbe allora ritenersi plausibile che, nel conflitto tra padre genetico e padre sociale, non essendo ancora in atto, al momento della nascita, rapporti significativi tra quest'ultimo e i neonati, possa prevalere il padre genetico, risultando tale scelta in sintonia con il fondamentale diritto dei figli a conoscere la verità sulle proprie origini e, in particolar modo, a percepire in termini veritieri il rapporto giuridico di filiazione.

Tale possibile opzione pare anche in linea con le raccomandazioni espresse dal Comitato nazionale di bioetica nel parere del luglio scorso, laddove è stata raccomandata l'individuazione di «due figure genitoriali certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridiche e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono essere il meglio per i propri figli», ma nessun riferimento è stato fatto circa la necessità che dette figure intrattengano tra loro rapporti affettivi di coppia.

Da tale consapevole omissione trae ulteriore fondamento la tesi che l'interesse dei minori a essere allevati, accuditi ed educati da due figure genitoriali legate tra loro da uno stabile rapporto di coppia, pur ragguardevole, possa recedere, in casi particolari, rispetto all'interesse sovraordinato a conosce-

<sup>35</sup> La necessità per un equilibrato sviluppo psicologico del minore che non gli venga taciuta la verità sulle proprie origini emerge da svariati studi scientifici e dalle indagini condotte di recente in quei Paesi in cui da tempo è possibile la fecondazione eterologa, da cui emerge l'esigenza psicologica di molti ragazzi nati in seguito a tecniche procreative eterologhe non solo di conoscere la verità ma anche di conoscere i genitori genetici, tanto che ampio è il dibattito, tra gli specialisti e nella stessa società civile, sull'opportunità o meno di una revisione delle disposizioni che garantiscono l'anonimato dei donatori di gameti.

re le proprie origini e, soprattutto, a intrattenere con il padre un rapporto di filiazione fondato su basi veritiere e non su una presunzione giuridica sconfessata *ab origine*.

Tanto più nel mutato contestato sociale, che sperimenta da tempo la possibilità che la coppia matrimoniale (o *more uxorio*) si scioglia, e nel conseguente mutato contesto normativo, che per tale evenienza<sup>36</sup> prevede una collaudata disciplina finalizzata ad assicurare che i figli, nonostante lo scioglimento del legame di coppia, possano ancora contare sulla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori che li hanno messi al mondo<sup>37</sup>.

La soluzione appena indicata sembra assicurare, inoltre, intima coerenza al sistema, dato che indicherebbe una stessa disciplina per situazioni sostanzialmente sovrapponibili.

Va osservato, a tale proposito, che, se la donna che ha portato avanti la gestazione non fosse stata legata al proprio *partner* dal vincolo matrimoniale, nessuno avrebbe dubitato che padre dei gemelli nati in seguito allo scambio di embrioni sarebbe stato il padre genetico, il quale, in caso di conflitto, avrebbe potuto agevolmente dimostrare in giudizio il legame biologico esistente.

Nell'individuazione della disciplina applicabile al singolare processo procreativo conseguente all'involontario scambio di embrioni, sembra allora priva di autentica giustificazione una così diversa individuazione del giusto bilanciamento degli interessi coinvolti, tutti riconducibili a valori costituzionalmente protetti.

Sembra, infatti, che il pur rilevante interesse dei figli a essere accuditi da genitori che siano anche legati tra loro da uno stabile rapporto di coppia non possa, come già detto, ritenersi sempre e comunque prevalente, ma possa ricevere tutela solo sino a quando non si riveli in conflitto, come accade in questo caso, con il superiore interesse dei figli a conoscere la verità sulle proprie origini e a ricostruire su fondamenta veritiere (e non su presunzioni legali) il rapporto giuridico di filiazione sul versante paterno.

<sup>36</sup> Tendenza che, come è noto, è sempre più marcata anche nel nostro contesto sociale, che sta registrando, anche da questo punto di vista, un allineamento rispetto agli altri Paesi di cultura occidentale.

<sup>37</sup> Sul punto, come è noto, a seguito della riforma introdotta con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) e successive modificazioni, la disciplina dell'esercizio della potestà genitoriale è stata pensata nell'ottica della condivisione della responsabilità genitoriale anche dopo lo scioglimento della coppia. L'art. 155 c.c. prevede infatti: «Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole. La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente».

In vicende talmente singolari potrebbe allora ipotizzarsi che l'interesse dei minori possa essere meglio perseguito riconoscendo come madre quella biologica, che li ha tenuti nel grembo e li ha messi al mondo, e come padre quello genetico.

Tale risultato potrebbe essere ricercato attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle disposizioni vigenti, ovvero, qualora fosse ritenuta l'impraticabilità di una interpretazione di tal fatta, sollevando la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, se letteralmente applicate, porterebbero a un risultato diverso, pregiudizievole per la salvaguardia dei prevalenti interessi dei figli.

In attesa di una definitiva decisione sul punto<sup>38</sup>, al fine di preservare il più possibile l'efficacia dei provvedimenti eventualmente da adottarsi nel giudizio di merito, sarebbe auspicabile la previsione, già in sede cautelare, di misure idonee a evitare che il passare del tempo possa irrimediabilmente pregiudicare il rapporto tra i figli e coloro ai quali, all'esito delle varie fasi di giudizio, sia definitivamente riconosciuta la titolarità della responsabilità genitoriale, o anche il solo diritto di intrattenere, comunque, un rapporto significativo con i minori.

Provvedimenti che sarebbero oltremodo utili in funzione di una effettiva salvaguardia dei diritti coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti.

Infatti, a prescindere da quale tra le figure genitoriali coinvolte riuscirà a prevalere sulle altre, i figli, che hanno diritto alla verità, potranno vivere certamente meglio il percorso che li condurrà a capire le proprie origini solo se potranno contare anche sul sostegno di coloro che, pur non riconosciuti dalla legge quali titolari del rapporto di filiazione e della relativa responsabilità, hanno comunque svolto un ruolo fondamentale nel processo che li ha condotti alla vita, e con i quali avranno potuto instaurare sin dall'inizio della loro esistenza un rapporto di conoscenza, fiducia e affetto.

In tale ottica è importante osservare che tra coloro che hanno contribuito in maniera determinante al processo procreativo è sicuramente ricompreso non solo chi abbia con quei figli un "legame di sangue" (genitori genetici e madre biologica), ma anche il padre sociale, che a tale processo ha consapevolmente partecipato con un preciso e fondamentale atto di volontà, così svolgendo in pieno quel ruolo di sostegno della madre gestante che ha consentito a quest'ultima di orientare le sue scelte verso quell'opzione che ha permesso all'embrione, proveniente dagli altri genitori, di svilupparsi e di evolvere in una vita autonoma.

Assicurare, sin da questa prima fase cautelare, un diritto di frequentazione e di visita in favore della coppia alla quale non è stato riconosciuto il rapporto di filiazione sarebbe funzionale, quindi, non solo a impedire un pregiudizio irreparabile per i genitori pretermessi (nel caso in cui all'esito del proponendo giudizio di merito dovessero invece risultare vittoriosi), ma anche e soprattutto a realizzare la piena ed effettiva tutela del diritto dei minori a intrattenere rapporti significativi con tutti coloro che, pur non riconosciuti genitori dalla legge, hanno partecipato a quel processo che ha consentito loro di venire al mondo.

Provvedimenti che appaiono oltremodo opportuni in considerazione del peculiare pregiudizio che in relazione alle suddette esigenze deriva, in questo specifico caso, dal decorso del tempo.

---

<sup>38</sup> Non va dimenticato che l'ordinanza in questione è stata emessa all'esito di un giudizio cautelare ed è, pertanto, prevedibile che saranno esperite tutte le azioni giudiziarie consentite dall'ordinamento interno e sovranazionale.

Per concludere, non può non sottolinearsi l'assoluta necessità che il legislatore, nel pieno esercizio delle proprie prerogative, intervenga con chiare disposizioni normative, idonee a colmare le lacune dell'ordinamento e tali da assicurare la soluzione più adeguata, nel mutato contesto sociale, alla salvaguardia dell'interesse dei minori, interesse che in quanto costituzionalmente protetto costituisce un limite invalicabile anche per il legittimo esercizio del potere normativo.

## The case of Vincent Lambert: Who Will Be Able to Unravel the Knot?

*Benedetta Barbisan\**

THE CASE OF VINCENT LAMBERT: WHO WILL BE ABLE TO UNRAVEL THE KNOT?

ABSTRACT: The focus of the contribution concerns the jurisdictional developments in the case of Vincent Lambert and deals with the recent legislative amendments that the *lonetti loi* introduced with regards to end of life decisions and to the respect of patients' advanced directives.

KEYWORDS: end of life issues; advanced directives; patient will; France.

**O**n 25 June 2014, the European Court of Human Rights (ECtHR) was urgently summoned to ask the French government to stay the execution of the *Conseil d'État* judgment authorising discontinuance of Vincent Lambert's nutrition and hydration waiting for its ruling on the matter, in accordance with art. 39 of the Rules of Court providing *interim* measures to «be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings». Only the day before, in fact, and at the request of Vincent Lambert's wife, the *Conseil d'État* had declared lawful the decision taken on 11 January 2014 by the doctor in charge to discontinue the life-sustaining treatment – the most difficult judgment ruled by the *Conseil d'État* in the last fifty years, as commented by its Vice-president, Jean-Marc Sauvé.

While awaiting for the judgement of the *Conseil d'État*, Vincent Lambert's parents had promptly referred to the ECtHR in case of unfavourable outcome. And when the ECtHR delivered the press release staying the execution of the *Conseil d'État* decision, «les larmes de Viviane, la mère de Vincent, qui coulaient à la décision de mort du Conseil d'État, ont été séchées par la Cour européenne à qui nous avons demandé asile», remarked her lawyer. On the other side, in an interview released in 2013, Vincent Lambert's wife had declared: «(j)'ai accompagné Vincent chaque jour pendant quatre ans et demi. J'étais là quand il refusait les soins. On ressent une grande souffrance dans ces moments là. Ses parents, eux, venaient le voir trois ou quatre fois par an. Quand on n'a pas la réalité en face, on peut peut-être davantage fantasmer sur un avenir qui n'est pas»<sup>1</sup>. She also insisted on the influence the integralist catholic group Vincent Lambert's parents belong to had on their position – a group Vincent Lambert had markedly wanted to detach from.

Vincent Lambert is a 38-year-old psychiatric nurse who sustained a head injury in a road-traffic accident in 2008. Since then, he has been tetraplegic and kept alive through an enteral system of nutrition and hydration. As always in circumstances like this, the case presents itself as dramatic and

\* Associate professor of Comparative Constitutional Law, University of Macerata.

<sup>1</sup> F. BÉGUIN, L. CLAVREUL, *Laisser partir Vincent est ma dernière preuve d'amour*, in *Le monde*, 29 May 2013.

vexed. Despite its own case-law several times confronted with “right to die” claims, the ECtHR never issued a ruling on a case like this, complicated by a radical divide inside the patient’s family, a medical diagnosis unveiling the still partially unexplored subtleties of the states of consciousness after brain injury and their fluctuation, and, most of all, by the conundrum of how to ascertain and respect the patient’s will when no advance directives are available and no guardian has been appointed.

Lying in wait for the ECtHR to unravel the knot and take Vincent Lambert away from the excruciating alternation of measures either supporting life or accelerating death, with a court ruling the withdrawal of the artificial nutrition and hydration and another re-establishing it, let us unfold the clinical and legal implications of this harrowing case.

1. After the accident that caused him brain damage, Vincent Lambert lied in a deep coma which shortly after evolved in a vegetative state. In July 2011, temporarily transferred at the Coma Science Group in Liège to assess his diagnostic and therapeutic state, he was diagnosed with a coma *paucirelationnel* – a minimally conscious state (MCS). This particular condition has left untouched some perception of pain and emotions; respiration was also autonomously controlled, revealing a certain degree of responsiveness. Attempts to establish a code of communication with the patient were strongly recommended, even though it was undetermined if and to what extent Vincent Lambert could understand what he was told.

According to the latest acquisitions of neuroscience, the hiatus between coma and brain death – with its corollary of questions: is the patient aware and to what extent?; does she feel pain? – contemplates a host of newly defined brain states «beyond the ubiquitous but still confusing PVS [...]. Responses to questions like these [...] have increasingly become more nuanced in sight of new evidence about severe brain injury and how the injured brain recovers»<sup>2</sup>.

Permanent vegetative state (PVS) patients are unresponsive and unarousable, but they keep their eyes open and reactive: «the vegetative state remains a disquieting one. It defies normal expectations about awareness and consciousness. Usually when the eyes are open there is awareness, but in the vegetative state a patient is stripped of ability to interact with others or the environment»<sup>3</sup>.

It may happen that PVS patients move to MCS, which corresponds to a variable state of consciousness. «MCS patients demonstrate unequivocal but fluctuating evidence of awareness of self and the environment. They may say words or phrases and gesture. They also may show evidence of memory, attention, and intention. However, these behaviours may be fleeting»<sup>4</sup>.

During the diagnostic session at Liège, it was proven that Vincent Lambert was in an MCS and retained some degree of consciousness. Unfortunately, though, despite eighty-seven sessions of speech therapy undertaken at the hospital in Reims where he was moved back, no code of communication could be successfully established.

<sup>2</sup> J.J. FINS, *Brain Injury: The Vegetative and Minimally Conscious States*, in M. CROWLEY (ed.), *From Birth to Death and Bench to Clinic: The Hastings Center Bioethics Briefing Book for Journalists, Policymakers, and Campaigns*, The Hastings Center, 2008, at 15.

<sup>3</sup> *Ibidem*, at 16.

<sup>4</sup> *Ibidem*, at 16-17.

Vincent Lambert's uneventful existence – apart from several moves in different medical structures since the moment of the accident, passing from the resuscitation centre to the neurology ward at the hospital of Châlons-en-Champagne; from the physical therapy centre to the department of brain injury in Berck-sur-Mer; finally, hospitalised at the teaching hospital of Reims – had a turning point at the end of 2012, when members of the medical staff in charge and Vincent Lambert's wife – also a nurse – repeatedly noticed some reactions, like rubbing his arms, leading to suppose he was offering resistance to the everyday care provided by the nursing staff. It was at that point that the physician in charge of the patient initiated the procedure involving the entire medical staff and some representatives of the family to evaluate collectively whether the artificial nutrition and hydration constituted an *obstination déraisonnable*, according to the definition given by the French *Code de la santé publique* as amended by the law nr. 2005-370 regarding the rights of the patient and the end of life, also known as the *Leonetti loi* (from the name of the representative who proposed it). In particular, it provides that the physician in charge of the patient takes the decision only after consulting with the medical staff:

«la décision de limiter ou d'arrêter des traitements dispensés ne peut être prise sans qu'ait été préalablement mise en œuvre une procédure collégiale. [...] La décision de limitation ou d'arrêt de traitement est prise par le médecin en charge du patient, après concertation avec l'équipe des soins si elle existe et sur l'avis motivé d'au moins un médecin».

The withdrawal of treatment must take into consideration the wish of the patient, either expressed in advance or through a guardian or a relative:

«(l)a décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés, en particulier dans des directives anticipées, s'il en a rédigé, l'avis de la personne de confiance qu'il aurait désignée ainsi que celui de la famille ou, à défaut, celui d'un de ses proches. [...] La personne de confiance, si elle a été désignée, la famille ou, à défaut, l'un des proches du patient sont informés de la nature et des motifs de la décision».

The definition of *obstination déraisonnable* is also specified by the *Code de la santé publique* as amended by the *loi Leonetti*:

« (t)oute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état de connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris».

After a long confrontation with other colleagues of the ward and Vincent Lambert's wife, on 10 April 2013 the physician in charge took the decision of discontinuing the artificial nutrition and of reducing the hydration to 500 ml per day. Vincent Lambert's wife agreed, joined shortly after by one of the patient's brothers, three half-brothers, a sister and a half-sister.

Vincent Lambert's parents, a half-brother (also tetraplegic), and a sister appealed to the *Tribunal administratif* of Châlons-en-Champagne since they had not been involved in the process of delibera-

tion. On 9 May 2013, the *Tribunal administratif* acknowledged that the procedure followed by the physician in charge did not comply with article R.4127-37 of the *Code de la santé publique* and ruled that artificial nutrition and hydration were to be started again.

At that point, the medical staff launched again the procedure, this time involving the entire family of the patient, which gathered twice in advance to discuss the matter and be prepared for the medical confrontation. On 11 January 2014, the director of the ward where Vincent Lambert is still hospitalised announced the determination of discontinuing the artificial nutrition and hydration starting on January 14th, so to leave enough time for any legal complaints. The medical and nursing staff, three out of four physicians consulted, the patient's wife and some of his brothers and sisters concurred, whilst Vincent Lambert's parents, one of his sisters and a half-brother appealed again to the *Tribunal administratif*, claiming that this case did not fall under the terms of the *Code de la santé publique* as amended by the *loi Leonetti*, given that Vincent Lambert was not dying and no urgency was deemed necessary to interrupt the treatment. Moreover, they argued that Vincent Lambert's condition was recognizable as a handicap rather than as an incurable and irreversible cerebral damage.

2. The decision of the *Tribunal administratif* opens clarifying that, despite the appellants' claim, the *loi Leonetti* could be applied to the case, even though its title does not explicitly refer to cases like Lambert's, and also that artificial nutrition and hydration had to be considered a *traitement* (a medical procedure) and not a *soin* (an aid founded/based more on humane attention than on medical evidence).

Regarding the merit of the case, two issues needed to be dealt with: if the content of Vincent Lambert's will was somehow ascertainable and if, in this circumstance, the continuation of artificial nutrition and hydration had to be considered an *obstination déraisonnable*.

As for the first question, given that the patient had neither signed advance directives nor appointed a guardian, the only conceivable way for the tribunal to formulate a hypothesis on his will was by relying on his statements or points of view expressed before the accident. «Mais cet élément – the *Tribunal* argued – semble également fragile, exposé au risque de surinterprétation par les soignants ou les proches», especially considering the evidence of the extreme fluctuation of will among those who, affected by very serious diseases or weakened by the deterioration of old age, may have asked for an anticipation of death.

If Vincent Lambert's will cannot be proven with an acceptable degree of certainty, the second question to solve is if the nutrition and hydration as administered to Vincent Lambert represent an *obstination déraisonnable* according to three criteria: whether the treatment is *worthless* («inutile»), *disproportionate* («disproportionné») or *functional to/aimed at the mere artificial prolongation of life* («n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie»).

With reference to the first criterion, the *Tribunal administratif* remarked that the futility of treatment can be assessed only by focusing on an evaluation of the patient's quality of life, which is not for the judge to say. Regarding the disproportionality, it was not demonstrated that keeping on with artificial nutrition and hydration would have caused an aggravation of the pain supposedly suffered by the patient. Lastly, the preservation of Vincent Lambert's life was not artificial, for the MCS implies some emotional activity of the patient.



All this considered, the *Tribunal administratif* suspended the medical decision to withdraw artificial nutrition and to reduce hydration. As a consequence, after a few weeks of discontinuance of treatment, nutrition and hydration were provided again.

Vincent Lambert's wife and some of his brothers, sisters, half-brothers and half-sisters opposed to this ruling and appealed in February 2014 to the *Conseil d'État* that – after stating the necessity of the most thorough, complete and updated information to assess Vincent Lambert's clinical condition, as the last examination on the part of the Coma Science Group of Liège went back to July 2011 – disposed an entirely new medical evaluation put in the hands of acknowledged skilled neuroscientists in order to make an independent and collective survey of the patient, also by meeting the medical and nursing staff in charge, «aux fins de se prononcer [...] sur l'état actuel de M. I... et de le donner au Conseil d'État toutes indications utiles, en l'état de la science, sur les perspectives d'évolution qu'il pourrait connaître».

Four months later, once received the report of the three physicians appointed for the new clinical evaluation, the *Conseil d'État* took its final decision. Its task was to verify whether the determination to withdraw the artificial nutrition and hydration announced by the physician in charge on 11 January, 2014 complied with all the conditions and terms provided by the *Code de la santé publique* as amended by the *loi Leonetti*.

To begin with, the *Conseil d'État* remarked that

«si l'alimentation et l'hydratation artificielles sont au nombre des traitements susceptibles d'être arrêtés lorsque leur poursuite traduirait une obstination déraisonnable, la seule circonstance qu'une personne soit dans un état irréversible d'inconscience ou, à plus forte raison, de perte d'autonomie la rendant tributaire d'un tel mode d'alimentation et d'hydratation ne saurait caractériser, par elle-même, une situation dans laquelle la poursuite de ce traitement apparaîtrait injustifiée au nom du refus de l'obstination déraisonnable».

Furthermore, in order to determine if the life-sustaining treatment could be suspended, the court specified that the physician had to rely on a variety of elements, medical and non-medical, «dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à *appréhender chaque situation dans sa singularité*». In addition, «le médecin doit accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir, le cas échéant, antérieurement exprimée, *quels qu'en soient la forme et le sens*»; and finally, the physician must make the effort of bringing out «*une position consensuelle*» within the family of the patient.

All this considered, the *Conseil d'État* ruled that the procedure followed by the physician in charge had no irregularities; that the clinical condition of the patient deteriorated since the investigation in 2011 in Liège, now corresponding more to a PVS than to a MCS, as the medical evaluation undertaken by the teaching hospital de la Pitié-Salpêtrière in Paris observed, and that the cerebral damage affecting the cognitive functions and the consciousness of the brain has to be deemed irreversible; that, despite the fact that the patient did not sign a statement of advance directives, his will in this matter was proven by the conversations he had with his wife over on? some patients hospitalised at the intensive care unit and by some of his brothers and sisters who attested its correspondance to his personality and intimate creeds; that the family had been thoroughly and repeatedly consulted, despite the impossibility of reaching a unanimous consensus in the end. Finally, the *Conseil d'État* re-

affirmed what the medical report had stated, namely that Vincent Lambert's reactions, registered both by the medical and nursing staff and part of the family as signs of pain and refusal of living, could prove nothing and that the physician in charge was in the right not to rely on them for his determination to withdraw life-supporting treatment.

3. If there is a dramatically nonsensical Hobson's choice, it is the one between the two equally undesirable options in front of a patient, that of carrying on with an irreversible vegetative state, on one side, and that of putting an end to it, on the other. Admittedly, the request for withdrawal of life-saving or life-supporting treatments applied to an incompetent patient, unable to assess his or her own condition and, even more, to express whatever personal determination in this regard, brings along a series? of unresolved paradoxes, starting by saying that it is the ultimate defense of an existence for which – as remarked by the House of Lords in one of its rulings<sup>5</sup> – it does not seem to make any difference whether to live or to die. Actually, any kind of legal devise intended to maximise the autonomy of a comatose or vegetative patient (a wide array going from substituted judgment on the part of a guardian to a living will or any other form of advanced directives) ends up after all by involving people «the least able to appreciate whatever autonomy benefits the document provides them»<sup>6</sup>.

It may sound unexpected that a life understandably compared to a vegetable has, on the contrary, the potential to raise around it a complexity of relations and interpersonal connections. Indeed, the idea that, around that bed in the hospital, there is a vacuum emptied of every/any human connectivity is simplistic: PVS patients, as vegetative as they may appear, keep on stirring reactions and responses in people around them. Whether they are still considered alive and worth caring or not has to do with being at the core of a number of different connections which affects the perception family and professionals maintain, even beyond the mere clinical evidence and with much more intricacy. In more than a sense, that patient lying unconscious in his or her bed is an unknowable, unfathomable being, whose silence echoes the tension between human sovereignty and dominance of technology, between the two opposite images of the individual either autonomous and self-sufficient or depending and in need of others, the rational actor *vis-à-vis* the corporal being.

Vincent Lambert's case has split his large family in two totally antithetical views on his clinical conditions and on the consistent decision to take: reportedly, nobody questioned the content of the medical evaluation or its scientific reliability, but what some opposed was rather a different social and personal assessment of his state – the *perception* of his state: for his parents and a few brothers and sisters (among which one is tetraplegic), Vincent Lambert is severely impaired, polyhandicapped, but not on the verge of death, so the *Code de la santé publique* as amended by the *loi Leonetti* should not apply. Such a radical, irreconcilable rift between the two sides exacerbated especially because of the lack of advance directives on the part of the patient and of a guardian appointed to decide on his behalf. Despite the several informal occasions in which Vincent Lambert exchanged his views on the matter with his wife, and despite the compatibility of these positions with his personality affirmed by

<sup>5</sup> Airedale NHS Trust v. Bland [1993] 1 All ER 821 HL.

<sup>6</sup> A. L. CAPLAN, *Can Autonomy Be Saved?*, in *Id.*, *If I Were a Rich Man Could I Buy a Pancreas? and Other Essays on the Ethics of Health Care*, Bloomington and Indianapolis, 1994, at 269.

some of his siblings, no incontrovertible evidence was/has been registered for such a circumstance. And the provisions of the *Code de la santé publique* applicable to the case cannot help in this regard, since they refer generically to «la famille» and only in lack of it to «un des proches» – understandably omitting any hierarchical order among the relatives, even though some may take care of the patient more directly and follow more closely his or her clinical evolution than others.

Before the entire troubling sequence of events concerning Vincent Lambert since the accident – the fluctuating answers on how extended the brain damage had been and on which level of consciousness and communication had remained untouched, the uncertain evidence proving his genuine will, the patrimony of values, convictions and orientations in his family anything but homogenous –, the amendments to the *Code de la santé publique* introduced by the *loi Leonetti* look somehow worn-out already.

At the beginning of this long judiciary story, we have the observation on the part of the nursing staff and of Vincent Lambert's wife of certain reactions seemingly disclosing an intolerance, if not a rejection, of the everyday toilette care implying a refusal to keep on living in that state. The physician in charge started then the collective procedure as provided by art. L1111-4 of the *Code de la santé publique* («Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale»). The collective procedure aims at assessing whether life-supporting treatment in the given case may be judged as worthless, disproportionate, or only functional to the support of a life which is merely artificial.

It seems, then, that the procedure was ignited by the presupposition of some sort of communication from Vincent Lambert himself to free him from that condition and accompany him to death. According to the law, the family or, in lack of it, one of the relatives should be/ are to be? consulted during the procedure in order to reconstruct the patient's will, but it is also provided that the family or one of the relatives are then informed on the nature and motifs of the decision. Hence, it is implied that the participation of the family in the collective procedure serves the only purpose of producing elements contributing to prove the patient's will, when it is not the case of relying on advance directives or on the deliberation of a guardian; beyond that, the decision is taken by the physicians involved in the procedure and only after it is communicated to the family. Nothing in the law suggests that the family is actually associated to the hearings and to the final determination of the medical staff. If the family proves to be uninfluential in recreating the patient's will, the law does not contemplate to involve it otherwise.

Moreover, it is noteworthy that in France there is no such thing as a public register to lodge advance directives. They are delivered to and kept by the reliable person the patient confided in. When such directives get into the hands of the physician in charge, out of no actual formal registration and filing, she determines to what extent relying on those declarations to support the final medical resolution.

In those cases when the patient's will turns unfathomable, the *Code de la santé publique* provides that the collective procedure scrutinises whether the administration of the treatment may constitute an *obstination déraisonnable*. This is indeed an essentially and exclusively medical judgement: is the treatment worthless for the clinical state of the patient? Do pain and discomfort inflicted to the patient because of the treatment exceed the beneficial effects to the extent of turning out as dispro-

portionate? Is the treatment's only function that of sustaining an artificial life? And even if the *Conseil d'État* has remarked that the assessment of the physician must not be predetermined and must rely on «un ensemble d'éléments» to understand the unique situation of that particular patient; even if it has underlined that the physician must take into account also information concerning the history and the prognosis of the disease, the decision is always put in the hands of the physician and the physician only, possibly surrounded by other colleagues involved in the collective procedure.

In both the *Conseil d'État* rulings of February and June 2014, the *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés* (UNAFTC) presented a memory in court in which it argued that «seule la personne concernée est à même de se prononcer sur le caractère artificiel de son maintien en vie; que décider de l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles pour autrui revient à se prononcer sur l'utilité de cette vie». The UNAFTC stressed that this kind of procedure hinged on the evaluation of the physician in charge denies the paramount element of the patient's will and the salient and unsuppressible, role it should have in determining a certain course of action. In spite of what the *Conseil d'État* emphasised, that the physician cannot reckon only on predetermined evaluation of the patient's condition and that, on the contrary, should make the effort to understand the uniqueness of his state, it is a fact that the *Code de la santé publique*, as amended by the *loi Leonetti*, puts the medical judgement at the core of the process at the end of which a choice will be made.

The UNAFTC gathers more than five thousand families in France. Its mission is to promote national and EU policies in favour of brain injured patients in order to improve the services of care and assistance and to accompany, support and inform the families. On the website, people leave the account of their experience: the most recurrent complaints have to do with a state of abandonment and solitude they endure when it comes to deal with institutions, local authorities, public services. The idea of a collective procedure involving only physicians and implying a potential collateral effect of standardising the approach towards patients sharing a similar diagnosis must look to them like a nightmare coming true: an old-fashioned approach – the paternalistic supremacy of doctors over patients –, according to which truth lies in the highbrow, mysterious rituals and knowledge of physicians.

In this scenario, the impression is that, despite the effort the *loi Leonetti* attempted to make to amend and update the *Code de la santé publique*, it ended up overlooking some crucial implications. Too frequently – and the Vincent Lambert case is only the apex of the uncountable bulk that rests under the surface – no evidence is available to prove the genuine will of the patient. Generally speaking, only a miniscule percentage of individuals drafts and signs advance directives in those countries where it is admitted – and France does make no exception. In addition, no public registry has been constituted to file advance directives, and the policies to raise awareness on this topic are fortuitous and vague.

Introducing procedures to face dramatic cases like Vincent Lambert's one may surprisingly turn efficient only to shift the critical point of the issue to a different level, without really contributing to remove it. The provisions of the *Code de la santé publique*, as amended by the *loi Leonetti*, still do not seriously face the controversial nature of situations like Vincent Lambert's one, that is how to ascertain the patient's will when no official, formal statement is available. Large part of his family – and his wife more vocally than anybody else – testified that he had repeatedly confirmed his determination

to put an end to a hopeless state of unconsciousness and isolation. Nevertheless, he never signed advance directives, even if he was a psychiatric nurse, certainly more acquainted with clinical details and medical implications of comatose patients than a common man. Needless to say, the absence of advance directives cannot correspond to an implicit acceptance of life-supporting treatments or of the PVS *sine die*. But it is perhaps reasonable to wonder why he did not draft and deliver to his wife a clear statement reflecting his convictions on the matter.

Maybe it would seem not entirely unreasonable to wish for policies fostering a *compulsory* system of advance directives at least for circumstances as extreme and reportedly uncontroversial as Vincent Lambert's one, verified through cross-examinations on the part of at least a medical team different from the one in charge for the patient. Especially considering the high percentage of population currently dying in intensive care units in the Western world – or, for the elderly, in health care facilities –, the improvement of such a system would possibly be twofold: firstly, for those truly wishing, beyond any doubt, for themselves the withdrawal of life-saving or life-supporting treatments in cases similar to Vincent Lambert's one, their will – conveniently kept updated according to a predetermined and adequate regularity – would be incontrovertibly stated and removed from the somehow arbitrary and, in the best of circumstances, approximate evaluation of others. Secondly, a declaration properly signed, officially and formally, would spare the family, the medical staff in charge and the courts potentially referred to the dreadful distress and tragic inconvenience of disentangling and probing the mystery of the true, authentic will of the patient. In this way, in “right to die” matters, at least those involving PVS patients, the will would be unequivocally and responsibly declared.

In addition, the legal obligation to draft and sign advance directives should go hand in hand with the constitution of a public registry especially dedicated. Each personal file might include instructions on the acceptance or refusal of life-prolonging treatments in extreme cases of PVS, the name of the person to appoint as a guardian to supervise the execution of the advance directives, the expression in favour of organ donation.

Several would be the opportunities of improvement coming from a system more or less like this:

- 1) each individual has to declare, formally and officially, her own orientation for circumstances as hopeless and uncontroversial as Vincent Lambert's one. A formal declaration would generally require a more systematic and profound reflection on the matter and a serious assumption of responsibility for what the individual is going to declare.
- 2) the process each individual would have to undertake in order to evaluate and opt for such extreme circumstances should be accompanied by an intelligible and comprehensive information regarding the scientific evolution in the matter of brain damage and the stages of consciousness after a brain injury and before the brain death. At that point, the dense confrontation among scientists and physicians should find a way to percolate in some form in the public debate.
- 3) the loss (partial or total) of consciousness, the role of technology in prolonging life, the different moral orientations in this regards and, most importantly, the prospect of death would enter at last the public fora – a process necessarily implicating a reflection on the inaccessibility of the idea of death in our culture and the deep reasons why it is removed

from our everyday perception. In other terms, it would constitute the first act of the battle against death as a taboo.

Advance health care directives are contemplated in several legal orders, each one with its own system of rules, but none of them introduced a *compulsory* declaration, imposing to take on such a personal responsibility. This kind of system would certainly challenge some of the most entrenched rituals of our times – death and its ramifications are not at all part of the public agenda and only seldom of the interpersonal communication. A legal obligation to anticipate one's own determination would certainly arouse some thick scepticism and a plethora of counterarguments: perhaps its provocative potential, more than its actual feasibility, represents its real strong suit. In fact, dealing with "right to die" issues without opening the public debate up to what lies underneath our fears of death, how it is dispelled and at what price, is plainly delusional, as much as confiding only in the technicalities of the law to mitigate our most hidden dismay in front of death is a wishful thinking.

## Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire

Fabio Cembrani, Marta Castellani, Giuseppina Ciralo\*

THE BELGIAN RIGHT-TO-DIE LAW EXTENDED (UNDER CERTAIN CONDITIONS) TO MINORS

ABSTRACT: The Authors discuss the recent Belgian law, that extends the category of persons entitled to require euthanasia, including all under age persons, differently than Dutch law. In particular, the Authors examine the precautionary and procedural obligations of the Belgian law, before neutrally assessing its guiding principles. Guiding principles that constitute an important stimulating factor for medical community, that must indicate which modern multi-axial instruments can explore the “decision-making capacity” of under age person, especially in order not to confuse it with the legal competence.

KEYWORDS: Belgium; right to die; minors; self-determination; decision making capacity.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La legge belga e l'*euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs*. 3. Un bilancio dei principi ispiratori della legge belga. 4. Capacità giuridica e competenza decisionale. 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

**S**ono evidenti – e sotto gli occhi di tutti gli studiosi – le difficoltà dialogiche che oggi esistono tra il sapere scientifico e quello giuridico anche se, di regola, è il primo sapere che ha sempre agito, per così dire, da fertilizzante<sup>1</sup> del diritto ponendo incessantemente alla sua attenzione questioni nuove che chiedevano di essere disciplinate. Al punto che l'interazione con la scienza è certamente stato un terreno di frontiera che ha fatto nascere e che ha consolidato, (non a caso) proprio all'interno del sapere giuridico, settori disciplinari nuovi (il biodiritto ed il neurodiritto ne sono un concreto esempio), più o meno accettati dalla comunità accademica anche se essi sono ancora in debito sul piano della chiarezza disciplinare<sup>2</sup> e, naturalmente, anche di quella metodologica. Raramente è, invece, avvenuto l'opposto: che fosse il diritto (ancorchè proveniente da sistemi giuridici e culturali molto diversi rispetto al nostro) ad interrogare il sapere scientifico ponendogli questioni, se non di sostanza, in forma concettuale nuova rispetto al passato e che pretendono il coraggio di un approccio radicalmente diverso e di una sensibilità fortemente rinnovata rispetto ai tanti stereotipi ed ai fuorvianti pregiudizi culturali appartenenti, purtroppo, anche a questa nostra epoca post-moderna.

\* *Unità Operativa di Medicina legale, Azienda provinciale per i Servizi sanitari di Trento. Il contributo è stato sottoposto a referaggio cosiddetto “doppio cieco”.*

<sup>1</sup> Così A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011.

<sup>2</sup> Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2012.

Ciò è avvenuto con la firma da parte del Re del Belgio della proposta di legge già approvata in via definitiva dal Senato e dalla Camera dei Rappresentanti che, modificando la precedente legge approvata il 28 maggio 2002, ha esteso il diritto eutanasi anche alle persone di minore età<sup>3</sup>.

## 2. La legge belga e l'*euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs*.

Il 7 febbraio del 2014 il Parlamento del Belgio ha modificato la precedente legge approvata nel 2002 ampliando la categoria degli aventi titolo a proporre la richiesta eutanasi per ricompredervi, a tutti gli effetti, anche i minori e senza indicare alcun limite anagrafico come, invece, aveva, a suo tempo, fatto la regolamentazione giuridica data a questa stessa tematica dalla vicina Olanda.

Questo ampliamento degli aventi diritto non è stato, tuttavia, realizzato in maniera disorganica. Esso è stato definito, infatti, attraverso alcuni espliciti vincoli (non solo procedurali ma soprattutto cautelari) che selezionano, del tutto prudenzialmente, i minori che possono accedere a proporre la richiesta eutanasi. Vincoli che la legge belga ha indicato: (1) nell'esistenza di una capacità di discernimento; (2) nel persistere della coscienza al momento della presentazione in forma scritta della domanda; (3) nella sola ipotesi in cui il minore sia affetto da una patologia grave e incurabile comportante una sofferenza fisica costante e insopportabile quando il decesso sia *a brève échéance*; (4) nella necessità, comunque, che la capacità di discernimento sia valutata (e certificata) da uno psicologo o da un neuropsichiatra infantile che deve esaminare il minore e *prend connaissance du dossier médical*; (5) nel consenso espresso per iscritto da entrambi i genitori ai quali, oltre che al minore, occorre siano comunicati i risultati degli approfondimenti clinici esperiti sulla sua capacità di discernimento.

Dunque, una serie di vincoli di natura cautelare e procedurale che, nell'*an* e nel *quomodo*, restringono indiscutibilmente la platea dei minori che possono accedere al diritto di porre fine allo loro esistenza indipendentemente dallo loro età anagrafica e che fanno apparire eccessivi i giudizi – espressi soprattutto in ambiente confessionale – che hanno criticato la legge belga denunciandone non solo la crudeltà<sup>4</sup> ma anche le sue fatali strumentalizzazioni nichiliste che aprirebbero, senza più possibilità

<sup>3</sup> Cfr. LEGGE DEL 10 APRILE 2001 approvata dall'Olanda che ha, in buona sostanza, depenalizzato la condotta eutanasi praticata dal medico nel rispetto delle rigorose procedure formalizzate dalla norma medesima. Quella legge considerava anche il diritto dei minori di avanzare richiesta in tal senso ma con precisi limiti anagrafici fissati al 12° anno di età. Essa, in particolare, prevedeva che i minori di età compresa tra i 18° ed il 16° anno di età hanno la possibilità di presentare la richiesta eutanasi solo con il coinvolgimento nel processo decisionale dei genitori o, in loro mancanza, dal tutore. Nei minori di età compresa tra il 12° ed il 16° anno di età la richiesta eutanasi può essere, invece, presentata da quei minori che abbiano una ragionevole consapevolezza dei propri interessi anche se il suo accoglimento risulta condizionato da quella legge al consenso dei genitori o di chi esercita sul minore la tutela giuridica.

<sup>4</sup> Cfr. A. SANFRANCESCO, *Belgio shock: l'eutanasi per i minori è legge*, in *Famiglia Cristiana*, 14 febbraio 2014: «Non c'è da stupirsi, se la morte è un diritto da rivendicare e sancire per legge allora tutto è permesso. Anche la "dolce morte", pietosa espressione ipocrita, per i bambini. Ora cominciano i problemi, però. Una legge così ideologica, che offre una soluzione assurda e crudele, ideologica appunto, a un dramma concreto – ammesso che possano esserci "soluzioni" su questo tema – sarà di difficile applicazione. Dovranno essere gli stessi bambini a chiedere l'eutanasi, con l'accordo dei genitori. E già qui si pongono i primi dubbi pratici. Cosa succederà se uno dei due genitori non sarà d'accordo? Inoltre, è stata tolta tra le cause per applicare l'eutanasi la «sofferenza psicologica», assai diffusa tra gli adolescenti a prescindere dalle malattie. Inoltre la modifica prevede che la dichiarazione anticipata di adulti in caso di futura demenza possa essere illimitata, ampliando dunque enor-



di controllo, altre pericolose derive riguardo alle persone in situazioni di forte fragilità quali risultano essere le persone anziane e quelle disabili.

### 3. Un bilancio dei principi ispiratori della legge belga.

Al di là di queste dure critiche, purtroppo non nuove nel nostro Paese e che si amplificano tutte le volte in cui si pone in discussione il tema della inviolabilità della vita umana (tema che, nella tradizione cattolica, è divenuto uno tra i valori non negoziabili<sup>5</sup>), la legge belga è animata da un principio ispiratore di profondo significato umano e civile: quello dell'autodeterminazione della persona sofferente dotata di capacità di discernimento, a prescindere dalla sua età anagrafica e, dunque, dalla capacità di agire. Capacità che, nel nostro ordinamento, si acquisisce, convenzionalmente, con la mag-

---

mamente le possibilità di eutanasia di malati di Alzheimer anche a distanza di decenni da una loro vecchia dichiarazione. «Questa legge», ha scritto in un editoriale *La Libre Belgique*, uno dei maggiori giornali francofoni del Belgio, «risponde a un non problema. La maggioranza dei medici coinvolti dicono di non essersi mai trovati di fronte a un bambino o a un adolescente che chiedesse di farla di finita. Sono casi che vanno gestiti con dolcezza, con cure palliative adatte. I medici si dicono ora umiliati da una legge brutale». Così anche, F. D'AGOSTINO, *Eutanasia minori, la dimensione nuova di un duro potere*, in *Avvenire* del 14.02.2014: «Da più di due millenni nella tradizione giuridica occidentale lo *jus vitae ac necis*, il diritto di vita e di morte del padre sui figli, appariva cancellato come barbarico e immorale. Ora viene reintrodotta e per di più in forma politicamente corretta, perché non viene attribuito più solo al padre, ma congiuntamente al padre e alla madre. Qualche amante della casistica si è già posto la domanda su quale dovrebbe essere la volontà prevalente, ove i genitori siano di diverso avviso e l'uno indichi la morte e l'altro la vita per il bambino. Ma il solo lasciarsi coinvolgere in un dibattito di tale natura è sconcertante. Cosa hanno detto, cosa stanno dicendo, cosa diranno i bioeticisti, le associazioni, i Comitati di bioetica sull'eutanasia pediatrica? Probabilmente nulla: ci troveremo ancora una volta davanti a un silenzio assordante. La bioetica è fallita, è fallita da tempo e per di più senza che nessuno se ne sia reso conto. Quella che doveva essere pensata come etica della vita si è trasformata in un'etica del potere: il potere di chi vuole creare artificialmente e a suo piacimento la vita in provetta, di chi vuole artificialmente e a suo piacimento manipolarla, e di chi pretende, sempre a suo piacimento e artificialmente, sopprimerla. A chi si fosse illuso che nel mondo contemporaneo attraverso la bioetica si stesse aprendo una nuova fase della coscienza morale dell'umanità, la legge belga dovrebbe aprire definitivamente gli occhi. Ciò che si è aperto davanti a noi e nelle forme più dure e imperative, quelle della legge, è semplicemente una nuova e inaspettata dimensione del potere. Chi credeva che la vocazione della bioetica fosse quella di elaborare nuove forme di difesa della vita deve ormai ricredersi: la bioetica sta diventando (e probabilmente è già diventata) la forma più sottile della burocratizzazione legalistica del morire». Si veda anche l'intervista rilasciata a Radio Vaticano da MONS. ELIO SGRECCIA: «Credo che il bambino sia diventato bersaglio di più attacchi. Si ricorderà che, qualche mese fa, vennero due studiosi a proporre l'aborto post-natale, cioè a spiegare che le cause che nella società di oggi contribuiscono a giustificare legalmente l'aborto devono essere fatte valere, secondo loro, anche per i bambini malati e malformati dopo la nascita. Questa mostruosità va a colpire il bambino, non solamente prima ma anche dopo. Adesso, dal Belgio viene a essere anticipata l'eutanasia per gli anziani morenti, gli infermi, per i bambini, e anche per i minori senza limiti di età. Allora, si vanno a congiungere aborto ed eutanasia nella fascia dei bambini. C'è anche un accento di crudeltà che rende orribile il solo pensare a quello che sta succedendo! C'è da dire che nel mondo manca l'amore, perché basterebbe una certa dose di pietà, di compassione umana per scongiurare queste cose».

<sup>5</sup> Questo concetto sembra essere stato, di recente, messo in discussione da Papa Francesco nell'intervista apparsa su *Repubblica*, 5 marzo 2014. Rispondendo a una domanda sul testamento biologico, Francesco ha detto che «la dottrina tradizionale della Chiesa dice che nessuno è obbligato a usare mezzi straordinari quando si sa che la vita è in una fase terminale». «Ho sempre consigliato le cure palliative», ma «in casi più specifici», ha aggiunto, è bene ricorrere «al consiglio degli specialisti».

Europa

giore età salvo i casi e le eccezioni particolari (come, ad es., quelle indicate in materia di contraccezione e di interruzione volontaria della gravidanza dalla legge n. 194 del 1978) con la conseguenza che, in questa prospettiva interpretativa, il minore sarebbe escluso non solo dalle scelte di fine-vita ma da tutte quelle altre scelte di autodeterminazione nel campo della salute afferendo esse alla sola responsabilità genitoriale. Quando tutte le carte internazionali che fissano il (lungo e complesso) catalogo dei diritti non alienabili della persona umana sono concordi sulla circostanza che, anche nel campo della salute, il parere del minore debba essere sempre tenuto in considerazione, a prescindere dalla sua età anagrafica e, dunque, dalla sua capacità di agire, tenuto conto, naturalmente, del suo grado di maturità.

Così la *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1989 (ratificata, anche dall'Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991), che, all'art. 12<sup>6</sup>, ha fissato il diritto del minore di essere ascoltato in tutti i processi decisionali, giudiziari o amministrativi che essi siano, che lo riguardano.

E così la *Convenzione di Oviedo*, anche se la stessa non è stata ancora completamente ratificata dall'Italia nonostante questo processo sia iniziato ancora nel 2001 mancando lo strumento di ratifica, che, all'art. 6, ha ribadito il parere del minore debba essere comunque tenuto in considerazione come fattore sempre più determinante in funzione della sua età e del grado di maturità<sup>7</sup>.

E così anche la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* che, all'art. 24<sup>8</sup>, ribadisce il diritto dei minori di esprimere la loro opinione che deve essere sempre presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e del grado della loro maturità.

Nella stessa direzione convergono, peraltro, anche le deontologie professionali.

<sup>6</sup> Art. 12 (Partecipazione): «1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

<sup>7</sup> Art. 6 (Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso): «1. Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. 2. Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità. 3. Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione. 4. Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5. 5. L'autorizzazione menzionata ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere ritirata nell'interesse della persona interessata».

<sup>8</sup> Art. 24 (Diritti del bambino): «1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Attenendoci a quelle italiane il *Codice di deontologia medica*, nella sua nuova versione approvata a Torino il 18 maggio 2014, prevede, che il medico debba improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti della persona (art. 20<sup>9</sup>) e che, nel caso di minori, egli debba tener conto dell'opinione espressa dallo stesso in ogni processo decisionale che lo riguardi (art. 35<sup>10</sup>) oltre che del consenso espresso dai legali rappresentanti e, nell'ipotesi in cui questi ultimi si oppongano ad un trattamento necessario e non differibile, egli debba informare l'Autorità giudiziaria agendo comunque nell'interesse del minore (art. 37<sup>11</sup>). Più esplicita la deontologia infermieristica del 2009 che, all'art. 31<sup>12</sup>, esorta l'infermiere a tener comunque conto dell'opinione espressa dal minore in relazione alla sua età e al suo grado di maturità. E così, infine, anche il *Codice deontologico dell'AIFI* del 2011 che, all'art. 25<sup>13</sup>, impegna il fisioterapista a tener conto della volontà espressa dal minore.

E così, anche, la riflessione bioetica se di considera che, ancora nel lontano 1992, il Comitato nazionale per la bioetica, sulla base della concezione piagetiana sull'evoluzione del pensiero, aveva fissato il limite di età dei 14 anni quale limite anagrafico dopo il quale ricercare attivamente il consenso informato dell'adolescente al trattamento medico<sup>14</sup>.

Con un'ampia ed indiscutibile sintonia di vedute, sia sul piano giuridico che su quello dei comportamenti attesi dai professionisti della salute (sanzionabili disciplinarmente nell'ipotesi di infrazione della regola deontologica), che li impegna a tener conto della volontà espressa dal minore anche nel

<sup>9</sup> Art. 20 (Relazione di cura): «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. Il medico nella relazione rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura».

<sup>10</sup> Art. 37 (Consenso o dissenso del rappresentante legale): «Il medico, in caso di paziente minore o incapace, acquisisce dal rappresentante legale il consenso o il dissenso informato alle procedure diagnostiche e/o agli interventi terapeutici. Il medico segnala all'Autorità competente l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà genitoriale a un trattamento indispensabili e indifferibili».

<sup>11</sup> Art. 37 (Consenso o dissenso del rappresentante legale): «Il medico, in caso di paziente minore o incapace, acquisisce dal rappresentante legale il consenso o il dissenso informato alle procedure diagnostiche e/o agli interventi terapeutici. Il medico segnala all'Autorità competente l'opposizione da parte del minore informato e consapevole o di chi ne esercita la potestà genitoriale a un trattamento ritenuto necessario e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili».

<sup>12</sup> Art. 31 del Codice deontologico infermieristico: «L'infermiere si adopera affinché sia presa in considerazione l'opinione del minore rispetto alle scelte assistenziali, diagnostico-terapeutiche e sperimentali, tenuto conto dell'età e del suo grado di maturità».

<sup>13</sup> Art. 25 (Autonomia decisionale della persona incapace o vulnerabile in situazioni di fragilità): «Nel caso di persone incapaci sottoposte a misure di tutela e/o vulnerabili in situazione di fragilità, il Fisioterapista si impegna a far sì che sia la persona, sia il tutore o rappresentante, ricevano le informazioni che riguardano la loro salute e che la loro volontà sia presa in considerazione. Il Fisioterapista si impegna e si adopera per garantire lo sviluppo e la capacità di espressione decisionale della persona».

<sup>14</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, 52 e 53: «Irrinunciabile per parlare di consenso informato in pediatria è la conoscenza dello sviluppo cognitivo e per questa utile è un riferimento alla concezione piagetiana sull'evoluzione del pensiero [...] Sembra logico derivare da questa concezione l'impossibilità di un autonomo consenso prima dei 6-7 anni. Il consenso è in qualche modo concepibile tra 7 e 10-12 anni, ma sempre non del tutto autonomo e da considerare insieme con quello dei genitori. Solo entrando nell'età adolescenziale si può pensare che il consenso diventi progressivamente autonomo. ... L'età limite per prospettare la possibilità di ricevere un effettivo consenso informato sarebbe dunque di 14 o più anni. Per alcuni sarebbe ragionevole che un adolescente di 14 anni fosse coinvolto anche nella decisione di sospendere i trattamenti terminali».

campo della salute a dimostrazione che questa volontà deve essere parallelamente promossa e che il principio di autodeterminazione nel campo della salute risulta delimitato in maniera del tutto non soddisfacente nell'ipotesi in cui si ricorra al solo criterio della maggiore età della persona fissata convenzionalmente, dalla legge civile, al compimento del diciottesimo anno di età. Non solo perché esistono persone maggiorenni incapaci di autodeterminarsi per ragioni diverse, come è lo stesso ordinamento giuridico a prevedere, ma anche perché: (a) la capacità di intendere e di volere cui si riferisce la norma sia civile che penale non può essere confusa con la competenza decisionale (la *competence* o la *decision making capacity*); (b) la configurazione per così dire anagrafica di questa capacità già è stata messa in discussione (meglio, superata) da altre norme che pur riguardano la salute (quella sessuale e riproduttiva) nella parte in cui si è ritenuto, ad esempio, di non fissare alcun limite di età della minore che accede alla prescrizione contraccettiva pur limitata dalla legge n. 194 del 1978 alle strutture consultoriali pubbliche. Per favorire, evidentemente, un approccio complessivo a questa delicatissima area problematica che non può essere realizzato attraverso la sola prescrizione farmacologica ma che richiede la graduale responsabilizzazione della donna minore.

#### 4. Capacità giuridica e competenza decisionale.

La legge di recente approvata dal Re del Belgio che ha, dunque, esteso la platea delle persone che possono accedere alla pratica eutanasia è di forte stimolo al sapere scientifico costringendolo a ritornare sulla questione, purtroppo ancora poco sviluppata (non solo sul versante teorico ma anche su quello della prassi applicativa), della competenza decisionale della persona che non può essere ancora confusa con la sua capacità giuridica<sup>15</sup>.

La questione è prevalentemente giuridica ed a noi medici non spetta certo esaminarla in profondità anche per non usurpare luoghi di riflessione che non ci sono connaturati. Ci basti, però, osservare che è, questa, una capacità che la persona non acquisisce al momento della nascita ma, convenzionalmente, al raggiungimento della maggiore età e che è alla base dell'*imputabilità penale* (art. 85 c.p.<sup>(16)</sup>) da intendere come la (pre)condizione che deve essere processualmente dimostrata per attribuire ad una persona il fatto dalla stessa commesso e le relative conseguenze giuridiche. Così definita, la *capacità di intendere e di volere* esprime pertanto l'idoneità della persona di discernere il significato, la portata ed il valore delle proprie azioni in relazione alle regole generali date dall'ordinamento giuridico che definiscono gli illeciti con la consapevolezza delle conseguenze (*in primis*, quelle penali) che da essi derivano nonché la capacità, contestuale, di controllare e di adeguare le proprie capacità volitive in vista di uno specifico scopo con l'obiettivo di non incorrere nelle sanzioni sociali. Come a dire, in altre parole, che questa capacità deve, per così dire, conformarsi passivamente alle sole *regole*, generali ed astratte, date dall'ordinamento rispondendo, probabilmente, a quegli assunti che, nel lontano 1918, Max Weber<sup>17</sup> pose a fondamento dell'*etica della responsabilità*. Etica che fonda il giudizio posi-

<sup>15</sup> Ci si permetta rinviare il Lettore a F. CEMBRANI, V. CEMBRANI, *La competenza decisionale dell'anziano e lo "stereotipo" giuridico della capacità di intendere e di volere*, in *I Luoghi della cura*, 1, 2010, 12-17.

<sup>16</sup> Art. 85 c.p. (Capacità d'intendere e di volere): «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. E' imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere».

<sup>17</sup> Cfr. M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, 2004.

tivo o negativo di un'azione sulla sola luce del risultato e che occorre distinguere rispetto a quell'*etica* cosiddetta *della convinzione* che utilizza, invece, un criterio diverso considerando non già il solo risultato dell'azione ma come la stessa si è conformatata, coerentemente, ai principi attraverso un solo calcolo di coerenza morale e non già di efficacia.

La *capacità di intendere e di volere* è, pertanto, una categoria di chiara matrice giuridica che risponde, di necessità, all'esigenza di garantire la convivenza sociale attraverso il contrasto e la repressione dei comportamenti ritenuti illeciti dall'ordinamento garantendo, non secondariamente, misure alternative alla pena alle persone riconosciute non imputabili al momento della commissione del fatto. Essa risponde, dunque, alle specifiche esigenze dell'ordinamento: la salvaguardia del vivere sociale, difesa attraverso la repressione di ogni comportamento illecito che ne mina la sussistenza e che identifica, pertanto, una *capacità* della persona per così dire filtrata dagli interessi collettivi. Interessi che, evidentemente, non sempre possono salvaguardare e promuovere le nostre inclinazioni, i nostri desideri, la capacità di valutare le azioni in relazione al nostro personale stile di vita, alle preferenze, ai valori di riferimento (morali, filosofici, politici, religiosi, ecc), alle aspettative, all'immagine che ciascuno di noi ha il diritto di lasciare di sé dopo la morte e a quanto, con una parola spesso abusata in senso retorico, definisce la nostra idea di *dignità*.

Approfondendo i tratti caratteristici di questa *capacità*, per come gli stessi sono stati indicati dalla legge civile, sorprende la molteplicità dei riferimenti concettuali.

L'art. 2 del Codice Civile<sup>18</sup> si esprime, infatti, in termini di '*capacità di agire*', che occorre intendere come l'idoneità della persona di essere artefice di qualsiasi atto (non solo negoziale) produttivo di effetti giuridici. Con la conseguenza che le persone sprovviste di questa capacità possono essere oggetto di quella tutela giuridica realizzata attraverso la loro *interdizione* (art. 414 c.c.), *inabilitazione* (art. 415 c.c.) e *amministrazione di sostegno* (legge 9 gennaio 2004, n. 6<sup>19</sup>). Si tratta di istituti giuridici diversi, che non si riferiscono a persone incapaci di intendere e di volere ma, rispettivamente: (a) a persone che si «trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi;» (b) ai maggiori di età infermi di mente ma non in modo così grave da procedere all'interdizione; (c) alle «*persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana*» e che, «per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovano nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 c.c. novellato).

In queste situazioni non è già sull'esistenza di una (in)*capacità di intendere e di volere* che si procede ma, invero, quando, in presenza di una infermità di mente o di un ridotto grado di autonomia personale nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, una persona non è più in grado di provvedere (o di provvedere adeguatamente) ai propri interessi. Dunque, con un forte salto di prospettiva

<sup>18</sup> Art. 2 c.c. (Maggiore età. Capacità di agire): «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa. Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro».

<sup>19</sup> Art. 404 (Amministrazione di sostegno): «La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio».

rispetto alla legge penale in cui pur si elencano le situazioni di non imputabilità. Peraltro, la visione tradizionalmente patrimonialistica con la quale veniva considerata *l'incapacità di provvedere ai propri interessi*<sup>20</sup> è stata decisamente superata dalla legge n. 6 del 2004 che, nel conferire prevalenza alle misure di protezione previste dalla amministrazione di sostegno, ha riconosciuto il diritto della persona con ridotta o abolita capacità di essere tutelata anche in ordine alle esigenze di cura. Questa nuova, rivoluzionaria, scelta del legislatore – fortemente supportato da una profonda riflessione culturale – consente anche di realizzare soluzioni personalizzate in ordine alla reale capacità di consenso del paziente alle iniziative diagnostiche e/o terapeutiche che vengono a delinearci nella cura della sua malattia. La legge prevede, infatti, che il Giudice tutelare – alla cui competenza questo istituto viene attribuito – disponga, con proprio decreto, (art. 405, novellato) oltre all'oggetto dell'incarico (ai nostri fini il, il consenso alla *“cura”*) anche «gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario» e, per controverso, «gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno».

Questa la situazione giuridica in cui la *capacità di agire* oscilla all'interno di poli diacronici ai cui estremi si collocano *l'incapacità di intendere e di volere* e quella di *provvedere* (anche temporaneamente) *ai propri interessi* che non sono sempre e solo quelli di natura patrimoniale anche se questa prospettiva sembra essere ancora quella su cui prevalentemente si focalizza l'interesse degli organi giudiziari.

Occorre, a questo punto, chiedersi se la volontà decisionale della persona nell'ambito del rapporto e delle scelte di cura possa essere ascritta al solo registro della disciplina codicistica o se essa richieda una più ampia considerazione alla quale non può essere certo estranea la struttura biografica della persona. Perché le nostre scelte di vita non possono essere certo formulate in maniera avulsa rispetto a ciò che effettivamente siamo, alle nostre convinzioni più profonde, ai nostri valori di riferimento, al nostro habitus interiore ed a ciò che costituisce la nostra stessa dignità indipendentemente dalla circostanza che la dignità costituisca o meno un valore meta-giuridico che illumina di luce non riflessa tutti gli altri principi costituzionali. In una parola, da ciò che realmente siamo e da quella parabola di vita che ci siamo dati e di cui vogliamo onorare la strutturata integrità.

Senza questa coerente integrità la nostra biografia è, infatti, destinata a snaturarsi e ad interrompersi ed anche nel campo delle scelte che hanno a che fare con la salute occorre dare ad essa una forte protezione. Per molte ragioni che possiamo sussumere in due considerazioni di carattere generale. In primo luogo perché il nostro ordinamento, nella sua laica (non pregiudiziale) ricerca di inferenza tra *regole, principi e valori*<sup>20</sup>, non promuove l'idea di una salute depauperata dei suoi più rilevanti attributi connotativi ed una posizione assoluta di garanzia del medico nei confronti della vita biologica. Ma anche perché la nostra Carta costituzionale non stabilisce un obbligo generale di curarsi (ma il diritto di essere curati) né, tanto meno, un dovere assoluto di cura da parte del medico convergendo in tale direzione, specularmente, sia la Convenzione di Oviedo (art. 5: «Qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato. Questa persona riceve preventivamente un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle conseguenze e ai suoi rischi. La persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualsiasi momento») che la Carta dei diritti

<sup>20</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

fondamentali dell'Unione europea (art. II-63: «1. Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle 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») che, come detto, il Codice di deontologia medica.

Nel nostro ordinamento giuridico la salute è, dunque, un diritto (non certo a caso) *fondamentale* (art. 32, co. 1, Cost.) che, come tale, è da includersi tra i diritti inviolabili che non possono non predicarsi della persona umana in quanto nell'idea stessa di persona sono iscritti e di quella idea ne costituiscono connotati imprescindibili; come tale la tutela costituzionale della salute si collega da un lato con la tutela generale della personalità (art. 2) e con i diritti fondamentali di eguaglianza e dignità (art. 3) nonché di libertà (art. 13), dall'altro con le norme che garantiscono le espressioni sociali della persona, in particolare nella famiglia, nel lavoro e nella società in genere.

Questi collegamenti tra personalità, libertà e salute già aiutano a comprendere il perché la salute venga qualificata come diritto "fondamentale" dell'individuo.

È vero che la nostra Carta Costituzionale non fornisce una specifica definizione di *salute* ma occorre qui ricordare che il costituente aveva ormai dinnanzi a sé il decreto legge del Capo provvisorio dello Stato con il quale (1947) l'Italia aveva recepito l'atto costitutivo della organizzazione Mondiale della Sanità, atto che, nel suo preambolo, contiene la nota definizione della salute che (come anche quella di malattia) contempla la triplice dimensione: fisica, mentale e relazionale. Si aggiunga a ciò che l'idea di salute e di malattia non sono idee (a)-storiche essendo state modulate, nel corso dei secoli e della storia millenaria dell'umanità, dai diversi contesti storico-culturali che hanno agito selettivamente sul pensiero medico e che, ai nostri giorni, richiedono di considerarle funzionali allo sviluppo della personalità, con la conseguenza che le scelte della persona nel campo del rapporto di cura devono essere prioritariamente considerate di natura morale (prima che giuridica) con ciò imponendosi la necessità di (ri)calibrarne la capacità decisionale non già in riferimento a quella dell'imputazione giuridica ma, invero, in relazione alla capacità (*competence*) della persona: (1) di esprimere una scelta (è, questo, un criterio-soglia perché la persona non in grado di esprimere la sua scelta non è certo in grado di partecipare costruttivamente al processo che fonda la scelta decisionale); (2) di comprendere le informazioni fornite; (3) di dare un giusto peso alla situazione ed alle sue possibili conseguenze; (4) di utilizzare razionalmente le informazioni, ponderando le alternative terapeutiche in relazione al loro impatto concreto sulla qualità della vita.

Con una valutazione che compete, di regola, al medico che ha in carico la persona con gli strumenti di lavoro normalmente utilizzati nel rapporto di cura anche se questi strumenti chiedono di essere ammodernati per esplorare a fondo la competenza decisionale della persona. Perché il ricorso indiscriminato alla consulenza psichiatrica nell'ipotesi di un dubbio sulla persistenza di questa capacità<sup>21</sup> non appare né pertinente né appropriato (a meno che non si adoperi tale consulenza in chiave di *medici-*

<sup>21</sup> O, addirittura, come proposto nel d.d.l. Calabrò in una delle sue versioni ad un collegio medico a plurima composizione indicata dall'art. 3, co 7 del disegno di legge e composto da un medico-legale, da un anestesista rianimatore e da un neurologo «sentiti il medico curante e il medico specialista della patologia».

na difensivista) ed indipendentemente dall'adesione o dal dissenso espresso dalla persona al trattamento sanitario benché accada spesso che la competenza decisionale sia considerata direttamente proporzionale al grado di adesione che la medesima esprime al trattamento stesso (in altre parole, se il paziente esprime il consenso alle cure, sia pur in una situazione di dubbia capacità, il problema di approfondirla non si pone, mentre, al contrario, il rifiuto alle cure costituisce, sempre e comunque, un valido motivo per ricorrere alla consulenza psichiatrica finalizzata a misurarne la capacità decisionale se non, addirittura, a fornire la prova dell'esistenza di un'(in)capacità di intendere e di volere che è altra cosa rispetto a questa. Ed anche il ricorso, indiscriminato, a test di valutazione neuropsicologica, quale il test di Folstein (*Mini Mental State Examination*), per valutare la capacità decisionale della persona, appare inopportuno nonostante esso sia stato proposto in ambienti scientifici ampiamente accreditati<sup>22</sup>, come inappropriata sembra essere l'individuazione di uno score al di sotto del quale tale capacità risulterebbe sempre e comunque compromessa<sup>23</sup>; l'utilizzo dei test e delle interviste semi-strutturate che esplorano i domini precedentemente descritti è certamente utile<sup>24</sup>, ma non deve e non può sostituire un giudizio che deve scaturire dall'osservazione diretta della persona, dal colloquio ripetuto con la stessa, dalla comprensione dei suoi valori personali di riferimento, dal suo vissuto, dalla sua idea di dignità e dall'ascolto che, più di tutti, è in grado di promuovere (non solo rispettare) l'autonomia decisionale della persona e di dar forma e sostanza alla tanto sbandierata alleanza terapeutica. Alleanza che pretende la costruzione di strutturati spazi dialogici senza i quali si alimentano quelle solitudini veicolate sia dal modello paternalistico medico che da quello dell'autonomia che, a ben vedere, sposta la solitudine sulla persona senza tuttavia risolverla.

## 5. Conclusioni

La legge di recente firmata dal Re del Belgio che estende anche alle persone minori il diritto eutanasi stimola il sapere scientifico e lo interroga riguardo ai metodi di esplorazione della capacità decisionale delle persone che non hanno ancora raggiunto la maggiore età.

Su queste metodiche non esiste, peraltro, alcuna convergenza di pensiero nemmeno nelle persone di età adulta laddove la competenza decisionale è spesso messa in discussione da quelle patologie cronico-degenerative (*in primis*, quelle dementigene) che compromettono le capacità cognitive della

<sup>22</sup> Cfr. C. PETRINI (a cura di), *Il consenso informato al trattamento dei soggetti affetti da demenza: aspetti etici, deontologici e giuridici*, Istituto superiore di Sanità, 2008.

<sup>23</sup> Cfr. ASSOCIAZIONE ITALIANA DI PSICOGERIATRIA, *Promuovere e rispettare la libertà decisionale della persona con demenza: idee condivise da Geriatri, Psichiatri, Neurologi*, in *Il Sole 24 Ore Sanità* del 14 luglio 2009. Si veda, anche, a questo riguardo, F. CEMBRANI, V. CEMBRANI, *Consenso alle prestazioni sanitarie: la valutazione della capacità decisionale nell'anziano*, in *Giornale di Gerontologia*, 5, 2008, 296 e ss. Ed ancora F. CEMBRANI, P. BENCIO LINI, *Le insidie, nella relazione di cura, dell'ambiguo riferirsi alla cosiddetta capacità di intendere e di volere*, in *Professione & Clinical Governance*, 18, 2010, 12.

<sup>24</sup> Prospettive di tutto interesse apre al riguardo l'intervista semi-strutturata condotta con la *MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment* che esplora, molto più opportunamente, della testistica utilizzata come batteria di screening per la diagnosi di demenza, l'*expressing a choic*, quella di comprendere le informazioni fornite (*understanding*), quella di dare un giusto peso alla situazione ed alle sue possibili conseguenze (*appreciation*) e quella di utilizzare razionalmente le informazioni, ponderando le alternative terapeutiche in relazione al loro effettivo impatto sulla qualità della vita (*reasoning*)



persona. In queste situazioni alcuni Autori raccomandano l'esecuzione di batterie neuro-testistiche più o meno complesse<sup>25</sup> mentre altri, sia pur in numero ridotto, auspicano la diffusione nella prassi clinica di interviste semi-strutturate in grado di esplorare l'*expressing a choice*, l'*understanding*, l'*appreciation* ed il *reasoning*<sup>26</sup>. Per superare definitivamente quei fuorvianti automatismi che finiscono con il considerare, sempre e comunque, i minori ed i dementi come persone incapaci e, nell'ipotesi migliore, la maturità come un qualcosa di raggiunto al compimento della maggiore età o di quella emancipazione che la legge penale indica, convenzionalmente, al compimento del 14° anno di età. Perché età minore e maturità non corrispondono sempre ai valori reali in gioco in ogni relazione di cura che deve saper guardare, responsabilmente, al paradigma della *child advocacy* riconoscendo comunque, la complessità, la variabilità e l'imprevedibilità dei pensieri e delle emozioni delle persone che si trovano ancora nell'età evolutiva della vita e che non hanno ancora maturato, in termini definitivi, una struttura biografica ampia e consolidata.

Per la difesa promozionale dei loro diritti inviolabili (fondamentali) che fonda lo statuto ontologico dell'arte della cura.

champs

---

<sup>25</sup> Cfr. C. PETRINI, op. cit. *supra* in nota 22.

<sup>26</sup> Cfr. F. CEMBRANI, V. CEMBRANI, op. cit. *supra* in nota 23.



## ***Lost in translation. Cosa prendere (e cosa lasciare) del dibattito americano su diritto e neuroscienze***

**Valeria Marzocco\***

LOST IN TRANSLATION: WHAT TO TAKE (AND WHAT TO LEAVE) OF THE AMERICAN DEBATE ABOUT LAW AND NEUROSCIENCES

ABSTRACT: Recently, the scientific debate on the relationship between law and cognitive neurosciences has sensibly developed, so much that some argues about the necessity to consider this relationship as a new field of legal disciplines. Several are the issues that should be taken into account, such as the value of neuroscientific opinions and reports within the legal proceeding or the evolution of the concept of legal competence. From a philosophical viewpoint, these new scientific developments call for a re-evaluation of the concept of legal personhood and for a reconsideration of traditional concepts, such as the notion of free will. The aim of the paper is to address the main issues that the “new” relationship between law and neurosciences is raising, offering some possible solution for the integration of neuroscientific concepts in the legal discourse.

KEYWORDS: cognitive neuroscience; legal culture; legal philosophy; scientific evidence in legal proceedings; neuroimaging.

SOMMARIO: 1. Uno sguardo bifocale? Un punto su neuroscienze e diritto – 2. Capire il pensiero e l’azione dell’essere umano. La neuroscienza come ordine epistemologico – 3. *Natural partners*. Dalla biologia comportamentale alle neuroscienze – 4. *Lost in translation*. Neuroscienze e cultura giuridica.

### **1. Uno sguardo bifocale? Un punto su neuroscienze e diritto**

**N**el corso degli ultimi anni, la letteratura fiorita intorno al rapporto tra neuroscienze cognitive e diritto restituisce un’impressione notevole, al punto che il credito guadagnato nel discorso giuridico dalle questioni poste da questi orizzonti integrati di ricerca sul cervello umano<sup>1</sup> suggerirebbe la necessità di perimetrare nel *neurodiritto* un nuovo campo disciplinare<sup>2</sup>.

\* *Ricercatrice in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli «Federico II».*

<sup>1</sup> La preferenza per la formula neuroscienze cognitive risponde, negli obiettivi di questo lavoro, alla necessità di tracciare le linee di un campo d’indagine definito all’interno del rapporto tra diritto e neuroscienze, che consenta di enucleare le matrici teoriche e filosofiche del dibattito giuridico che si è sviluppato nel corso degli ultimi anni. In questo senso, con il termine *cognitive neuroscience* si intende precisamente quello spazio, che comincia ad elaborarsi nel corso degli anni Ottanta del secolo scorso, di reciproca integrazione tra il campo della ricerca neuroscientifica, volto a studiare le attività e le funzioni cerebrali e gli strumenti d’indagine della psicologia cognitivista: cfr. M. GAZZANIGA, R. IVRY, G. MANGUN, *Cognitive Neuroscience*, New York, 2002; tr. it. *Neuroscienze cognitive*, Bologna, 2005.

Al di là delle più o meno fortunate nuove formule, la complessità dei problemi posti all'intersezione tra diritto e neuroscienze fa emergere un quadro teorico senz'altro difficile, tenuto in un doppio registro di indagine. Per un verso c'è il piano delle questioni tecnico-giuridiche, che rinvia soprattutto alla valenza e alle criticità della perizia neuroscientifica nel processo, sia con riguardo al suo rapporto con la perizia psichiatrica sia, più in generale, al suo concedersi a forme di recupero di analisi personalologica; per l'altro, le neuroscienze aprono, sul piano più squisitamente teorico e filosofico, interrogativi che paiono minare al cuore la soggettività e i criteri di attribuzione della responsabilità giuridica. Se, sotto il profilo processuale, l'interazione tra perizia neuroscientifica e perizia psichiatrica impone di interrogarsi su quanto, e sino a che punto, le neuroscienze siano in grado di stingere l'abbraccio mortale tra psichiatria e diritto<sup>3</sup>, sotto il profilo della discussione teorico-generale, il tono ed i temi che hanno sino ad ora contraddistinto il discorso giuridico sulle neuroscienze riconvocano sui fondamenti del giudizio normativo, conferendo nuova risonanza ad una discussione filosofica sul libero arbitrio in sé classica, e di certo non marginale nel corso del dibattito filosofico novecentesco.

Dinanzi a un campo così ampio, e forse ancora troppo difficile da perimetrare, l'importanza delle vicende giurisprudenziali che hanno segnato l'ingresso delle tecniche di *neuroimaging* nel processo è evidente. Ma l'analisi dei casi in cui l'applicazione delle tecnologie di scansione cerebrale ha avuto un'incidenza decisiva va intesa in un quadro più ampio, nel solco della declinazione peculiare che le neuroscienze impongono al rapporto co-produttivo tra diritto e scienza. Qui, proprio alla luce delle vicende giurisprudenziali, come anche per il dibattito che si è venuto articolando in questi ultimi anni, giova adottare un registro più ampio, per il credito che le neuroscienze sono andate guadagnando nel rappresentarsi come un nuovo *paradigma*<sup>4</sup>, non solo all'interno della biologia – e con accenti di

<sup>2</sup> Nella letteratura giuridica contemporanea, il termine *Neurolaw*, oltre ad essere inteso come sintesi del complesso delle tematiche emergenti nel campo di ricerca *Law and Neuroscience*, si offre come nuova disciplina impartita da qualche anno in numerose Law Schools americane (cfr., per una rappresentazione dell'insegnamento negli Stati Uniti, O.D. JONES, F.X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, in T.M. SPRANGER (ed.), *International Neurolaw*, 349-380. E cfr. E. PICOZZA et al., (a cura di), *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011.

<sup>3</sup> Sul rapporto tra psichiatria e diritto nell'era nella prova neuroscientifica, giova probabilmente tenere a mente la costitutiva ambiguità che Franco Basaglia e Franca Ongaro Basaglia leggevano nella scienza psichiatrica, per la contrastante prospettiva operante in capo allo psichiatra nascente dalla sua «doppia delega, di uomo di scienza e di tutore dell'ordine», ma anche per la contraddizione conseguente al dover sdoppiarsi nei due ruoli che questa delega pone, tra protezione del *malato* e tutela del *normale*: cfr. F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA, *La maggioranza deviante. L'ideologia del controllo sociale*, Torino, 1974, 32.

<sup>4</sup> T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1962; tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino 1978: 25-26. Nel 1962 Thomas Kuhn inaugurava un modo di riflettere filosoficamente sulla scienza del tutto innovativo: alla scienza "normale", intesa da Kuhn come lo strutturarsi di una data tradizione scientifica entro un dato paradigma, veniva accostata la ricorrenza di periodi di "rivoluzione scientifica". Tra l'una e gli altri, si leggeva la centralità del concetto di *paradigma*, inteso come «intera costellazione di criteri, valori, tecniche» condivise, ovvero abbandonate, da una comunità scientifica. Questa definizione di paradigma – in senso sociologico, come si sarebbe letto nel *Poscritto* che Kuhn acclude all'edizione del 1969 – è singolarmente suggestiva, anche se solo parzialmente esaustiva, per la comprensione della vicenda che genera la nascita della biologia molecolare. Era stato infatti in anni vicini alle analisi di Kuhn che si era compiuto quell'autentico processo di tras migrazione di studiosi dalla fisica e dalla chimica alla biologia. Nasceva la biologia molecolare e si ponevano le basi della genetica medica. Un certo paradigma, piuttosto che dimettersi, trasmigrava con la comunità che lo aveva condiviso e che lo condivideva ora, dalla spiegazione delle leggi del mondo fisico allo svelamento dell'organismo vivente.

convergenza e di distinzione della genetica – ma soprattutto all'interno di quelle discipline, come per l'appunto la psicologia e la psichiatria, che più hanno avuto la necessità, nel corso del Novecento, di superare un orizzonte di tipo organicistico.

Nel quadro di un'attenzione su neuroscienze e diritto ormai del tutto accreditatasi presso la comunità internazionale degli studiosi, questo livello teoretico dell'interrogazione sulle neuroscienze è stato da tempo posto al centro del dibattito, con accenti radicali, soprattutto in area angloamericana<sup>5</sup>.

Diverso, forse più cauto, l'atteggiamento che contraddistingue la discussione italiana, che pure avviata con un certo ritardo, è tutt'altro che una pagina appena abbozzata: è ormai aperta l'indagine sulle questioni tecnico-giuridiche che l'ingresso della perizia neuroscientifica è in grado di porre nel quadro del sistema processuale italiano<sup>6</sup>; si fa strada, anche per iniziativa di centri di ricerca italiani, il dialogo con istituzioni e *foundation* europee<sup>7</sup> ed americane<sup>8</sup>; fioriscono le iniziative di studio che segnalano un'attenzione complessiva rivolta a questi temi<sup>9</sup>. In questo contesto, complessivamente vivace e recettivo rispetto alle questioni sottese al rapporto tra diritto e neuroscienze, appare evidente però un'impostazione generale del discorso prudente, che non nasconde il suo *favor* per una prospettiva di storia del pensiero: non c'è solo la consapevolezza del fatto che solo una visione di *longue durée* consenta una riflessione non evenemenziale sugli interrogativi che le neuroscienze cognitive pongono al diritto, perché in molti casi, più radicalmente, questa consapevolezza ha radici più profonde, fondandosi sull'idea che, con le neuroscienze, ci sia un velo che torna a sollevarsi sulla *liaison dangereuse* tra scienza e diritto che connotò una certa stagione del diritto penale e della scienza criminologica.

Quale sia la distanza tra un tale approccio e un dibattito che, in area angloamericana, non pare particolarmente allarmato dal ritorno – per il tramite delle neuroscienze – di fascinazioni scientiste che già hanno avvinto la cultura giuridica, si evince dagli orizzonti diametralmente opposti chiamati in causa:

<sup>5</sup> Su ciò, per la prima rappresentazione più compiuta del dibattito, cfr. S. ZEKI, O.R. GOODENOUGH (a cura di), *Law and the Brain*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, 2004, 359 (1451).

<sup>6</sup> Quest'attenzione è in parte conseguente alla risonanza delle vicende giudiziarie che si sono imposte negli ultimi anni. Su ciò, oltre alle sentenze della Corte d'assise d'appello di Trieste del 1° ottobre 2009 (cfr. <http://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html>, ultima consultazione 28 ottobre 2014) e della sentenza *Albertani*, emessa dal GIP di Como nel 2011, meritano approfondimento le recenti sentenze *Serventi* del Tribunale di Cremona, in cui la perizia condotta con metodi neuroscientifici è applicata alla ricostruzione della memoria autobiografica della persona offesa al fine di accertare l'eventuale danno post-traumatico subito, e la sentenza *Mattiello* – depositata l'8 aprile 2013 dal Tribunale di Venezia – in cui la prova neuroscientifica si riconnette al reato di pedofilia.

<sup>7</sup> Su ciò va segnalata l'attività di ricerca promossa, sotto la guida di Amedeo Santosuosso, anche sulle questioni del neurodiritto, dall'*European Centre for Law, Science and New Technologies* di Pavia (<http://www.unipv-lawtech.eu>) e, più di recente, dall'*European Association for Neuroscience and Law* (<http://www.neurolaw-eanl.org>).

<sup>8</sup> Per la promozione degli studi giuridici sulle neuroscienze in Italia è stata di certo molto importante l'attività di ricerca svolta da Dennis Patterson presso l'*European University Institute* di Fiesole. Un fecondo scambio di prospettive si è realizzato anche con la *MacArthur Foundation Research Network for Law and Neuroscience*, attenta allo stato dell'arte della riflessione europea ed italiana: cfr. <http://www.lawneuro.org/italy.php>.

<sup>9</sup> Tra le più recenti, giova segnalare l'iniziativa di studi che si è svolta a Firenze, nel giugno 2014, presso la sede dell'*European University Institute*: <http://www.eui.eu/SeminarsandEvents/index.aspx?eventid=94721> (ultima consultazione 30 settembre 2014).

se è vero che i vari riferimenti al *neopositivismo*<sup>10</sup>, al *parricidio mancato*<sup>11</sup>, o a un ritorno della criminologia per tipi, sono espressioni che a fatica si riescono a conciliare con un panorama di *challenges, new perspectives, advancements*, che il rapporto tra neuroscienze e diritto andrebbe rappresentando nella letteratura angloamericana<sup>12</sup>.

Questa preoccupazione a non smarrire la memoria storica del rapporto tra la cultura giuridica e il sapere medico e scientifico è certamente il segnale di una resistenza culturale verso un tema capace di rievocare alcune tra le pagine meno edificanti della storia del diritto dell'ultimo secolo<sup>13</sup>. Ma, oltre a ciò, e sotto un profilo più generale, il fatto che un'analoga preoccupazione non percorra le pagine della letteratura che più ha contribuito a mettere a fuoco i problemi nascenti dal rapporto tra diritto e neuroscienze in questi anni, impone una riflessione. È un dato infatti che questa prospettiva non sia esattamente tra gli argomenti discussi nel *mainstream* del dibattito anglo-americano. Ciò va considerato con interesse, ma non senza prudenza, tenendosi al riparo sommarie e inaccettabili generalizzazioni.

Escludendo che si tratti di disattenzione o, ancor più, di un'inadeguata conoscenza della storia della cultura giuridica – cosa peraltro agevolmente confutabile non solo se si pensa ai contributi migliori<sup>14</sup>, ma anche se si conviene sul fatto che proprio alcune delle tesi più recenti e discusse sull'importanza che le neuroscienze possano esibire per la scienza criminologica non abbiano difficoltà a riferirsi a Lombroso come ad un maestro<sup>15</sup>, rivendicando una radicata familiarità con la Scuola positiva del diritto penale già nota in alcuni ambienti accademici americani di inizio secolo scorso<sup>16</sup> – la scarsa decisi-  
sività di questi argomenti in area angloamericana è ciò che consente, piuttosto, di domandarsi quali e distinte matrici, filosofiche e teorico-giuridiche, hanno sino ad ora contraddistinto il dibattito.

Nel segno di questo interrogativo, e nella cornice più generale del rapporto tra diritto e scienza in cui questi temi stanno iscritti, diventa nient'affatto banale, non dare per assunti né l'uno né l'altra: né quale sia la teoria normativa del diritto messa in campo dalla cultura giuridica che riflette sulle neuroscienze, né quali siano i termini del paradigma scientifico che guida lo studio complessivo delle tematiche convergenti nell'area delle neuroscienze cognitive.

<sup>10</sup> U. FORNARI, *Neuroscienze forensi. Una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.* 2012, 7-8, 2719-2733.

<sup>11</sup> E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012.

<sup>12</sup> Per una recente ed efficace rappresentazione di questi lavori, cfr. O.D. JONES, F.X. SHEN, *Law and Neuroscience in the United States*, cit.

<sup>13</sup> Su ciò, nella vasta letteratura a riguardo, cfr. C. BARBIERI, *È tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise di Trieste del 1 ottobre 2009*, in M.G. RUBERTO, C. BARBIERI (a cura di), *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Milano, 2011, 127-137.

<sup>14</sup> Un'interessante disamina dei problemi posti dall'ingresso delle tecniche di *neuroimaging* nelle aule di tribunale, che rinvia in chiave storica alle analoghe preoccupazioni che aveva generato la prova per immagini fotografiche è, ad esempio, proposta da M.S. PARDO, *Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure*, in *American Journal of Criminal Law* 2006, 33, 301-337.

<sup>15</sup> Su ciò, particolarmente interessante è la posizione di A. RAINE, *The Anatomy of Violence. The Biological Roots of Crime*, New York 2013, soprattutto considerando l'ultimo capitolo, che si sofferma su un punto cruciale e da non sottovalutarsi nel dibattito angloamericano in corso, in tema di *Lombroso Program* (ivi, 329-373).

<sup>16</sup> Sull'attenzione rivolta alla criminologia lombrosiana, in autori come Marvin Wolfgang o, prima ancora, Thorsten Selling, cfr. A. RAINE, *The Anatomy of Violence*, cit.: xii-xv.

Sotto quest'ultimo profilo, la diffusa preferenza mostrata dall'approccio angloamericano per una discussione che mette a fuoco le sfide della neuroscienza, mostrandosi per nulla allarmata dai fantasmi dello scientismo, è tutt'altro che un'ingenuità. Essa è, piuttosto, il chiaro precipitato delle premesse concettuali che confluiscono normativamente sul dibattito: più che con la memoria storica di una cultura giuridica che non ha la necessità di elaborare il luttuoso rapporto tra il diritto e la scienzebiomediche, c'è da misurarsi con un altro *fuoco* che orienta, soprattutto nel dibattito angloamericano, il piano dell'indagine tra diritto e neuroscienza.

## 2. Capire il pensiero e l'azione dell'essere umano. La neuroscienza come ordine epistemologico

La discrasia che pervade i *discorsi* giuridici contemporanei sulle neuroscienze indica più che una distanza, un orizzonte bifocale, in cui, per ragioni giuridico-culturali, oltre che filosofiche, in taluni casi i giuristi non sembrano guardare nella stessa direzione quando s'interrogano sulle neuroscienze. Questa ipotesi di lavoro può essere interessante, non solo per la particolare declinazione che essa concede di cogliere quanto al rapporto co-produttivo e non meramente recettivo con il quale il sapere giuridico si pone in dialogo con la neuroscienza, ma anche e soprattutto per una riflessione teorico-giuridica che accetti di misurarsi con le premesse concettuali che intervengono in senso normativo sull'impostazione di questi temi.

Nel dibattito angloamericano l'origine degli studi su diritto e neuroscienze è stata oggetto di numerose ricostruzioni. Si fronteggiano in special modo due ipotesi: per un verso, generalmente diffuso è il tentativo di indicare il principale elemento di sviluppo della ricerca su questi temi all'ingresso delle tecniche di *neuroimaging* nelle aule di tribunale, intorno agli anni Ottanta<sup>17</sup>, per l'altro prevale, più ampiamente, l'idea che la gran parte delle applicazioni giuridiche della ricerca neuroscientifica sia da riferirsi agli studi che hanno dato impulso alla comprensione delle funzioni cognitive del cervello, volti a comprendere sia l'origine che i meccanismi dell'azione umana, impatto che daterebbe non più di un ventennio<sup>18</sup>.

Al di là di questi dubbi genealogici – che contribuiscono a far vedere come sia, allo stato, alquanto ampia e non del tutto ancora ben definita l'area d'indagine su cui fa leva il binomio neuroscienze-diritto – la ricerca sul cervello umano ha goduto di una quasi immediata fortuna presso la comunità degli studiosi angloamericani strutturandosi, almeno a partire dal 2004, in un ampio e articolato dibattito. Se la discussione giuridica sulle neuroscienze è tutto sommato recente, non altrettanto lo sono i temi messi in campo sin dal principio.

Ciò vale sicuramente, sul piano filosofico, se si pensa che il nucleo principale su cui il dibattito ha fatto leva si è concentrato sul tema della determinazione del soggetto e del suo libero arbitrio.

<sup>17</sup> L.S. KHOSHBIN, S. KHOSHBIN, *Imaging the mind, Minding the image; an historical introduction to brain imaging and the law*, in *American Journal of Law & Medicine* 2007, 33, 171-192.

<sup>18</sup> B. GARLAND, P.W. GLIMCHER, *Cognitive neuroscience and the law*, in *Current Opinion in Neurobiology* 2006, 16, 130-134.

Il radicamento nell'ambito delle *Free Will Theories* del discorso giuridico angloamericano sulle neuroscienze è stato tuttavia, come noto, il punto forte e, al tempo stesso, anche il più esposto del dibattito. Ciò perché, per un verso, la rappresentazione dei problemi posti alla riflessione giuridica dalle neuroscienze si è andata a collocare nel solco di una questione filosofica classica e fortemente presente nel dibattito della filosofia analitica del Novecento, quella del rapporto mente-cervello<sup>19</sup>, per altro essa si è offerta agevolmente ad obiezioni calzanti da parte di chi ha avuto buon gioco nel sostenere la sostanziale irrilevanza di questi temi in una prospettiva di teoria del diritto di tipo consequenzialistico<sup>20</sup>.

Quale relazione intercorra tra cervello e mente – ovvero tra il corpo come *materia biologica* e la sua capacità di produrre il *pensiero* – è da sempre stato oggetto di attenzione nella storia della filosofia occidentale<sup>21</sup>, divisa tra teorie *materialiste* o *moniste*, faatrici di una sostanziale identità tra corpo e mente e sostenitrici di un fondamento biologico e corporeo da cui originerebbe la facoltà umana del pensiero<sup>22</sup>, e ipotesi *dualiste*, fondate invece sulla distinzione tra mente e cervello, intesi come due unità ontologicamente distinte e separabili<sup>23</sup>. Candidata a porsi nel solco di questa classica questione, lo sviluppo della ricerca neuroscientifica nel corso del XX secolo ha rilanciato con accenti di complessità inediti la dialettica tra monismo e dualismo<sup>24</sup>, affidandone la principale misura alla questione della coscienza, intesa come problema scientifico e non più filosofico<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Sull'agganciarsi degli studi neuroscientifici in tema di coscienza nel solco del problema del rapporto tra mente e cervello, cfr. J. FODOR, *The mind-body problem*, in R. WARNER, T. SZUBKA (ed. by) *The mind-body problem*, Oxford, 2004, 24-40; più specificamente, in termini ricostruttivi, cfr. F. ROSSI, *L'approccio delle neuroscienze al problema mente-cervello*, in *Psicologia Sociale* 2006, 1, 37-44. Sul tema specifico della coscienza, G.M. EDELMAN, G.A. TONONI, *Universe of consciousness. How matter becomes imagination*, New York, 2000; tr. it. *Un universo di coscienza: come la materia diventa immaginazione*, Torino, 2000.

<sup>20</sup> Su ciò, cfr. S.J. MORSE, *New neuroscience old problems*, in B. GARLAND (ed. by), *Neuroscience and the law: brain, mind, and the scales of justice*, New York, 2004, 157-198.

<sup>21</sup> Sulle dottrine moniste nella storia della filosofia occidentale, è in larga parte condivisibile la distinzione proposta da Gava, tra una matrice idealista (*L'essere umano è la sua mente*) e una matrice materialista o fisicalista (*L'essere umano è il suo corpo*): G. GAVA, *Mente versus corpo. Un errore logico-linguistico*, Padova, 1977. Sul dualismo, come espressione del fallimento dell'aspirazione identitaria della filosofia occidentale, cfr. E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano, 1995.

<sup>22</sup> Si tratta, con ciò, di «porre un limite al concetto di mente come un'entità metafisica che opera in maniera autonoma rispetto alla sostanza materiale del cervello»: P. STRATA, R. HARVEY, *L'antitesi monismo-dualismo nel problema mente-cervello*, in L. LENZI (a cura di), *Neurofisiologia e teoria della mente*, Milano, 2005, 74.

<sup>23</sup> Sul dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa*, cfr. U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 1992, 280 ss.: quanto poi, all'aspirazione che sarà avanzata dalla fenomenologia husserliana, di superare questa dicotomia tra *Körper*, del quale, in qualità di corpo somatico, è possibile fornire una spiegazione anatomico-fisiologica, e *Leib* che, come corpo vissuto, postula il superamento di una dimensione meramente oggettuale e percettiva, convocando per converso una dimensione in cui è la coesistenza – intesa come esistenza con l'altro – a stare in questione, insieme alla apertura intenzionale verso un mondo intriso di senso, e non già mera accumulazione di dati oggettivi, cfr. E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge* (1931); tr. it. *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1960, § 44, 107.

<sup>24</sup> Su questo punto, se è indubbio che in taluni casi si possano definire moniste in senso puro le tesi di quanti – come accade con gli studiosi che diedero origine, nel corso degli anni '50 del XX secolo, alla *Type Identity Theory* – affermano la configurabilità di una base neuronale per gli stati mentali soggettivi (a partire da U.T. PLACE, *Is consciousness a brain process?*, in *British Journal of Psychology*, 1956, 47, 44-50; e H. FEIGL, *Mind-body, not a Pseudo Problem*, in S.S. HOOK (ed. by), *Dimensions of Mind*, New York, 1960, 24-36), è invece sottoposta a un sostanziale svuotamento l'ipotesi dualista: dall'apparente sua rivalutazione, nella forma di un



Esemplare è, in questo senso, lo studio che le neuroscienze cognitive hanno rivolto al problema di cosa sia la coscienza, tema non raramente accompagnatosi, nella sensibilità di molti neuroscienziati, alla profonda consapevolezza circa il fatto che, con il porsi questo problema, ci si stesse orientando nel senso di un'ambizione, particolarmente alta e filosofica, che si proponeva di demistificare un autentico arcano. Proprio in questa consapevolezza, l'obiettivo di spiegare la coscienza attraverso la conoscenza dell'attività cerebrale ha condotto non raramente ad autentiche dichiarazioni di impotenza<sup>26</sup>, per la sostanziale impossibilità di svelare quella sorta d'incantesimo impenetrabile alla conoscenza dell'uomo che era, già per Huxley, nel 1866, la comparsa della coscienza dalle attività nervose<sup>27</sup>. Nonostante queste cautele, il tema della coscienza non è uscito mai del tutto dall'orizzonte delle neuroscienze divenendone piuttosto, con il tempo, l'autentico "sogno proibito". Ciò ha dato origine a divisioni radicali: in questione c'è un problema non banale, che è quello della riducibilità dell'esperienza umana ai meccanismi neurofisiologici, il che rischia di riproporre, ancora una volta nella storia del pensiero moderno, la fin troppo equivocata confusione messa in luce da Dilthey<sup>28</sup> e poi da Jaspers<sup>29</sup> tra *spiegare (Erklären)* e *comprendere (Verstehen)*.

Di certo, se davvero lo scopo dello studio sull'attività cerebrale fosse quello di perseguire una spiegazione meramente neurofisiologica dell'esperienza umana, si tratterebbe davvero di avvicinarsi a una definitiva naturalizzazione della coscienza che mostrerebbe di porsi in continuità con la celebre idea di Pierre Cabanis, che voleva il cervello secernere il pensiero come il fegato la sua bile<sup>30</sup>.

Ma quest'ambizione, tanto nella prospettiva delle neuroscienze cognitive quanto, in verità, nella consapevolezza degli studiosi che si sono occupati sino ad ora delle sue interazioni con il diritto, è del tutto lontana. Questo perché l'opera progressiva di conoscenza sull'origine e lo sviluppo di attività cognitive come il linguaggio, il ragionamento, il pensiero calcolante (c.d. coscienza *cognitiva*), sembrerebbe consolidare progressivamente un approccio complesso al tema della coscienza – né moni-

---

interazionismo gerarchico tra mente e cervello, che tuttavia respinge alla radice la matrice cartesiana, perché considera non sostenibile alcuna proprietà metafisica della mente [J. ECCLES, K. POPPER, *The Self and its Brain* (1977); tr. it. *L'io e il suo cervello. Materia, coscienza e cultura*, 3 voll., Milano, 1981], al «monismo emergentista» di R.W. SPERRY (*A Modified Concept of consciousness*, in *Psychobiological Review* 1969, 76, 532-536; Id., *Il problema della coscienza a una svolta. Un nuovo paradigma per la causazione*, in G. GIORELLO, P. STRATA, *L'automa spirituale. Mente, cervelli e computer*, Roma-Bari, 1991), alla prospettiva di J.-P. CHANGEUX, *L'homme neuronal*, Paris, 1983; tr. it. *L'uomo neuronale*, Milano, 1983.

<sup>25</sup> Sarebbe in questo senso un dato ineluttabile quello per cui «consciousness is now largely a scientific problem»: F. CRICK, C. KOCH, *Are we aware of neural activity in primary visual cortex?*, in *Nature*, 1995, 375, 121-123.

<sup>26</sup> Com'è accaduto nel caso di Francis Crick, convinto che nessuno scienziato al mondo sarebbe stato mai in grado «to believe that our vivid picture of the world really depends entirely on the activities of neurons that are so noisy and so difficult to observe»: F. CRICK, *The Astonishing Hypothesis: The Scientific Search for the Soul*, New York, 1994, 246.

<sup>27</sup> «[H]ow it is that anything so remarkable as a state of consciousness comes about as a result of irritating nervous tissue, is just as unaccountable as the appearance of the Djinn, when Aladdin rubbed his lamp»: Th. HUXLEY, *The Elements of Physiology and Hygiene: A Text-book for Educational Institutions*, London, 1869, 178.

<sup>28</sup> W. DILTHEY, *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* (1894), in Id., *Gesammelte Schriften*, Göttingen<sup>8</sup>, 1990, 139-240.

<sup>29</sup> K. JASPERS, *Allgemeine Psychopathologie* (1913-1959), Berlin-Heidelberg-New York, 1973, 251.

<sup>30</sup> P.J.G. CABANIS, *Rapports du physique et du morale de l'homme*, Paris, 1802, 151.

sta né dualista<sup>31</sup> – dacché non riuscirebbe a esser altrettanto penetrante l'indagine sulla sua matrice *fenomenica* (che ha che fare con l'esperienza soggettiva e, come tale, si sottrae a un ordine di analisi di tipo oggettivo e quantitativo)<sup>32</sup>.

Cosa attualmente i neuroscienziati intendano per coscienza è così non una sostanza ontologicamente chiusa – che si dà o non si dà – quanto piuttosto uno *stato*, più o meno alto, più o meno progressivo, di continua consapevolezza che il soggetto ha di sé, accompagnato da una conservata reattività agli stimoli che provengono dall'ambiente esterno<sup>33</sup>.

In questa prospettiva, appare in fondo sterile l'applicazione alle neuroscienze della contrapposizione tra una prospettiva meramente *riduzionistica* – che riconduce il problema della coscienza umana a un fondamento biologico-cognitivistico *tout court* – e una di tipo *non-riduzionistico*<sup>34</sup>, fondata sull'idea che la coscienza individuale non possa essere ricondotta a un mero dato biologico: perché questa contrapposizione probabilmente non rappresenta adeguatamente la vocazione strutturalmente interdisciplinare che pare innervare la neuroscienza contemporanea, la quale, dinanzi a confini avvertiti come ancora difficilmente valicabili, interroga sempre più altri campi del sapere, tra cui la psicologia e soprattutto la biologia comportamentale<sup>35</sup>.

In effetti, è proprio grazie alle potenzialità rivelate da un approccio integrato tra psicologia, neuropsicologia e tecniche di *brain imaging*, che l'indagine sulla coscienza, da problema considerato spinoso e difficilmente trattabile dalla comunità dei neuroscienziati, sia ora divenuto uno dei temi che ne sollecitano maggiormente gli sforzi. Ed è questa prospettiva di dialogo che segna l'orizzonte al quale guarda la neuroscienza contemporanea quando si propone di studiare il tema della coscienza, mostrandosi ben lungi dal pretendere di risolvere una volta e per tutte la questione. L'obiettivo appare piuttosto più cauto, come si addice all'esplorazione di un ignoto, se si considera che la maggior parte delle ricerche in corso è concentrata sulla possibilità di tracciare una sorta di mappatura delle funzioni cerebrali attivate in corrispondenza delle principali rappresentazioni mentali – assunte grazie al ruolo fondamentale dei *report* soggettivi raccolti per tipi nell'ambito di un'analisi di carattere psicologica – riferibili a “stati di consapevolezza cosciente”<sup>36</sup>. Nessuna parola ultima, dunque, sulla coscienza come “intero”, ma gradi di progressiva conoscenza di quali siano i meccanismi che connettono singoli stati di coscienza, tipizzati induttivamente dalle esperienze soggettive, all'attività cerebrale.

<sup>31</sup> Sull'impossibilità di applicare alle neuroscienze cognitive *sic et simpliciter* la dicotomia tra ipotesi dualiste e moniste, si è espresso con efficacia – in favore di un approccio monistico non riduzionistico – John Searle: cfr. J.R. SEARLE, *Il mistero della coscienza*, Milano, 1998.

<sup>32</sup> D.J. CHALMERS, *The puzzle of conscious experience*, in *Scientific American* 1995, 273, 80-86.

<sup>33</sup> J.T. LOCKS, *New research on consciousness*, New York, 2007.

<sup>34</sup> In questo senso, varrebbe la considerazione di John Searle: «In spite of all of the hype surrounding the development of imaging techniques, we still, as far as I know, have not found a way to image the neural correlates of consciousness» (J.R. SEARLE, *Consciousness*, in *Annual Reviews of Neuroscience* 2000, 23, 557-578). Sulla prospettiva di Searle cfr., *amplius*, J.R. SEARLE, *Consciousness and language*, Cambridge, 2002.

<sup>35</sup> In questo senso, è proprio il tratto dell'interdisciplinarietà che marca la neuroscienza contemporanea, intesa come neuroscienza cognitiva, a definire il terreno di reciproca interazione tra una “nuova scienza” come le neuroscienze cognitive e il patrimonio millenario dell'esperienza giuridica: sulla formula “neuroscienza cognitiva” cfr. M.S. GAZZANIGA, R.B. IVRY, G.R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, cit.

<sup>36</sup> D.C. DENNETT, *Consciousness explained*, London, 1992. E cfr. L. WEISKRANTZ, *Consciousness lost and found: a neuropsychological exploration*, New York, 1997.

Paradossalmente, ma non troppo, proprio la scommessa sugli orizzonti di un approccio integrato, di tipo neuropsicologico, quando non neurofenomenologico<sup>37</sup>, ma comunque centrato sulla compenetrazione reciproca tra neuroscienze e altri campi del sapere come la filosofia e la psicologia<sup>38</sup>, è andata costituendo la trama di una saldatura tra comportamento e stati mentali, tra biologia e psicologia, sulla quale si è concentrata la maggiore attenzione della *jurisprudence* angloamericana, decisa a proiettare immediatamente questo campo di ricerca nella prospettiva del contributo naturalizzante che le neuroscienze cognitive si sono rappresentate poter offrire in materia di cognitivismo etico.

In questo senso, il contributo delle neuroscienze non giunge a scompaginare, ma a *compiere*, una tradizionale proiezione, che viene dalle matrici teoriche del realismo giuridico americano, per l'indagine sulle radici psicologiche del comportamento e del giudizio normativo: se così, per un verso, il ragionamento giuridico sulla neuroscienza s'incardina in un'area che è quella delle radici psicologiche dell'azione giuridica – il che vale soprattutto lì dove l'interesse per le neuroscienze si costruisce come sviluppo naturale, nella ricerca di taluni dei suoi cultori, di un approccio di tipo biologico-evoluzionistico al diritto che già aveva concesso credito alla naturale simmetria e reciproca interazione tra diritto e biologia comportamentale<sup>39</sup> – per l'altro, la saldatura che le neuroscienze si rappresentano poter offrire tra comportamento e stati mentali finisce per prendere per sé quasi o tutto il campo disponibile del discorso.

### 3. *Natural partners*. Dalla biologia comportamentale alle neuroscienze

In un lavoro del 2005, di un anno successivo alla pubblicazione del numero *Law and the brain* curato da Zeki e Goodenough per le *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, raccolta di lavori comunemente indicata come la prima matura messa a punto della riflessione su diritto e neuroscienze, Jones e Goldsmith si misuravano su *Law and Behavioral Biology*. L'asserzione lasciava pochi margini alle possibili obiezioni: «All theories of human behavior are ultimately theories about the brain»<sup>40</sup>.

La connessione tra diritto e biologia comportamentale, ma più ampiamente, la prospettiva biologico-evoluzionistica coltivata in seno a quest'approccio, testimoniata da iniziative di ricerca e di lavoro della *Society for Evolutionary Analysis in Law* di cui Jones è stato ed è uno dei principali animatori,

<sup>37</sup> F.J. VARELA, E. THOMPSON, E. ROSCH, *The Embodied mind. Cognitive science and human experience*, Cambridge 1993.

<sup>38</sup> M. CAPPuccio (a cura di), *Neurofenomenologia. Le scienze della mente e la sfida dell'esperienza cosciente*, Milano, 2006.

<sup>39</sup> Ciò varrà, oltre che per O.D. Jones (cfr., *infra*, nota successiva) per O.R. GOODENOUGH (cfr. *Biology, Behavior, and Criminal Law: Seeking a Responsible Approach to an Inevitable Interchange*, in *Vermont Law Review* 1997, 22, 263-284).

<sup>40</sup> «All theories of human behavior are ultimately theories about the brain. The brain is a corporeal, biological phenomenon. And modern biology makes forcefully clear that the brain's design, function, and behavioral outputs are all products of gene-environment interactions. At present, the legal system builds its models for regulating behavior using only social science components. And social sciences together typically comprise only the environmental half of the gene-environment whole»: O.D. JONES, T.H. GOLDSMITH, *Law and behavioral biology*, in *Columbia Law Review* 2005, 105, 405-502.

evocava chiaramente l'accento proprio del naturalismo ontologico<sup>41</sup>: naturalismo ontologico che è l'ultimo epigono di un principio di causalità<sup>42</sup> che ha riformulato, di certo, la sua fisionomia nel corso del Novecento, ma non ha rinunciato alla sua idea di fondo, che vuole il comportamento esser l'epifenomeno di processi mentali conoscibili perché biologicamente fondati. In campo c'era l'apertura di credito nei confronti di un fondamento biologico del comportamentismo, capace di aprire a una *regolarità* dell'azione umana osservabile e prevedibile tanto quanto lo è la regolarità osservabile in natura.

La connessione elettiva che si poneva tra biologia comportamentale e scienza del diritto, sotto l'egida filosofica del naturalismo ontologico, si traspone, negli autori che l'avevano promossa, sulle neuroscienze cognitive: lo studio del diritto e lo studio del cervello, scrive ad esempio Goodenough, sono naturalmente destinati a convergere su di un medesimo piano, perché entrambi condividono la stessa preoccupazione, *capire* la natura del pensiero e dell'azione umana.

Ma proprio perché diritto e neuroscienza condividono la stessa preoccupazione, capire la natura del pensiero e dell'azione umana, il livello principale di questa intersezione non può che essere l'aspirazione a un accesso decisivo e risolutore in tema di giudizio normativo: approccio che, per un verso, fa precipitare su se stessa la forma che la tradizionale dicotomia tra diritto e morale assume nella tradizione della *jurisprudence* angloamericana – che oppone *law reason-based* a *justice intuition-based* – per l'altro si incunea, naturalizzandola, in un una familiarità che, ancora, la *jurisprudence* angloamericana, per l'apporto decisivo del realismo, ha da sempre avuto con le teorie psicologiche, e segnatamente con il comportamentismo.

Su questo punto, sul fronte del nervo sensibile che contraddistingue la tradizionale saldatura con cui la *jurisprudence* del realismo americano pensa al rapporto tra la scienza del diritto e la scienza psicologica come scienza del comportamento, incombe una premessa ideologica non esplicitata che è l'autentico *slippery slope* di tutto il ragionamento: perché nell'attenzione della teoria del diritto angloamericana per le neuroscienze, non c'è affatto il recupero, ma la ritraduzione, o forse il tradimento, delle istanze dell'opzione psicologica vicina al comportamentismo tanto cara a Jerome Frank o a Karl Llewellyn. In questo senso, soprattutto seguendo quella proiezione che in taluni studiosi arriva alle neuroscienze cognitive dalla biologia comportamentale, comportamento e stati mentali, lungi dal tenersi distinti, precipitano sul medesimo piano, e con essi, ragione ed intuizione, legge e giustizia.

Per la fortuna, e per le sorti complessive del discorso giuridico contemporaneo sulle neuroscienze c'è l'*appeal* di una grammatica filosofica e concettuale alla quale le neuroscienze strutturalmente paiono rinviare, che fa leva sulla connessione propria del realismo giuridico americano tra diritto e psicologia, e imprime a questa grammatica un contributo naturalizzante, capace di recuperare le aspirazioni del comportamentismo spostandole dal piano *psicologico* a quello *biologico*. Ciò sembra trovare il suo punto d'avvio lì dove il comportamentismo si fermava in materia di cognitivismo etico: se, infatti nella prospettiva di Watson o di Skinner era il comportamento a stare al centro dell'attenzione, e il

<sup>41</sup> Su ciò, cfr. D. PAPINEAU, *Naturalism* (2007), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/naturalism> (ultima consultazione 30 settembre 2014).

<sup>42</sup> Sul principio di causalità e sul suo rapporto con la regolarità naturale e la predittibilità degli eventi, cfr. H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago (Ill.), 1943; tr. it. *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino, 1953.

cervello era ancora quella scatola nera, precluso ogni accesso agli stati mentali, la neuroscienza colma il salto tra comportamentismo e cognitivismo, facendo precipitare sul medesimo piano lo studio del comportamento all'approccio cognitivo sugli stati mentali, l'azione e l'intenzione.

«Law and cognitive neuroscience are natural partners»<sup>43</sup>: conoscere il cervello, significa, nelle eloquenti parole di Goodenough, conoscere ciò con cui il diritto ha da sempre avuto la necessità di lavorare, agendo «with and within the human brain to govern behavior and structure society»<sup>44</sup>.

La conseguenza è che, tenuti nel comune riconoscimento di questa costante pretesa del diritto – regolare il comportamento, agendo sulle intenzioni – ai giuristi si impone il dovere di pronunciarsi sulle neuroscienze, comunque la si voglia vedere: sia che esse dimostrino l'incoerenza delle categorie giuridiche, per la non ulteriore ipotizzabilità di ragioni a sostegno di quella “psicologia del senso comune” su cui la teoria del diritto americana e anglosassone ha costruito la rappresentazione dell'*agency* del soggetto del diritto e il fondamento della sua responsabilità davanti alla legge<sup>45</sup>; sia che, in senso opposto, di quella incoerenza si intenda negare il fondamento, sostenendo le ragioni di un “senso comune” che è invece costruito culturale condiviso, concludendo per la natura convenzionale delle categorie giuridiche.

Sciolta da una prospettiva che delle neuroscienze provi a tessere la trama di *longue durée*, sostanzialmente disinteressata, quando non radicalmente critica<sup>46</sup>, rispetto al profilo squisitamente epistemologico che possa aprirsi a partire dal rapporto tra i due saperi, la discussione in area anglosassone e americana consegna così il nucleo della rilevanza giuridica delle neuroscienze cognitive alla possibilità di una via naturalizzante al cognitivismo etico, saldandosi su due principali assi: per un verso, filosoficamente, l'area di ricerca *law and neuroscience* si concede ad essere la porta d'ingresso per la rilevanza giuridica delle teorie sul libero arbitrio, per altro, la cornice delle categorie e il vocabolario concettuale delle neuroscienze convergono in una ritraduzione naturalizzante che fa leva su quella sintonia tra diritto e psicologia determinante nella *jurisprudence* realistica anglo-americana.

In quest'ultimo senso, la decisività del contributo che le neuroscienze sono rappresentate poter offrire sul piano della scienza del diritto anglo-americana sta nella capacità di intervenire direttamente sul linguaggio della sua cultura giuridica: preferenze, intenzioni, desideri, rivelati e descritti nella loro genesi causale dalle tecniche di *neuroimaging*, rivelano – o si rappresentano rivelare – l'origine dei meccanismi dell'azione, articolando e sostenendo di per sé le ragioni di un inevitabile confronto cui lo studioso del diritto è chiamato sul fronte della teoria dell'azione e della moralità.

<sup>43</sup> O.R. GOODENOUGH, M. TUCKER, *Law and cognitive neuroscience*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, 6, 62.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> S.J. MORSE, *Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience*, in *Minnesota Journal of Law Science and Technology* 2008, 9, 1-36.

<sup>46</sup> Su ciò si cfr., soprattutto il paper *The seductive allure of “seductive allure”*, con il quale Martha J. Farah e C.J. Hook, del *Center for Neuroscience & Society* dell'Università della Pennsylvania criticano aspramente uno dei più riusciti e efficaci tentativi che si erano prodotti negli ultimi anni nella direzione dell'approfondimento del profilo argomentativo riguardante l'uso della prova neuroscientifica in tribunale (D.S. WEISBERG, F.C. KEIL, J. GOODSTEIN, E. RAWSON, J.R. GRAY, *The seductive allure of neuroscience explanations*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 2008, 20, 470-477): <http://pps.sagepub.com/content/8/1/88.full.pdf> (ultima consultazione 30 settembre 2014).

#### 4. *Lost in translation*. Neuroscienze e cultura giuridica

La marginale attenzione che gli studiosi del diritto di area angloamericana riservano a discutere il profilo epistemologico del rapporto co-produttivo tra neuroscienze e diritto è uno dei “grandi esclusi” più evidenti da un campo d’indagine tracciato intorno alla naturalizzazione del rapporto tra diritto e psicologia, tra comportamento e stati mentali, che le neuroscienze cognitive sono rappresentate poter offrire. Affidato a prospettive di tipo sociologico, e profondamente criticato lì dove si prova a metterne a frutto gli stimoli in materia di teoria dell’argomentazione giudiziaria, l’interesse per l’approfondimento della reciproca influenza co-produttiva, che sapere giuridico e ricerca neuroscientifica esibiscono nella qualificazione dell’azione umana è sostanzialmente ai margini del dibattito: sia quando del rapporto tra neuroscienze e diritto ci si preoccupi di offrire il quadro, peraltro sempre in via di estensione, delle implicazioni possibili quanto al loro utilizzo in sede processuale, che allora che ci si prenda in carico di impostarne lo studio in termini concettuali, lo scenario complessivo della rilevanza giuridica delle neuroscienze si costruisce su di un medesimo piano concettuale, filosoficamente radicale, quello di una via scientifica e naturalizzante al cognitivismo etico che, sotto il profilo più propriamente giuridico, apre a decisive implicazioni in tema di teoria dell’azione. Questa disattenzione, almeno tanto quanto il sostanziale disinteresse nei confronti di una prospettiva che collochi questi temi nel registro del rapporto tra la cultura giuridica e le scienze biomediche, è tutt’altro che un’ingenuità, alla luce dello scenario in cui il dibattito si è sino ad ora sviluppato. Un dibattito in cui è Frank, e non Lombroso, a stare in questione.

In un recente lavoro che interviene sullo stato dell’arte del dibattito statunitense, Adam Kolber compie una prima sintesi “interna” delle posizioni in campo, toccandone con tutta probabilità il nervo: il punto che ha diviso gli studiosi sino ad ora, nota Kolber, è la possibilità di accettare o meno una visione compatibilista tra il carattere meccanicistico della nostra natura e la ipotizzabilità di una teoria del giudizio normativo, sia sotto il profilo morale, che giuridico. La discussione, come noto, ha avuto due principali antagonisti: Green e Cohen, profeti di un’autentica rivoluzione per le categorie del diritto, per l’incompatibilità che esse avrebbero rivelato, presto o tardi, con i meccanismi di azione *causata* svelati dalle neuroscienze, e Morse, il quale pur non negando in principio che una tale spiegazione causale possa in un futuro più o meno prossimo darsi, rappresenta una prospettiva scettica, fondata sull’irrelevanza di questa natura meccanicistica per i criteri di attribuzione della responsabilità adottati dal diritto.

Ad avviso di Kolber, il punto è che Morse sarebbe nel giusto, quando afferma che il diritto è impermeabile a queste conoscenze, ma probabilmente in torto, allorché adotta una prospettiva parziale, sia accettandone implicitamente le premesse, sia soprattutto escludendo che altre teorie del diritto possano darsi<sup>47</sup>. Adottando una prospettiva che rompe quella sorta d’isolamento del soggetto nella sua determinazione *causata* o *causale*, il problema per Kolber sarebbe un altro: non conta misurarsi con i mutamenti delle credenze che ciascuno di noi ha circa la responsabilità morale o giuridica, ma conta interrogarsi sulle tecnologie e sulle loro capacità di intervenire sul governo della società e sull’ordine delle sue politiche pubbliche.

<sup>47</sup> A.J. KOLBER, *Will be there a Neurolaw Revolution?*, in *Indiana Law Journal*, 2014, 89, 808.

Alla luce delle sfide che le tecnologie neuroscientifiche applicate in sede processuale sono in grado di poter rappresentare, dentro la cornice co-produttiva del rapporto con il diritto, ma anche nelle pieghe di una ritraduzione biologicizzante della psicologia e della psichiatria<sup>48</sup>, la tessitura delle fila teorico-generaliste del discorso giuridico sulle neuroscienze appare tutt'altro che un esercizio di stile. Se è vero che *traduzioni* linguistiche e concettuali sommarie rischierebbero di essere *tradimenti* tanto delle questioni attuali, quanto degli interrogativi potenziali aperti dal rapporto tra diritto e neuroscienze. Interrogativi e questioni che non riecheggiano in uno spazio vuoto, ma ricadono, nella loro stessa formulazione, sulla cultura giuridica che di ciascun ordinamento è interprete.

Reviews

---

<sup>48</sup> Su ciò, particolarmente cruciale è la relazione che si scelga di porre, sotto un profilo culturale e di politica del diritto, tra devianza e malattia mentale: discutendo e misurandosi con prospettive che equiparano l'una all'altra, o addirittura si concedono ad una sintesi riduzionistica: «although it may seem dehumanizing to medicalize people into being broken cars, it can still be vastly more humane than moralizing them into being sinners» (R.M. SAPOLSKY, *The frontal cortex and the criminal justice system*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B.*, cit., 1794).





# L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale.

## Un panorama di problemi e di possibili soluzioni

Salvatore Prisco, Marina Monaco\*

Reviews

ITALY, LAW AND UNTRADITIONAL STEADY AFFECTIVE RELATIONSHIPS. PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS

ABSTRACT: The article deal with the issue of same-sex unions in the Italian legal system. The absence of a complete legislative framework concerning the rights of same-sex couples has determined several jurisdictional interventions, by ordinary judges, by the Court of Cassation and by the Constitutional Courts. Regulating same-sex unions is relevant not only with regards to the legal positions of the two individuals in the relationship, but also in the perspective of access to adoption, step-child adoption or even artificial reproductive technologies, on which the Constitutional Court has recently intervened.

KEYWORDS: lgbt rights; same sex unions; step-child adoption; step-child adoption.

SOMMARIO: 1. Premessa problematica – 2. La strategia del “silenzio repressivo” del legislatore italiano nella materia e la necessaria supplenza dei giudici. Alcuni esempi recenti – 3. L’universo lgbt e gli enti territoriali in Italia. a) Gli interventi regionali – 4. (segue) b) Lo spazio dei Comuni – 5. (segue) Il diritto e la convivenza. Alcuni esempi normativi e giurisprudenziali che riconoscono rilievo al fenomeno – 6. La via privatistica dei patti di convivenza – 7. Cenni al dibattito sull’irrelevanza dell’orientamento sessuale per l’affidamento dei figli e sull’omogenitorialità.

### 1. Premessa problematica

**L**o scritto che ci si accinge a leggere era nelle intenzioni completato, quando – rivedendolo definitivamente, prima di licenziarlo per la pubblicazione – l’autore della sua parte più estesa è stato colto da dubbi che, *melius re perpensa*, ritiene invece intellettualmente più one-

\* Salvatore Prisco: Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II; Marina Monaco: dottoressa magistrale in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. La riflessione – che sarà pubblicata in un volume in lingua inglese di studiosi italiani, dal titolo F. CORBISIERO (ed), *Over the Rainbow City: lgbt inclusiveness in the contemporary Europe and Italy*, McGraw Hill, Milano – è stata concepita essenzialmente come un report destinato in via principale a documentare ad un pubblico di lettori stranieri il panorama di problemi e di possibili soluzioni italiane sul tema oggetto di indagine, nonché il livello di apertura da parte della cultura giuridica italiana al contesto europeo e comparato di riferimento. Essa è stata comune agli Autori, in costante dialogo, ma Marina Monaco ha scritto specificamente i paragrafi 3 e 4, Salvatore Prisco ha uniformato il testo e ha scritto la parte rimanente (par. 1, 2, 5, 6 e 7). Testo chiuso il giorno 31 agosto 2014, salvo minime integrazioni successive in specifici punti segnalati.

sto sottoporre in premessa al lettore senza dissimularli, perché valuti anche alla luce di essi le ulteriori osservazioni nelle quali si imbatte.

Il titolo scelto per riassumerne il senso in una formula di sintesi potrebbe infatti essere interpretato come l'assunzione incontrovertibile di due dati in realtà altamente problematici: quello di unioni familiari "affettive" e assieme, almeno nell'intento, come tali "stabili", il che sarebbe oltretutto un ossimoro, attesa la volatilità della caratteristica fondata sul sentimento, contrapposta alla ricercata lunga durata temporale del rapporto.

In realtà, l'universo fenomenico della famiglia e delle relazioni parentali è stato ed è esplorato su scala comparata dagli esperti di molteplici discipline, ad esempio da antropologi, sociologi, storici, oltretutto da ogni vivente umano in ragione della propria esperienza diretta.

I risultati di tali contributi (e del "vissuto" personale di ciascuno) non possono essere ignorati da un'indagine sia pure centrata come la presente sulla dimensione giuridica<sup>1</sup>, che deve dunque averne consapevolezza, lasciandosene attraversare e sollecitare.

Si mostra in tale modo all'osservazione preliminare il carattere poliforme – nel tempo e nello spazio – della formazione sociale indagata: la famiglia quale denotato di tribù e clan, ovvero come poliginica, poliandrica, poli o monogamica (ciascuna con le sue varietà), ed inoltre endo od esogamica, etero od omogamica.

Ci si può inoltre imbattere, all'esame analitico della letteratura, nella convinzione della funzionalità di unioni riconducibili a formazioni sociali familiari a logiche prevalenti di produzione economica e di riproduzione generazionale, ovvero a quella di identificazione di senso e di scambio di solidarietà e domanda di sicurezza, o ancora in ipotesi nelle quali la scelta della o del *partner* non è per costume libera, ma imposta<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In quest'ultima prospettiva, un'indagine recente fa il punto proprio sul problema centrale che in questo paragrafo si prova ad introdurre, cioè il rapporto tra l'unione personale di coppia fondata sull'*affectio* e la dimensione istituzionale della famiglia, il che porta l'autrice a perimetrare piuttosto le differenze che le analogie tra le due situazioni: si veda F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, relazione al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7- 8 Giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (ultima consultazione 27.10.2014).

<sup>2</sup> Può, ai nostri limitati fini di prima e mera apertura di campo, essere qui bastevole il riferimento al classico e ineludibile C. LÉVI STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, trad. it., 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1978; nonché sinteticamente a M. BARBAGLI, *Famiglia (sociologia)*, in *Enc. delle Scienze Sociali*, Roma, III, 1993, 767 ss.; ID., *Matrimonio*, in *Enc. delle Scienze Sociali*, Roma, V, 1996, 582 ss.; A. J. KUPER, *Parentela*, in *Enc. delle Scienze Sociali*, Roma, VI, 1996, 459 ss.; in una prospettiva di orientamento specificamente cattolico, si vedano A. CICU, A.M. MOSCHETTI, A. DANESE, G. P. DI NICOLA, *Famiglia*, in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006 - 2010, 6, 3946 ss.; A.M. MOSCHETTI, A. DANESE, G. P. DI NICOLA, *Matrimonio*, ivi, 10, 7136 ss.; C. LUNGH, *Parentela*, ivi, 12, 8308 ss. e alla discussione dei problemi e alle indicazioni della letteratura sui rispettivi argomenti contenute nelle voci stesse. L'esame comparato, sincronico e diacronico, delle forme e dei modi di costituirsi e di stabilizzarsi socialmente delle unioni tra le persone, a scopo riproduttivo e/o di mutuo aiuto, che si trae da queste (e da altre) letture, conferma in sintesi l'irriducibile relatività delle soluzioni e assieme i pochi (e generalissimi) tratti loro comuni, connessi anche a dosi elevate di ritualizzazione simbolica. Non vi è qui lo spazio per sviluppare un filone diverso – e il discorso finirebbe per portare comunque troppo lontano, rispetto al più limitato orizzonte di queste pagine – ma forse il tramonto, ormai evidente in Occidente, della struttura e dell'immagine della famiglia tradizionale è un altro dei segni che una studiosa sensibile a problematiche multiculturali e di genere segnala (nel suo caso con riferimento a pratiche manipolatorie del corpo femminile, col rinvio a E. GRUENBAUM, *The female circumcision controversy. An anthropological perspective*, Philadelphia, 2001) quali incrinature nella

In tale complessiva ottica, si può notare come l'affettività e la stabilità tra i membri di una unione tra persone del tipo "famiglia" siano insomma variabili che, per quanto si possano desiderare in astratto, possono tuttavia in concreto mancare senza stravolgerne per questo il carattere di struttura primaria di socializzazione e inculturazione, solo poi giuridicamente confermata (nella formula – invero non priva di ambiguità – della nostra Carta Costituzionale, ad esempio e com'è noto, essa è una «società naturale fondata sul matrimonio»): chi ignora del resto secoli di grande letteratura e tristi dati di cronaca continuamente riproposti sul fatto che possa essere (anche) un luogo di "inferno quotidiano"? Il diritto a «perseguire la ricerca della felicità» ha alle spalle una lunga vicenda, ma conosce in Occidente esplicite verbalizzazioni di valore costituzionale che sono relativamente recenti.

Perfino gli slittamenti di vocabolario apparentemente innocui lo segnalano: come ha osservato una fine analisi di storia della famiglia, «la distinzione tra *famigliare* e *familiare* (...), orienta ulteriori specifici percorsi di indagine storica. È *famigliare* quanto attiene al sostantivo famiglia, all'evocazione di legami di consanguineità, di genitorialità e parentela, marcando con essa un'appartenenza stretta. Sono *famigliari*, in questo senso, per esempio, le abitudini contratte nell'infanzia, i ricordi, i drammi, i segreti. Mentre è *familiare* ciò che si riferisce alla dimensione dei sentimenti. Le relazioni familiari e ogni altro affetto, pensiero, gioco, indicano la presenza di qualcosa che riconduce a quanto è noto, conosciuto, carezzevole. Diventa familiare un posto di lavoro, un negozio, un saluto. È, quindi, familiare chi o che cosa, pur non avendo legami di stretta parentela con noi, ne possiede però i tratti 'buoni'... Incrociando aspetti *famigliari* e aspetti *familiari* si dilata lo spazio d'indagine relativo alle connessioni tra individuo, famiglia società civile e Stato»<sup>3</sup>.

Seguendo ancora tale suggestione, può in particolare dirsi che (nel segmento *occidentale* e *attuale* della famiglia: è questo il limite dell'osservazione qui compiuta e ogni sua ulteriore dilatazione finirebbe per generalizzare forse indebitamente esperienze tipiche di una sola area geo-culturale) la famiglia "classica", cioè eterosessuale, tende a de-istituzionalizzarsi, quanto a relazioni tra i *partners*, divenute "continuamente rinegoziabili" e al limite recidibili, mentre la relazione di maternità o paternità non è superabile, una volta instauratasi: «Il vincolo genitore-figlio assume una nuova valenza, in quanto permette di poter definire la famiglia e riconoscerla come soggetto sociale, facendo leva su una relazione che faccia del legame di convivenza un'istituzione. In questa ottica, la storia generazionale, il succedersi delle generazioni, appaiono non più centrati sul patto coniugale, ma sul '*nuovo patto di filiazione*'. Un patto che, al contrario della relazione di coppia che è continuamente sottopo-

---

struttura "patriarcale" del diritto, intendendo la parola come indicativa di un atteggiamento di «oppressione dell'uomo sulla donna» e «controllo degli anziani sui giovani», che appunto «ha uno dei suoi assi portanti nella concezione della prole come proprietà e possesso»: le espressioni appena richiamate sono di I. RUGGIU, *La risoluzione Onu del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in *Studium Iuris*, 7-8, 2014, 873.

<sup>3</sup> D. CALANCA, *Percorsi di storia della famiglia*, in *Storia e Futuro*, 2005, aggiornamento al n. 5 (febbraio 2005). Di notevole interesse è anche la lettura del *Dossier* 6/2010 di *StoricaMente*, laboratorio di storia *open access*, dal titolo *Fare e disfare famiglia. Relazioni di coppia in Italia in età moderna e contemporanea*, a cura di R. SARTI. Ivi, sul carattere "moderno" del "matrimonio d'amore", M. LANZINGER, *La scelta del coniuge. Tra amore romantico e matrimoni proibiti*, disponibile all'indirizzo internet [http://storicamente.org/dossier-doss\\_famiglia.all](http://storicamente.org/dossier-doss_famiglia.all) (ultima consultazione 27 ottobre 2014).

sta a contrattazione ed è diventata reversibile, è una relazione non negoziabile: laddove il legame di coppia si de-istituzionalizza, il legame genitore-figlio diventa la nuova istituzione sociale»<sup>4</sup>.

Una “nuova istituzione sociale” anch’essa, beninteso, sottoposta a tensioni, nel quale il rapporto cui si riferisce la citazione può perfino venire negato dall’uno o dall’altro degli interessati (ed inoltre risultare addirittura assente, nel caso in cui la mediazione tecnologica rompa del tutto il legame riconoscibile di “genitorialità/figliolanza” implicato dalla riproduzione naturale), ma gli ordinamenti giuridici in tale eventualità apprestano strumenti di solidarietà “imposta”, a favore del soggetto “debole” del rapporto, quando sia abbinabile di assistenza.

Orbene, in un contesto del genere – quello cioè di relazioni interpersonali progressivamente ridotte ad una configurazione elementare e “nucleare”, fondate sul sentimento concreto, più che sul modello astratto, sulla deformalizzazione, più che sull’istituzionalizzazione (ultima metamorfosi della famiglia borghese occidentale) – quanto l’unione eterosessuale avverte ormai sempre più spesso quale vincolo volontaristico, occasionale e non strettamente necessario (a maggiore ragione dove, come in Italia, il processo di equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi è ormai compiuto, anche nel senso del rilievo giuridico di una solidarietà parentale più ampia, in presenza della legge n. 219/2012, ispirata al principio dell’unicità dello stato filiale e del d. lgs. n. 154/2013), viene recuperato come istanza di una parte delle sensibilità delle persone omosessuali: per loro – all’opposto che nel mondo dei rapporti più intimi tra individui di sesso diverso – l’obiettivo è oggi quello di una stabilizzazione e del riconoscimento giuridico di una progettualità che non riguarda per di più solo i *partners*, ma si spinge a rivendicare anche un altro modo di proiettarsi nel tempo oltre loro stesse, nel legame – per l’appunto – intergenerazionale.

Come in seguito si vedrà meglio, del resto, la tecnica consente ormai la dissociazione (della quale la giurisprudenza prende atto) tra profili diversi – e normalmente tra loro uniti – delle figure genitoriali<sup>5</sup> e peraltro questo sviluppo finisce per fare rivivere in chiave moderna un uso sociale in realtà molto antico, diffuso ad esempio in Italia meridionale, vale a dire l’allevamento di un minore da parte di altra famiglia del parentado priva di eredi, “come se” questi fosse parte naturale della prima.

Un giurista che si trovi a vivere e ad operare in questa epoca di fortissima accelerazione antropologica ha dunque davanti a sé tre strade: quella di resistere alle novità in nome di un pensiero fermo alla percezione di una essenza ontologica a-storica dell’unione familiare, rischiando così di apparire come l’ “ultimo giapponese” schierato a difesa dell’ordine imperiale desacralizzato dopo la seconda guerra mondiale, o come un astronomo tolemaico attardato, in tempi di copernicanesimo trionfante; quella di assecondare ogni novità sempre e comunque, facendosi aedo di mode anche transitorie, senza nemmeno saperne riconoscere la caducità; ovvero quella di affrontare il nesso tra *vetera et nova* provando ad osservare il mutamento in corso con spirito critico e proponendosi di comprendere quanto di invariato passi attraverso le maglie della dinamica storica e quanto del passato resti invece consegnato ai suoi archivi.

<sup>4</sup> Ancora D. CALARCA, *op.cit.*

<sup>5</sup> V. in generale A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, relazione al convegno *Lo statuto della Matrigna. Figli, padri e madri nelle famiglie ricomposte*, organizzata dall’Osservatorio Nazionale sul diritto di Famiglia, sezione di Verona, 29 novembre 2011, in [http://www.comparazionediritto.it/prova/files/cordiano\\_funzioni.pdf](http://www.comparazionediritto.it/prova/files/cordiano_funzioni.pdf) (ultima consultazione 27 ottobre 2014).

## 2. La strategia del “silenzio repressivo” del legislatore italiano nella materia e la necessaria supplenza dei giudici. Alcuni esempi recenti

La particolarità dell'approccio italiano ai problemi giuridici della biopolitica in generale e della bioetica in particolare risiede nel fatto che, nonostante il carattere di ordinamento di *civil law* del suo sistema normativo, si registra tuttora un'assenza – o una scarsa e controversa presenza – di leggi in tale vasto e problematico campo e una prevalente disciplina delle questioni che l'attraversano da parte della giurisprudenza, atteggiamento vicino piuttosto all'approccio “per casi” tipico di un ordinamento di *common law*. Le leggi in materia, se ed ove esistenti, hanno spesso indotto giudici ordinari e amministrativi a sollevare censure circa la loro presunta illegittimità costituzionale, laddove non ne fossero possibili preve interpretazioni di conformazione a Costituzione (*test* che in primo luogo occorre che essi facciano, prima dell'eventuale promovimento del giudizio di costituzionalità) e si sono registrate quindi successive decisioni della Corte costituzionale al riguardo. Un esempio evidente di tale *modus procedendi* è ad esempio rinvenibile nel notevolissimo contenzioso sviluppatosi intorno alla disciplina positiva della fecondazione assistita, regolata com'è noto dalla l. n. 40/2004 e sulla quale (in modo costante, ma specialmente dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, che ne ha reso possibile la variante eterologa<sup>6</sup> e in attesa delle determinazioni ulteriori del ministero della Salute e del Parlamento al riguardo, ma ancor più dopo il caso – occorso all'ospedale “Pertini” di Roma – della cosiddetta doppia fecondazione medicalmente assistita (pma) “eterologa per errore”, sulla quale un cenno è alla fine del presente lavoro), il dibattito è tornato vivacissimo.

Si è parlato perciò di tolleranza attraverso la scelta consapevole del “silenzio repressivo” del legislatore<sup>7</sup>, o quantomeno – in una diversa e più benevola valutazione del fenomeno – della volontà che le

<sup>6</sup> Si vedano, per i primi commenti (qui indicati secondo l'ordine alfabetico dei cognomi dei rispettivi autori), F. ANGELINI, *L'insostenibile irragionevolezza di un divieto: la Corte costituzionale torna sulla legge n. 40 del 2004 e apre all'eterologa*, in *Menabò*, 6, 2014, 30 luglio 2014, disponibile all'indirizzo internet <http://www.eticaeconomia.it/corte-costituzionale-torna-sulla-legge-n-40-del-2004-e-apre-alla-fecondazione-eterologa/> (ultima consultazione 27 ottobre 2014); C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, <http://www.confronticostituzionali.eu> (17 giugno 2014); G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*; tutti, dal terzo in poi – anche se, in alcuni casi, originariamente pubblicati altrove – reperibili in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (ultima consultazione 27 ottobre 2014).

<sup>7</sup> Così, ad esempio, G. DALL'ORTO, *La “tolleranza repressiva” dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, in *Omosessuali e Stato*, Bologna, 1988, 37 ss. Al di là delle valutazioni polemiche di segno politico sui “ritardi” del legislatore, siffatto atteggiamento culturale segnala il carattere tuttora controverso delle questioni bioetiche nel dibattito pubblico nazionale. Il rinvio della decisione concreta al giudice, caso per caso, se per un verso appare aderire alle particolarità di ciascuna fattispecie e quindi rende palese la resistenza culturale (fermandosi a tale via) ad ipotesi di normazione generale e astratta in materia,

opzioni più incisive in merito siano affidate all'evoluzione del costume, senza che questo implichi dunque necessariamente uno sfavore verso soluzioni più "aperte", ma lasciandone la responsabilità di condividerle al progressivo e necessariamente lento formarsi di un consenso sociale diffuso verso le differenti pratiche, prima (o in luogo di) di tradurne gli equilibri e le mediazioni raggiunte in formali disposizioni normative.

In particolare è notoria l'assenza di leggi nazionali di carattere complessivo in materia di diritti delle coppie di fatto in quanto tali (invero tanto etero, quanto omosessuali; per singole fattispecie si veda invece la breve rassegna compiuta oltre, al paragrafo 4) e dei singoli componenti della stessa, il che implica appunto la forzata supplenza del giudice sul tema, giacché tale organo statale non può dichiarare di non sapere o volere decidere su una questione controversa a lui sottoposta (tecnicamente, non può "opporre il *non liquet*"), se sia sollecitato da istanze di riconoscimento dei diritti in funzione antidiscriminatoria<sup>8</sup>.

Tanto premesso, si possono ricordare alcune conclusioni contenute in recenti arresti giurisprudenziali che hanno riguardato il settore indagato.

Secondo la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale<sup>9</sup>, il paradigma costituzionale del matrimonio presupposto dall'art. 29 Cost. è quello eterosessuale, come da plurisecolare tradizione del

dall'altro palesa anche in questo campo il più ampio problema della crisi della legge, in un paradigma teorico che la rende instabile (rispetto alla sua configurazione classica), dato il suo sempre possibile controllo di costituzionalità, innescato dalla dialettica tra giudice *a quo* e Corte costituzionale e che si traduce in pratica nella tecnica ermeneutica del bilanciamento tra principi, idoneo a "saltare" la vincolatività della mediazione legislativa in nome dell'interpretazione "per valori" e quindi a manipolare interpretativamente il testo della legge stessa o a farne del tutto a meno. Per una recentissima rimediazione del problema e una proposta di uscita dall'*impasse*, si vedano le stimolanti riflessioni di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013. Sul tema del continuo carattere incrementale dell'affermazione di "nuovi" diritti o del superamento sempre più ampio di fattori di "incapacitazione", in favore di soggetti in precedenza esclusi dall'effettivo loro godimento e quindi anche del mutamento antropologico che questa tendenza asseconda, nell'ambito della cultura occidentale, nonché sul ruolo essenziale della giurisprudenza transnazionale e delle *lobbies* per il sostegno a tale dinamica, può molto utilmente leggersi, di recente, la ricca prima sezione monografica del numero 1/2013 di *Etica & Politica* e ivi, sul *capability approach*, per cui attraverso un riconoscimento concreto dei diritti non tanto si è *ab initio*, ma "si diventa persone" – secondo la formula esposta da M. NUSSBAUM, *Diventare persone*, trad. it, Bologna, 2001 – in particolare E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, 563 ss., che ovviamente trae spunto da riflessioni seminali di Bobbio, Ferrajoli, Luhman, Sen e altri e – già precedenza e molto criticamente – da L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2008.

<sup>8</sup> Si indicano qui (e lo si farà, salvo rilevanti eccezioni, per l'intero lavoro) solo i più recenti contributi complessivi sulla materia, a scienza di chi scrive, in una letteratura che invero è ormai molto ampia e ripercorrendo la quale si potranno rinvenire i contributi precedenti: M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013. Ulteriori riferimenti specifici sono nelle note che seguono, con riguardo ai richiami di volta in volta opportuni.

<sup>9</sup> Le indicazioni bibliografiche e webliografiche sarebbero innumerevoli. Si rinvia per tutte almeno a R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Torino, 2010; B. PEZZINI E A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011; P. CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, I, Napoli, 2011, 863 ss.; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, ivi,

Paese. Spetta al legislatore – nel senso che è suo onere – apprestare tutela alle unioni di fatto e ai diritti individuali al loro interno, *ex art. 2* della Costituzione, per i riflessi che questo ha anche al di là dei rapporti familiari presenti, ad esempio quanto alle successioni ereditarie; nel frattempo, i giudici di merito e di legittimità, oltretutto la stessa Corte costituzionale, sono tenuti a tutelare diritti specifici, di cui accertino – ove investiti delle rispettive questioni – l'intervenuta lesione, in singoli casi concreti.

A tenore della successiva sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/ 2012, giacché l'Italia aderisce al sistema della CEDU (che obbliga, in forza dell'art. 117, comma 1, Cost. la sua legislazione, statale e regionale, a venire esercitata «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», sicché è quindi tenuta – fra l'altro – ad osservare il principio di non discriminazione di cui al suo art. 14, tanto per i diritti a contenuto patrimoniale quanto per quelli non – o non principalmente e solo – patrimoniali, come ad esempio quelli abitativi, o alla salute, o derivanti dalla posizione di lavoro, o previdenziali), si deve tenere presente che quel sistema riconosce come diritti distinti, ma fra loro collegati, quelli a formare una famiglia e a contrarre matrimonio secondo le leggi nazionali (in particolare *ex art. 12*; nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE lo stesso principio è accolto dall'art. 9), nonché il diritto alla vita privata e familiare, *ex art. 8* sempre della CEDU.

Orbene, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il matrimonio contratto all'estero in Paesi il cui ordinamento nazionale lo consente (che è appunto una forma, sebbene non l'unica possibile, di "vita familiare") è pertanto atto esistente, anche se, per motivi di ordine pubblico interno, non è trascrivibile per il nostro ordinamento.

Dagli atti internazionali e comunitari sopra citati risulta che è infatti riservata ai singoli legislatori nazionali la scelta di dare o negare ingresso al diritto alla richiesta di pubblicazioni matrimoniali, o alla trascrizione di atti di matrimoni omosessuali legittimamente contratti, laddove gli ordinamenti giuridici lo permettano.

"Allo stato delle cose", in particolare, l'interpretazione consolidata di tale clausola impedisce – osserva la Cassazione – di ritenere legittime tali pretese, ma il legislatore medesimo potrebbe diversamente valutarne il contenuto in futuro, giacché la nozione di "ordine pubblico" è mobile, non statica. Esso non è cioè vincolato alla "tradizione giuridica" del Paese al riguardo, mentre – ove ciò invece fosse, secondo l'assunto della sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata, quanto alla sintesi del contenuto dispositivo – il negozio matrimoniale concluso sarebbe non solo invalido, ma addirittura inesistente<sup>10</sup>.

Più di recente, una pronuncia molto discussa (e, al momento in cui si aggiorna questo scritto al dato, annullata dalla corte di Appello di Firenze per un vizio di forma, cioè per non essere stato evocato in giudizio dai ricorrenti il sindaco quale ufficiale di governo e rappresentante dello Stato, ma quale ca-

---

II, 1195 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, *ivi*, III, 2697 ss.; A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, *re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, intervento al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, *cit.*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) e – se si vuole – a S. PRISCO (a cura di), *"Amore che vieni, amore che vai"...*. *Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012.

<sup>10</sup> Si leggano, in argomento e fra i molti, R. CATALDO, *Diritto alla "vita familiare" per le coppie omosessuali: verso il riconoscimento del diritto al matrimonio?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 ottobre 2012), e soprattutto R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013.

po della comunità locale e peraltro non essendosi lui costituito nemmeno in tale seconda veste)<sup>11</sup> – resa dal Tribunale di Grosseto con propria ordinanza del 3 aprile 2014 – ha ritenuto che non esista un impedimento di diritto positivo a trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio di persone omosessuali validamente contratto all'estero, perché: a) non è testualmente prescritto in Italia dal Codice Civile il presupposto della diversità di sesso fra i nubendi per contrarlo, né b) vi sono ostacoli di ordine pubblico interno a ritenere insussistente il valido matrimonio omosessuale contratto all'estero, in quanto la CEDU (come si è appena visto) avrebbe conferito alla parola significato più ampio di quello da noi finora accolto, sicché il giudice ben può ordinare in conclusione all'ufficiale comunale competente a tenere i ricordati registri di procedervi e questi ne è obbligato.

Il Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza del 9 febbraio 2013, ha ritenuto illegittimo il decreto di espulsione di uno straniero, coniugato con un'italiana e successivamente al matrimonio divenuto transessuale, ove risulti provato che la convivenza permanga effettiva e il matrimonio non sia stato contratto all'esclusivo scopo di ottenere, per lo straniero stesso, la cittadinanza italiana<sup>12</sup>.

Molta eco ha ricevuto un'altra vicenda, che potrebbe essere foriera di interessanti sviluppi giuridici, originatasi presso il Tribunale di Modena con una decisione che è stata riformata dalla Corte d'Appello di Bologna ed è quindi approdata alla Corte di Cassazione, che ha sollevato a sua volta (con ordinanza n. 14329/2013) questione di legittimità costituzionale di alcune norme della legge sulla rettificazione del sesso e di quelle ad esse collegate della legge sullo stato civile.

Nella specie, dopo un matrimonio eterosessuale, il marito aveva iniziato un percorso di cambiamento del sesso. Rettificata sui registri dello stato civile e degli atti di matrimonio la nuova attribuzione di genere, l'ufficiale comunale competente aveva disposto inoltre anche la cessazione degli effetti civili del matrimonio medesimo e ciò senza che i coniugi (che accettavano invece la nuova condizione) avessero tuttavia procurato di fare “coprire” l'intervenuto mutamento del sesso di uno di loro da sentenza passata in giudicato, com'è invece richiesto dall'art. 31, comma 6, del d. lgs. n. 150/2011, con rinvio in tale ipotesi alla l. n. 898/1970, sullo scioglimento degli effetti civili del matrimonio: un caso dunque, di “divorzio imposto”, per sopravvenuta identità di sesso tra i membri della coppia.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 170/2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 – cioè di alcune norme della legge in materia di rettificazione del sesso, nonché quella di norme connesse e consequenziali del codice civile – con riferimento

<sup>11</sup> Si vedano infatti tra i primi commenti A.M. BENEDETTI, *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione su Tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, 2, 2014, in [dirittocivilecontemporaneo.com](http://dirittocivilecontemporaneo.com) (ultima consultazione 27 ottobre 2014); F. BILOTTA, *Questo matrimonio ha da trasciversi!*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (10 aprile 2014); G. BIAGIONI, E. DI NAPOLI, *Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni same-sex: prime riflessioni*, 18 aprile 2014, disponibile all'indirizzo internet <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?author=55> (ultima consultazione 27 ottobre 2014). Sul vizio formale (mancata notifica dell'atto introduttivo al Sindaco nella qualità spiegata nel testo), si veda *Trascrizione matrimoni all'estero: tutto da rifare?*, 24 settembre, 2014, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (ultima consultazione 27 ottobre 2014), che dà anche notizia di due decreti del Tribunale di Milano dal contenuto opposto a quello della decisione toscana).

<sup>12</sup> Si vedano R. CATALDO, *op. e loc. cit.*; M.G. STIGLIANO, *Sì al permesso di soggiorno per transessuale straniero coniugato con un'italiana*, nonché il testo del provvedimento, 5 marzo 2013, disponibile all'indirizzo internet <http://www.immigrazione.biz/4248.html> (ultima consultazione 27 ottobre 2014).



all'art. 2 Cost., «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore».

Nonostante tale riconfermata riserva, è fondamentale il cuore della motivazione (punto 5.1 del *Considerato in diritto*) che si riporta di seguito, per la sua evidente importanza anche *pro futuro*.

«La situazione (...) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili».

Seguono, nel ragionamento dell'organo di garanzia costituzionale, il richiamo alla propria precedente giurisprudenza sopra ricordata, vale a dire alla sent. n. 138 /2010 e il nuovo e pressante invito al legislatore, nei termini di una *dovuta* attuazione – per questa parte – dell'art. 2 Cost, ricorrendosi perciò nell'occasione ad una decisione che tecnicamente è classificabile come “additiva di principio”, quale la sentenza anteriore non era: qui sta insomma il punto di avanzamento giurisprudenziale, cioè nel ribadire la riserva della materia al legislatore, ma al tempo stesso – di fronte al suo silenzio e all'inattività dispositiva che persistono – nel “metterlo in mora” esplicitamente e non in via implicita e criptica<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Per i primi commenti si vedano M.M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci e ombre*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 13 giugno 2014; B. PEZZINI, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in *Confronti Costituzionali*, [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu) (14 giugno 2014); ID., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (14 giugno 2014); A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta Online*, 2014, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); F. SAITTO *Rettificazione di sesso e “paradigma eterosessuale” del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di “divorzio imposto”*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (16 giugno 2014); F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 giugno 2014); G. BRUNELLI, *Quando la Corte smarrisce la funzione di “giudice dei diritti”: la sentenza n. 170 del 2014 sul c. d. “divorzio imposto”*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (26 giugno 2014); C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu) (27 giugno 2014); M. DI BARI *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio Rivista AIC*, giugno 2014; P. VERONESI *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (6 luglio 2014); P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo...*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (7 luglio 2014); D. FIORATO, D. FERRARI *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)*, in *La nuova giustizia civile*, 2, 2014, 117 ss. L'intero n. 1/2014 (cui si rinvia qui, con un richiamo che assume forma necessariamente sintetica) di *GenIUS*, rivista telematica semestrale sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, reperibile in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), è dedicato a *Mutamento di*

Il Tribunale di Siena, con sentenza del 12 giugno 2013, ha dal suo canto ritenuto da ultimo – constando tre soli, sporadici precedenti in termini – che la rettificazione del sesso e del nome sia possibile anche senza previa sottoposizione ad intervento chirurgico, richiesto solo se questo si renda necessario affinché l'interessato consegua uno stabile equilibrio psico-fisico<sup>14</sup>.

### 3. L'universo lgbt e gli enti territoriali in Italia. a) Gli interventi regionali

Data la situazione appena sintetizzata, bisogna chiedersi se invece vi sia – e quale allora, in ipotesi, sia – il livello di “copertura” normativa regionale nell'ambito qui considerato, ove si ritenga di potere superare in via interpretativa la riserva alla legge esclusiva dello Stato delle leggi in materia di “cittadinanza, stato civile e anagrafi”, di cui all'art. 117, comma 2, lettera i), della Carta Costituzionale, nonché di «ordinamento civile e penale» (all'art. 117, comma 2, lettera l).

Con riferimento agli *Statuti* – non in quelli originari degli anni '70 del Novecento, poveri di assunti di tipo non meramente organizzativo, ma in quelli cosiddetti di “seconda generazione”, successivi alla riforma del titolo V della Costituzione (2001; gli Statuti sono stati riformulati nel biennio 2004/2005 e

---

*genere e divorzio imposto: il diritto all'identità di genere e al matrimonio.* In sede europea, in un caso solo apparentemente analogo a quello italiano e deciso pochissimo tempo dopo di esso, quello di cui alla pronuncia della *Grande Chambre* della Corte EDU del 16 luglio 2014 su ricorso n. 37359/2009, la Corte si è espressa nel senso di escludere la violazione del diritto convenzionale in un “divorzio imposto” dal verificarsi medesimo presupposto di fatto, ma la differenza decisiva è che nell'ordinamento in relazione al quale era sorta la questione è disponibile la via della conversione del (precedente) matrimonio in unione civile registrata, ai sensi del *Finnish Act on Confirmation of the Gender of a Transsexual Act*. Nel caso di specie, la coppia rifiutava tuttavia la conversione del matrimonio in un istituto dagli effetti grosso modo analoghi (dettata da un approccio dell'ordinamento interno definito dai primi commentatori “sostanzialistico”, quanto ai diritti fondamentali che nel nuovo tipo di unione sarebbero stati salvaguardati, anche nei confronti della figlia nel frattempo nata), per motivi religiosi, profondi e comuni ai singoli componenti. La *Grande Chambre* registra che manca ancora un “consensus” continentale comune e conferma lo spazio del margine di apprezzamento nazionale su temi del genere. Sul rifiuto della “conversione” del matrimonio – richiesto invece fermamente da parti del medesimo sesso – in un istituto dagli effetti sostanzialmente analoghi, la fattispecie ricorda da vicino il caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/2004), sul quale – tra i molti – può leggersi G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010. Per i commenti iniziali sul caso finlandese si vedano invece P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia* (27 luglio 2014) e S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale?* (4 agosto 2014), entrambi in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Già prima della decisione della Corte costituzionale sulla questione sottoposta alla Corte di Cassazione, in generale, R. DAMENO, *Le persone transgenere. Le identità e i diritti*, CIRSDIG, Università di Messina, *working paper* n. 51, disponibile all'indirizzo internet <http://www.cirsdig.it/Pubblicazioni/dameno.pdf> (ultima consultazione 27 ottobre 2014); ID., *Percorsi dell'identità. I diritti fondamentali delle persone transgenere. Una riflessione socio-giuridica*, Roma, 2014 e, nello specifico, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013; L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013: *Dialoghi sulla dignità umana*, 13 ss.; M. GATTUSO, *Cassazione: viola la Costituzione il divorzio imposto per il cambio di sesso*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (6 giugno 2013); ID., *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2012, 1076 ss.; S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: “soluzione obbligata” o pilatesca*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (12 maggio 2014).

<sup>14</sup> Trib. Siena, sent. n. 412/2013, testo in [www.intersexioni.it](http://www.intersexioni.it).

la Corte costituzionale, con sentenza n. 304/2002, ne enfatizza il valore di «vertice» delle – politicamente *sovra-quotate*, rispetto a quanto si riteneva in precedenza – «fonti di diritto regionale») – sono contenute dichiarazioni di principio antidiscriminatorie, rilevanti anche per le coppie di fatto etero e omosessuali e per le persone con peculiari identità di genere, ad esempio: divieti di discriminazioni sanitarie, sul lavoro, nell'ammissione a graduatorie per l'accesso a case popolari, se motivati sulla base di preferenze sessuali o di genere, impegni a sviluppare in generale una cultura del monitoraggio e dell'integrazione delle differenze umane, rispettosa di orientamenti individuali specifici<sup>15</sup>.

Dopo impugnative – da parte del Governo – di alcuni Statuti, miranti a fare ritenere illegittime tali dichiarazioni per incompetenza, in quanto esse sarebbero state da riservare semmai ad un'unitaria e omogenea disciplina legislativa nazionale di principio sullo stato delle persone, la Corte costituzionale (sentenze n. 2/2004, relativa alla Regione Calabria; nn. 372, 378 e 379 del 2004, riguardanti rispettivamente le Regioni Toscana, Umbria ed Emilia Romagna) ha invece ritenuto possibile che i sopra ricordati Statuti rinnovati contenessero siffatte opzioni assiologiche, qualificandole però come non immediatamente vincolanti, né programmatiche<sup>16</sup> (e quindi, in senso tecnico-giuridico, operativi, ma ad effetti differiti e da incrementare via via nell'attuazione), bensì come meri intenti, aventi in sostanza carattere politico-ideologico *pro futuro*, quanto alle politiche da sviluppare auspicabilmente nelle diverse comunità territoriali e cioè come un *tertium genus*, sotto il profilo dell'efficacia.

Circa lo svolgimento degli Statuti attraverso la *legislazione*, la Regione Toscana, l. n. 63/2004, riconosce che prestazioni e servizi ricompresi nell'ambito delle materie di sua competenza devono erogarsi senza discriminazioni di genere ed orientamento sessuale; introduce specifici sostegni sul lavoro a persone esposte per tali motivi a pratiche di esclusione sociale; vieta discriminazioni soggettive in ordine alla vigilanza sulle scelte di fine vita, quanto all'individuazione di chi designa o è designato a farlo all'interno di una relazione di affidamento delle specifiche volontà in ordine alla cure mediche da accettare o rifiutare, ove si perda autonomia di decisione e riconosce specifico sostegno psicologico a chi decida di intraprendere un percorso di rettificazione di genere; vieta ad esercenti di servizi pubblici, turistici, commerciali, trattamenti discriminatori per motivi di orientamento sessuale o identità di genere; impegna il Corecom a vigilare sulla qualità e correttezza delle trasmissioni radiotelevisive in tale ambito e ad assicurare spazi di informazione adeguata ai portatori di specifico interesse in materia.

La Corte costituzionale (sentenza n. 253/2006) ha dichiarato, su ricorso del Governo per assunta violazione delle competenze regionali – che la regione assumeva invece di avere rispettato, essendosi mossa al loro interno – infondate le censure, quanto agli interventi in materia di istruzione e formazione (in cui le disposizioni della legge individuavano indirizzi e impegni), accogliendo tuttavia le altre, attributive in via diretta di diritti e vantaggi.

<sup>15</sup> Un quadro dei lavori preparatori aggiornati all'epoca è in *Il punto sulle unioni di fatto regione per regione*, in <http://www.forumfamiglie.org/>, voce non firmata.

<sup>16</sup> E. COLOMBO, *Significati e prospettive del riconoscimento degli Statuti regionali di Toscana, Emilia e Umbria in materia di coppie di fatto*, in *Iustitia*, 2005, 193 ss.; C.E. GALLO, *Il valore delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali*, in *Foro amm.*, 2004, 3375 ss.; T. GROPPI, *Per Emilia-Romagna, Toscana e Umbria la Consulta indica i limiti agli statuti. E colpisce la pretestuosità delle censure avanzate dal Governo*, in *Dir. e Giust.*, 47, 2004, 28 ss.

In esecuzione dei predetti indirizzi (“salvati”, quanto a legittimità costituzionale), la regione ha quindi promosso campagne di informazione e sensibilizzazione anti-omofobiche, tavoli di consultazione permanenti con espressione dell’associazionismo *lgbti*, un Osservatorio sulle dinamiche fenomeniche e i problemi di tale universo, prevedendo la Giunta di finanziarlo con proprio contributo.

La Regione Liguria, con legge n. 52/2009 e la Regione Marche, con legge n. 8/ 2010, hanno approvato in seguito normative che intervengono in entrambi i casi espressamente, con tratti fra loro simili, sulla tematica delle discriminazioni di genere ed orientamento sessuale.

Per evitare censure come quelle che avevano portato al parziale annullamento della legge toscana in precedenza richiamata, pur avendo ad oggetto ampî settori materiali (istruzione, formazione professionale, inserimento al lavoro, servizi abitativi pubblici, salute, vigilanza sulla correttezza delle trasmissioni radiotelevisive sulle problematiche di interesse), precisano di limitarsi ad adattare agli atti di competenza regionale l’applicazione di principî costituzionali, ma restando ciascuna regione nell’ambito delle proprie competenze materiali.

Impugnata dal Governo la legge ligure, le censure avanzate (sostanzialmente analoghe a quelle che avevano sorretto l’impugnativa contro la legge toscana) sono state tuttavia dichiarate infondate dalla Corte costituzionale (sentenza n. 94/2011).

La legge marchigiana, in particolare, ha spiccato carattere programmatico di futuri interventi.

Risultano allo stato pendenti proposte di legge analoghe delle Regioni Piemonte ed Emilia-Romagna e, più in generale, le due Regioni si segnalano per l’adozione di politiche di erogazione dei servizi che da esse dipendono chiaramente antidiscriminatorie.

In particolare, la Regione Emilia-Romagna, con legge n. 24/2009 (la legge finanziaria regionale) aveva disposto (tra l’altro) che i servizi anche privati dovessero essere forniti in condizioni di parità a singoli e «ad ogni forma di convivenza», anche col dichiarato intento di dare applicazione su scala regionale alle nozioni di discriminazione diretta e indiretta (da contrastare e superare entrambe), derivate dalla normativa e dalla giurisprudenza dell’Unione Europea (direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2006/54/CE, la prima relativa al principio della parità di trattamento fra persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, la seconda statuente un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la terza relativa all’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego).

Impugnata tale legge dal Governo per assunto tentativo di ampliare surrettiziamente le tipologie delle unioni tutelabili – in sospetta violazione della riserva allo Stato delle norme di Stato civile, appunto per il richiamo alla necessità di tutela «ad ogni forma di convivenza» – il ricorso dell’Esecutivo è stato dichiarato infondato (quindi scendendo nel merito) per le censure relative alla parità di trattamento, in quanto le relative norme sono semplici repliche di principî posti da fonti comunitarie e inammissibile per la parte (connessa, ma ai fini del presente lavoro più interessante) sulla tutela delle altre forme di convivenza, perché la Consulta ha ritenuto che il motivo di ricorso era stato enunciato senza alcuna argomentazione e dunque per un motivo di forma (sent. n. 8/2011).

Sul piano ancora regionale, ma non legislativo, si è creata una “Rete nazionale contro le discriminazioni nelle pubbliche amministrazioni” (*Ready*), per fare emergere le problematiche al riguardo della

popolazione *lgbt* e si sono approvate risoluzioni antiomofobiche da parte dei Consigli regionali di Valle d'Aosta e Veneto.

In generale, permanendo l'inerzia o una controversa azione in tale direzione del legislatore nazionale, è rilievo comune in dottrina che il livello istituzionale territoriale substatuale – attesa l'applicazione di *best practices* che deve necessariamente conseguire al ruolo di primo impatto di enti locali e regioni nell'ambito dell'applicazione del principio di sussidiarietà verticale e orizzontale, nel secondo caso in ragione del dialogo in essere con l'associazionismo esponenziale dell'universo *lgbt*, coinvolto in chiave partecipativa nella fase istruttoria di procedimenti di decisioni pubbliche) – risulta più reattivo alle sollecitazioni dell'ambiente sociale e nel dialogo antidiscriminatorio con l'Unione Europea di quanto accada per le istituzioni statali centrali<sup>17</sup>.

In questo senso, di rilievo è la legge della Regione Puglia n. 19/2006, rubricata «Disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini di Puglia», che istituisce servizi a rete in tema di diritti sociali, da fornire – rendendoli effettivi – a cittadini impegnati anche in forme di convivenza molteplici (art. 27, c. 2: sono presi in considerazione come aventi titolo agli interventi soggetti legati tra loro da vincoli «di parentela, affinità, adozione, tutela e ... altri ... solidaristici, purché aventi una coabitazione abituale e continuativa e dimora nello stesso Comune», chiarendosi che «per coabitazione abituale e continuativa s'intende quella tra due o più persone che perduri da almeno due anni». Ne derivano (come è stato notato) significative conseguenze in tema, ad esempio, di diritto all'assegno di cura per la convivenza con familiare disabile, all'accesso alla mediazione familiare o alla graduatoria per gli asili-nido<sup>18</sup>.

#### 4. (segue) b) Lo spazio dei Comuni

Nel rinnovato – e oggi in via di ulteriore revisione – titolo V della Carta costituzionale, gli enti locali sub-regionali (o meglio: i Comuni, essendo le Province interessate intanto da un movimento riformatore che dovrebbe condurre alla loro scomparsa) diventano il primo livello di ricostruzione e di ri-

<sup>17</sup> Per questo paragrafo si sono tenuti presenti, oltre agli autori citati nella nota precedente, spec. A. BOVE, *Le convivenze familiari nel diritto regionale*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006, 425 ss.; V. BARELA, *Logiche locali per una tutela della famiglia di fatto: parallelismo con l'esperienza spagnola*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it), 2010 (anche se, peraltro, il proposto parallelismo non può evitare di tenere conto del risalente riconoscimento spagnolo del *derecho privado* c.d. *foral*); C. DANISI, *La tutela regionale contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, in *Le Regioni*, 1, 2011, 181 ss.; ID., *La discriminazione fondata su orientamento sessuale e identità di genere: l'approccio delle Regioni italiane tra input europei e sensibilità locali*, in A. PITINO (a cura di) *Profili attuali del principio di non discriminazione tra Unione europea e Regioni italiane*, Roma, 2012, 193 ss.; F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, 192 ss.; A. MUSIO, *Del diritto regionale della famiglia o del diritto di famiglia regionale*, relazione al convegno *Persona e comunità familiare*, Salerno, 28-29 settembre 2012, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it).

<sup>18</sup> Periodici rapporti annuali che operano un monitoraggio delle politiche regionali in termini e quindi una loro valutazione, che sfocia in una graduatoria, in base ad indici di apertura a norme e prassi amministrative di non discriminazione tra persone e coppie in relazione al genere e inoltre di contrasto a pratiche omofobe, sono redatte a cura dell'*Arcigay* e pubblicate sul sito *online* dell'associazione. Manca allo stato la pubblicazione ufficiale in sito del Rapporto 2014, del quale è possibile avere notizie di fonte giornalistica: si veda, ad esempio, *La Sicilia sempre più gay friendly, Veneto e Lombardia in coda*, in [www.siciliainformazioni.it](http://www.siciliainformazioni.it) (25 agosto 2014).

orientamento – dal basso verso l’alto e dalla periferia verso il centro – dell’ordinamento giuridico, quanto ad esercizio di funzioni e poteri di amministrazione pubblica, alla luce del “principio di sussidiarietà”, che si richiamava appena sopra.

Si osserva dunque a questo livello un variegato panorama di attività di supporto dell’associazionismo a *single issue*, con interventi concreti e monitoraggio da parte degli enti locali, in funzione di sostegno assistenziale e culturale di istanze particolari, anche quanto all’universo fenomenico *lgbt*, oltretutto, specificamente, con l’introduzione – su base regolamentare e attraverso deliberazioni dei rispettivi Consigli – di “Registri delle convivenze”<sup>19</sup> (con funzione non autonomamente costitutiva di nuovo diritto, ma certificatoria di una situazione di fatto preesistente) delle coppie e più in generale anche di una pluralità di persone anagraficamente conviventi, etero ed omosessuali e con scopo di scambio non solo di affetto e vita sessuale, ma anche di solidarietà e mutuo aiuto oblativo, che hanno riscosso maggiore o minore successo concreto presso i destinatari.

Persiste infatti sovente lo scetticismo verso l’effettivo valore pratico di tali strumenti, quando non la “diffidenza” verso tecniche di possibile “schedatura”, attesa la persistente mancanza di un quadro di riferimento normativo delle garanzie di livello regionale e nazionale.

Si avverte infine in proposito anche il variabile grado di presenza e maturazione di esperienze locali specifiche, in rapporto al differente grado di intensità della “cultura civica” e dei legami sociali di volta in volta percepiti, accanto a persistenti resistenze di taluni enti esponenziali di comunità locali ad adottare incisive politiche di integrazione reale di orientamenti e stili di vita minoritari<sup>20</sup>.

Assumono comunque rilievo, in tema, le recentissime disposizioni del Sindaco di Napoli (23 giugno 2014) e di quello di Bologna (21 luglio 2014), in sostanza assai simili nella motivazione, che, richiamando in particolare – ma non solo – i principî della sentenza della Corte di Cassazione del 2012 in precedenza ricordata, ma anche di quella grossetana richiamata in precedenza, ordinano ai rispettivi

<sup>19</sup> Fra i molti, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili e i loro censori*, in *Foro It.*, III, 1996, 527 ss.; A. ROTELLI, *I registri delle unioni civili*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (2 novembre 2005); L. IMARISIO, *Il registro delle unioni civili*, intervento al convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, con esame analitico della giurisprudenza amministrativa, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>20</sup> Nell’impossibilità di riassumere in una mera valutazione sintetica la varietà di opzioni e risultati raggiunti o degli arresti subiti, si rinvia al volume – fondamentale per la registrazione del progresso (e delle difficoltà) delle *best practices* sul tema – C. D’IPPOLITI, A. SCHUSTER (a cura di) *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Roma, 2011, che contiene il rapporto della ricerca svolta nel 2010 dalla Associazione Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford per conto dell’UNAR, cioè dell’Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali (e in realtà anche contro pratiche di discriminazione motivate da genere ed orientamento sessuale), che ha sede presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e che si è concentrata soprattutto su quattro regioni meridionali del Paese, oggetto del cosiddetto *Obiettivo Convergenza* dell’Unione Europea (cioè Campania, Calabria, Puglia e Sicilia), finanziatrice della ricerca medesima (il rapporto è reperibile anche nel *web* al sito dell’Ufficio). Utile sul piano documentario è altresì la scheda analitica, redatta con riferimento a fonti giornalistiche particolareggiate, rinvenibile nel sito *web wikipink*, *l’enciclopedia lgbt italiana* ([www.wikipink.org](http://www.wikipink.org), ultima consultazione 27 ottobre 2014). Da ultimo, una più aggiornata e rapida panoramica, sempre giornalistica, della situazione è nel *Dossier* – che contiene anche una mappa del contesto internazionale e schede su alcuni ordinamenti stranieri – di E. SERRA, *Matrimoni gay e unioni civili. Il federalismo dei Comuni italiani*, in *Corriere della Sera*, mercoledì 30 luglio 2014, ove si mette in evidenza, nell’assenza di una legge nazionale di riferimento, il *fai-da-te*, caso per caso, delle autonomie locali.

uffici di stato civile la trascrizione dei matrimoni omosessuali che siano stati validamente contratti all'estero, secondo la *lex loci*<sup>21</sup> (competente a disporre, secondo l'art. 28 della legge n. 218/1995, di riforma del diritto internazionale privato), beninteso, peraltro, «non come atti aventi valore di matrimonio per la legge italiana, ma come atti esteri che non vengono riconosciuti dalla nostra legge nazionale»<sup>22</sup>.

Sulla questione specifica è in corso – nel momento in cui questo lavoro è licenziato per la stampa – una vivacissima polemica tra il Ministro dell'Interno [che, con propria circolare ai prefetti, ha ricordato la mancanza di una legge nazionale uniforme in materia, sicché le decisioni sindacali sono da ritenere illegittime, ex art. 117, comma 2, della Carta costituzionale, per la riserva esclusiva a tale fonte di norme relative a diversi profili rilevanti in materia e cioè: per la lettera i), «cittadinanza, stato civile e anagrafi»; per la lettera l), «ordinamento civile e penale»; per la lettera m), «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»] e alcuni “primi cittadini”, tra i quali si è finora distinto – per la risonanza mediatica della sua decisione di procedere a trascrivere tali unioni – quello della Capitale.

## 5. (segue) Il diritto e la convivenza. Alcuni esempi normativi e giurisprudenziali che riconoscono rilievo al fenomeno

Se si è sopra detto della peculiarità italiana sul piano della normazione “eteronoma” (nazionale o regionale) di rango legislativo, cioè che essa è assente, o largamente deficitaria, un accenno va riservato ad una soluzione diversa, non fondata dunque su una forma di disciplina giuspubblicistica delle unioni affettive non tradizionali, come altrove è da tempo possibile: si pensi solo – per brevità e riferendosi a Paesi territorialmente vicini al nostro – alle diverse soluzioni dei *Pacs* francesi (di modello invero almeno originariamente “contrattuale” e aperta tanto a coppie di fatto eterosessuali, quanto a unioni del medesimo sesso, poi lì affiancata ad un’apertura non determinata dal genere del matrimonio) o alla *Lebenspartnerschaftsgesetz* tedesca (di modello “organico” ed esclusivamente per coppie omosessuali)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> I testi dei provvedimenti si leggono in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>22</sup> Il chiarimento virgolettato è in *Trascrizione matrimoni all'estero: tutto da rifare?*, cit.

<sup>23</sup> Per il quadro transalpino si veda, di un'autrice francese, M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7<sup>a</sup> ed., Paris, 2010, 101 ss. (pagine appunto dedicate a *Les couples non mariés en droit international privé: le Pacs, les partenariats enregistrés et l'union de fait*), dopo che nel 2005 il congresso notarile di Nantes aveva dedicato la sua sessione alle *Familles sans frontières en Europe*). Nella dottrina italiana, ex multis, da un lato M. TIMOTEO, «Il Pacte civil de solidarité; mariage bis o contract?», in *Contratto e Impresa*, 2001, 683 ss. (mentre parla di “doppia via francese: Pacs e mariage homosexuel” A.M. LECIS, *Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *Ianus*, 4, 2011, 219 ss. (di rilievo è in realtà l'intero numero della rivista, cui pertanto si rimanda, dal tema generale *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nei giudizi di legittimità costituzionale: una prospettiva comparata*) e dall'altro F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, 4, 2011, 109 ss.; ID., *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (17 marzo 2011). Con sguardo più generale e fra i molti, per contributi recenti sul tema, con riguardo all'Italia F. CAGGIA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta

Si tratta della normazione che può essere posta nel merito in essere dai soggetti interessati – convivenzi non coniugati o non coniugabili, di qualunque genere essi siano – attraverso vincoli fondati sull'autonomia privata, secondo una linea indicata da sempre, ma oggi ripresa con particolare intensità di proposta, dal notariato, che consente di porre un contingente rimedio ad un vuoto di disciplina che resta tuttavia ingiustificabile, continuando il legislatore ad eludere allo stato il dilemma dell'estensione dell'istituto matrimoniale a coppie non "canoniche", ovvero di una peculiare, ma differente, disciplina loro riservata.

Prima ancora di spendere (nel paragrafo che seguirà) qualche considerazione al riguardo, va sottolineato come – per vero – la mancanza in Italia di una disciplina legislativa organica della situazione di fatto designata nell'esperienza comune quale "convivenza" non implica anche che, in casi specifici, detta condizione concreta non assuma rilievo giuridico, legislativo o giurisprudenziale<sup>24</sup>.

---

da S. Patti, VI, Bergamo, 2007, 314 ss.; per un esame anche comparato G. FERRANDO, nel volume della stessa e di A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 86 ss. (ov'è affrontato anche il problema della non riconoscibilità giuridica – in una cultura occidentale comunque basata su monogamia e uguaglianza fra le parti – del matrimonio eterosessuale, ma poligamico, ad esempio islamico). Da ultimo, si veda A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. "Plurimi e simili" o "plurimi e diversi"*, Torino, 2012, con ampia analisi comparata e osservazioni sulla circolazione dei modelli (e sui suoi impedimenti, per diversità dei contesti ordinamentali ed extralegali). Ulteriori panoramiche comparate delle soluzioni in termini sono – tra le altre – nei volumi collettanei F. BRUNETTA D'USSEAU, A. D'ANGELO (a cura di) *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000 e D. AMRAM, A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Quaderni della Riv. di Dir. Civ., Padova, 2011. Di interessante lettura è la ben documentata tesi comparata di dottorato di ricerca, XXI ciclo, in co-tutela italo-spagnola (correlatori i professori L. Chieffi della Seconda Università di Napoli e F. Balaguer Callejón dell'Università di Grenada) di V. CAROLLO, *La famiglia nel sistema giuridico dell'Unione europea: la famiglia di fatto alla luce della giurisprudenza comunitaria*, 2009, reperibile all'indirizzo internet <http://hera.ugr.es/tesisugr/17946694.pdf> (ultima consultazione 27 ottobre 2014). Tra i contributi di minore mole, A. G. ANNUNZIATA, R.F. IANNONE, *Verso la tutela giuridica delle famiglie omosessuali?*, commento a Tribunale di Ferrara, (ord.) 16 dicembre 2009, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 5, 2010, 344 ss.; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (10 aprile 2012); M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (GGE, Cedu, Corte costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, relazione al Convegno *Persona e comunità familiare*, cit. (si segnala al lettore che l'autrice è Presidente del Collegio della Corte di Cassazione, I Civ., che ha emesso la sentenza n. 4184/2012, sopra ricordata); V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, relazione al medesimo convegno, cit.; T. DE PASQUALE, A.A. GENNA, L. LORELLO, *Diritto pubblico delle relazioni familiari e processo di europeizzazione dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 5, 2012, 787 ss.; V. VALENTI, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE, C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (24 febbraio 2014). Documentano rispettivamente, infine, l'evoluzione normativa interna e della giurisprudenza costituzionale di due Paesi territorialmente vicini al nostro (benché, nel caso spagnolo, attraversata da dissensi nell'organo di giustizia costituzionale) verso l'estensione dell'istituto matrimoniale indipendentemente dal sesso, U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla s TC 198/2012*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), e A. ROMANO, *I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nómos*, 3, 2013, 1 ss. e M. R. DONNARUMMA, *Le mariage homosexuel en France, la tradition républicaine et les questions de société*, in *Nómos*, 1, 1014, 1 ss. e già A. M. LECIS, cit.

<sup>24</sup> Per un quadro comparato, si veda S. CACACE, *Nella buona e nella cattiva sorte? Riflessioni in materia di convivenza senza matrimonio in Italia e non solo*, in *Liber Amicorum per F. D. Busnelli, Il diritto civile fra principi e regole*, I, Milano, 2008, 77 ss. Per la parte esemplificativa che segue in rapporto all'ordinamento italiano, nel presente paragrafo, nonché per gli svolgimenti specifici del successivo, ci si riferisce anche a CONSIGLIO NAZIONALE



Quanto al primo piano (quello legislativo), alcune parificazioni sono ad esempio disposte dal codice civile: in materia di assegnazione della casa familiare, ove l'assegnatario sia anche il soggetto a cui sono affidati i figli, l'art. 337-*sexies* dispone che tuttavia detto diritto «viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o *conviva more uxorio* o contragga nuovo matrimonio». Ulteriormente, in caso di misure contro abusi e violenze del coniuge o di altro convivente, ai sensi dell'art. 342-*bis* le due posizioni sono, come si vede, normativamente equiparate e, quanto alla scelta dell'amministratore di sostegno, a mente dell'art. 408, questa può cadere, da parte del giudice tutelare e ove l'interessato non vi abbia provveduto, anche (tra l'altro), oltre che su un soggetto legato all'interessato da vincoli di stretta parentela, su «persona stabilmente convivente» e l'istanza di interdizione o di inabilitazione, ex art. 417 del codice civile, può essere del resto promossa – tra l'altro – dalla persona stabilmente convivente.

Se si guarda alla legislazione extra-codicistica (quella che una volta veniva definita “speciale”, ritenendola residuale – come oggi più non è – rispetto alla disciplina del codice), si rinviene ancora una disposizione in tema di prelievi e di trapianti di organi e tessuti, l'art. 3 della legge n. 91/1999, a tenore della quale le informazioni che riguardano l'intervento possono essere fornite (tra l'altro) al «convivente more uxorio» dell'interessato, o – nell'art. 5 della l. n. 40/2004, in materia di fecondazione assistita – si trova disposto che alle relative tecniche possano accedere «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

A proposito di norme in materia di alienazione degli immobili di proprietà degli Istituti autonomi per le case popolari, l'art. 1, comma 598, della legge n. 266/2005 prevede dal suo canto che il diritto all'esercizio del diritto di opzione all'acquisto vada riconosciuto con priorità «all'assegnatario unitamente al proprio coniuge, qualora risulti in regime di comunione dei beni», ovvero, in caso di sua rinuncia e nell'ordine, al coniuge in regime di separazione dei beni, «al convivente more uxorio, purché la convivenza duri da almeno cinque anni» e solo dopo ai figli (prima ai conviventi, poi ai non conviventi).

Sul piano processual-penalistico, infine, da un lato si può rammentare la facoltà dei congiunti di astenersi dal deporre contro l'imputato, ex art. 199 c.p.p., estesa anche a chi «pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso», limitatamente a quanto da lui appreso durante la convivenza stessa e dall'altro l'art. 30 della legge n. 354/1975 sull'ordinamento peni-

---

DEL NOTARIATO, *La convivenza. Regole e tutele della vita insieme*, marzo 2014, disponibile all'indirizzo internet [http://www.notariato.it/export/sites/default/it/notariato/chi-siamo/allegati-chi-siamo/Guida\\_Convivenza.pdf](http://www.notariato.it/export/sites/default/it/notariato/chi-siamo/allegati-chi-siamo/Guida_Convivenza.pdf) (ultima consultazione 27 ottobre 2014), e già in precedenza anche E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002. nonché a D. MURITANO, A. PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi e attività notarile*, Milano, 2009 e a R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014 (per l'estensione alle unioni omosessuali di tali accordi si veda, nei secondi, 12 ss., nel terzo 48 ss.), nonché di recente, specificamente per le unioni definite dagli Autori “famiglie eterodosse”, a G. DE ROSA, E. CALÒ, *Riflessioni del notariato sul diritto di famiglia e delle successioni alla luce dei nuovi modelli sociali*, in *Quad. della Fond. It. Not.*, 2013, e più in generale F. DELL'AVERSANA, *Il “regime patrimoniale” della famiglia di fatto*, in *Vita Notarile*, 2, 2012, 989 ss. Un ulteriore, esauriente esame complessivo dell'evoluzione della problematica specifica in dottrina e in giurisprudenza, al quale può perciò rinviarsi per comodità di sintesi, è in A. MASCIA, *L'unione more uxorio e l'autonomia negoziale: come se fosse un matrimonio?*, in [www.diritto.net](http://www.diritto.net), anche per l'aggiunta di esemplificazioni ulteriori che considerano sempre – sotto profili di volta in volta richiamati dall'autore – l'equiparazione tra coniugio e convivenza.

tenziario, ove si statuisce che «nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso dal magistrato di sorveglianza il permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, l'infermo».

Di incisivo (e progressivamente più intenso) rilievo è stata poi l'opera della giurisprudenza, in ordine al riconoscimento di taluni diritti patrimoniali specifici ai conviventi.

Si ricorda così che la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, «nella parte in cui non prevede il subentro – nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza – dell'altro convivente al quale siano stati affidati i figli, come peraltro è previsto dalla legge in caso di separazione dei coniugi» (sent. n. 404/ 1988) e ha ritenuto che, ove venga meno una convivenza *more uxorio*, dalla quale siano nati figli ancora minori o, se maggiorenni, tuttavia economicamente non autosufficienti, la casa fino ad allora comune debba venire assegnata al genitore affidatario, avendo come criterio prioritario l'interesse dei figli (sent. n. 166/1998; anche per la sentenza n. 308/2008 dal «contesto normativo e giurisprudenziale emerge il rilievo che non solo l'assegnazione della casa familiare, ma anche la cessazione della stessa, è stata sempre subordinata, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole» e questo anche ove cessi una convivenza *more uxorio*).

Significativo altresì il caso deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n. 203/1997, dopo la quale restò statuito – dichiarandosi quindi costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1, della legge 30 dicembre 1986, n. 943, in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine – che il genitore extracomunitario di un minore che risieda legalmente in Italia con l'altro ha il diritto di ricongiungersi con la famiglia, anche se padre e madre non sono tra loro sposati, né intendano farlo, sempreché chi si ricongiunge alla famiglia possa da noi godere di normali condizioni di vita.

Molte le pronunce anche della Corte di Cassazione. In una si è riconosciuto il diritto al risarcimento da illecito da cui è scaturito un evento mortale anche a chi conviveva *more uxorio* col defunto e provi che il rapporto si traduceva in stabilità di vita e in reciproca assistenza morale e materiale (sez. III civ., sent. n. 23725/ 1998); in altro caso, essa ha ritenuto applicabile ai conviventi l'istituto dell'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c., valutando che un'attività lavorativa che si dipana anche coinvolgendo conviventi *more uxorio* non è in genere inquadrabile nello schema giuridico del rapporto di lavoro subordinato (sez. lav., sent. n. 5632/ 2006) ed ancora che la normale offerta di denaro e beni al proprio convivente *more uxorio*, in quanto espressione di un atteggiamento di solidarietà morale socialmente apprezzabile, non può formare oggetto di domanda giudiziale di restituzione (sez. I civ., sent. n. 1277 /2014).

Ancora – e di recente – si è affermato che «la convivenza *more uxorio*, quale forma sociale che dà vita a un autentico consorzio familiare, determina sulla casa di abitazione dove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente ben diverso da quello derivante da ragioni di pura ospitalità, tale da assumere i contenuti tipici di una detenzione qualificata, conseguendone l'illegittimità di un'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa» (Cass., sez. II civ., sent. n. 7/2014, nel caso della convivente di un soggetto lungodegente in ospedale, estromessa dalla casa di abitazione dai fratelli del compagno, uno dei quali aveva concesso comodato al germano ammalato l'appartamento).

Talora, poi, la lunga protrazione della convivenza opera addirittura nel senso di creare una situazione di fatto «ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordine canonico, nonostante la sussistenza della convivenza coniugale», data la dissociazione del matrimonio-atto dal matrimonio-rapporto, cui consegue la validità del secondo anche dopo la nullità religiosa del primo (com'era già stato ad esempio affermato da Cass., sent. n. 1343/ 2011<sup>25</sup>; si veda in termini, da ultimo, SS. UU. Civ., sent. n. 16379/ 2014).

Non ci si può insomma liberare facilmente di un matrimonio in precedenza dichiarato nullo, se dopo tale dichiarazione la convivenza tra ex coniugi si è comunque protratta a lungo e questo – com'è evidente – a tutela della parte più debole e a protezione delle esigenze solidaristiche, anche verso i figli, nonché della proiezione sociale della situazione cui si era data – ma soprattutto mantenuta nel tempo – vita: sempre di più il fatto plasma (nel negozio di carattere familiare) il diritto e ne sana perfino il vizio originario.

## 6. La via privatistica dei patti di convivenza

La via diversa alla quale si accennava sopra è riemmersa da noi più di recente come idonea a disciplinare (secondo chi la sostiene) rapporti tra conviventi, in assenza di strumenti giuridici cogenti di natura giuspubblicistica, onde attribuire ad essi diritti e doveri certi di carattere patrimoniale, attraverso accordi, ad effetti perlopiù reciproci, di carattere privatistico.

Così si esprime al riguardo la richiamata guida del *Consiglio nazionale del notariato*<sup>26</sup>:

«Nel caso di unione fondata sul matrimonio la legge stabilisce i diritti e i doveri reciproci dei coniugi, anche con riferimento ai rapporti patrimoniali, sia durante la convivenza sia dopo la sua eventuale cessazione (per morte di uno dei coniugi ovvero per separazione o cessazione degli effetti civili del matrimonio).

Nel caso di convivenza, la mancanza di una disciplina organica assimilabile a quella per i coniugi crea invece una situazione di precarietà, che assume particolare rilevanza proprio nel caso in cui cessi la convivenza stessa. Spetta pertanto ai conviventi supplire al vuoto normativo, disciplinando i reciproci rapporti patrimoniali con le convenzioni più adeguate alle loro esigenze.

Per i conviventi gli strumenti negoziali (tutti gli atti, compresi i contratti, con i quali si può disporre dei propri diritti, come il testamento) e contrattuali (atti con i quali due o più persone regolamentano i loro rapporti) messi a disposizione dall'ordinamento assumono pertanto un rilievo fondamentale, perché – se realizzati durante la convivenza – permettono di evitare, nel momento in cui essa dovesse cessare (per volontà delle parti o per decesso), situazioni di alta criticità e litigiosità.

Si tratta di un'attività negoziale che appare in quest'ottica irrinunciabile per i conviventi, al fine di assicurarsi quel minimo di tutela reciproca che per i coniugi è garantita dall'ordinamento, un'attività di supplenza indispensabile per colmare il vuoto legislativo».

<sup>25</sup> V. CARBONE, *Validità del «matrimonio rapporto» anche dopo la nullità religiosa del «matrimonio-atto»*, in *Fam. dir.*, 2011, 235 ss.

<sup>26</sup> *La convivenza*, cit., 10.

In generale, infatti, deve ricordarsi che, sulla base del I comma dell'art. 1322 del codice civile, «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto *nei limiti imposti dalla legge*» (sicché ad esempio, in base all'art 458 del medesimo codice, sono vietati – e quindi nulli, se fossero stati stipulati – i cosiddetti “patti successorî”, ma ci si può peraltro – come è previsto dall' art. 456 – determinare liberamente in ordine alla cd. “quota disponibile” dell'eredità, cioè quella che non lede i diritti degli eredi “legittimarî”, come definiti dagli artt. 536 ss.), cioè porre in essere contratti già tipizzati dal legislatore, eventualmente modellandoli sulle proprie esigenze, ma – e di più – è comunque sempre possibile (art. 1322, comma 2) «concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, *purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*».

A tale schema – dichiaratamente generale e molto variabile in concreto nei contenuti – si riconducono anche i cosiddetti “contratti di convivenza”, anche se può utilizzarsi altresì un contratto tipico come il negozio di destinazione di beni, *ex art. 2645-ter* del codice civile (restando fuori dell'esame qui condotto l'analisi di quanto pregevole sia la fattura tecnica, da molti invero criticata, della disposizione e di quanto l'istituto in esso previsto sia riconducibile al *trust* anglosassone – o ne sia un “frammento” – e quanto invece se ne differenzi), con sottrazione di un bene alla garanzia patrimoniale generale dei creditori<sup>27</sup>.

Fin dal 1993, la Cassazione (sez. III civ., sent. n. 6381) aveva comunque avuto modo di stabilire (e questo è il punto di passaggio tra la rassegna sinteticamente svolta nel paragrafo che precede e le riflessioni che seguiranno) che «la convivenza *more uxorio* tra persone in stato libero non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali (nella specie, comodato) collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non contrasta né con norme imperative, non esistendo norme di tale natura che la vietino, né con l'ordine pubblico, che comprende i principî fondamentali informatori dell'ordinamento giuridico, né con il buon costume, inteso, a norma delle disposizioni del codice civile (vedi artt. 1343, 1354), come il complesso dei principî etici costituenti la morale sociale di un determinato momento storico, bensì ha rilevanza nel vigente ordinamento per l'attribuzione di potestà genitoriali nell'ipotesi disciplinata dall'art. 317 *bis* del codice civile, come nella normativa della legge 27 luglio 1978, n. 392, in ordine alla successione nel contratto di locazione».

Nella giurisprudenza di merito, si rinviene del resto una risalente statuizione per cui i conviventi *more uxorio* possono validamente stipulare tra loro un contratto con cui costituiscono un diritto di usufrutto di immobile con reciproco beneficio, senza corrispettivo, giacché esso si fonda sul presupposto della convivenza medesima (Trib. Savona, 2001<sup>28</sup>), il che era un auspicabile superamento di quelle iniziali tendenze che costruivano le convivenze *more uxorio* come rapporti (solo) di reciproca ospitali-

<sup>27</sup> V. SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: “autonomia privata delle opportunità” o “autonomia privata della solidarietà”*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quad. Fond. it. Not.*, 1, 2007, *online ad locum*.

<sup>28</sup> M. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, nota a Tribunale Savona 7 marzo 2001, in *Famiglia e Diritto*, 5, 2001, 529 ss.

tà, non munendo di azione i conflitti che nascessero dalle loro crisi, perché aventi fonte in “obbligazioni naturali”<sup>29</sup>.

In un costume sociale che si evolve, insomma, «tutto ciò che non è vietato è permesso», secondo quello che è del resto il carattere “naturale” del diritto privato, il cui assetto moderno – pur negli adattamenti nazionali via via ricevuti – è, a partire dalla stessa idea di una sistemazione codicistica, nella matrice (di ispirazione illuminista, individualista e liberal-borghese) del *Code Napoleon*<sup>30</sup>.

Il punto dolente è, peraltro, che agli omosessuali è oggi giuridicamente “permesso poco” nel nostro Paese, in termini di equiparazione per legge ordinaria – nel godimento di diritti scaturenti dalla relazione personale – ai soggetti eterosessuali. Il tipo “negozi matrimoniale” non è a loro accessibile da noi, esiste cioè un impedimento soggettivo a utilizzarlo.

Sulla dinamica di selezione sociale e poi di disciplina giuridica degli interessi così si esprime un autorevole civilista:

«Alla tipicità legale (...) si perviene attraverso la tipicità sociale, rappresentata dalla tipicità giurisprudenziale, perché è a livello di giudizio che si manifestano le reali esigenze dei traffici e i reali problemi che il legislatore è tenuto a risolvere con una disciplina uniforme. Il tipo giurisprudenziale per divenire legale presuppone allora una reiterazione di comportamenti, una pratica generale che, pur se non assurta a consuetudine, ne potrebbe costituire la base, dettando già una regola. Restano così fuori da questo capo i soli comportamenti individuali o comunque ancora i comportamenti non socialmente generalizzati, quei comportamenti che, dal punto di vista della tipicità, sono stati qualificati come socialmente *immaturi* e di cui si vorrebbe sostenere la non meritevolezza, *ex art. 1322, comma 2*»<sup>31</sup>.

La Corte di Cassazione (sez. III civ., sent. n. 2288/2004) ha ritenuto in proposito che «possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, *ex articolo 1322, comma 2, del codice civile, tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume*».

<sup>29</sup> Secondo – ad esempio – l'emblematica decisione della Pretura di Vigevano, 10 giugno 1996, ricordata criticamente da A. MASCIA, *op. cit.*, e che appunto rifletteva tali orientamenti, «la convivenza *more uxorio* genera un rapporto di ospitalità reciproca; è, perciò, inammissibile l'azione di reintegrazione, *ex art. 1168 c.c.*, proposta dal convivente non proprietario nei confronti del convivente proprietario, al fine di essere riammesso nell'abitazione ove si è svolta la relazione familiare di fatto». A lungo la giurisprudenza ha invero ravvisato uno dei tratti differenziali tra la famiglia *de jure* e quella *de facto* nella maggiore stabilità (e quindi, per così dire, “serietà di intenti” sulla prosecuzione del rapporto) della prima rispetto alla seconda, carattere che è peraltro – a tacere di ulteriori considerazioni – del tutto venuto meno con l'introduzione dell'istituto del divorzio.

<sup>30</sup> Si veda, per la segnalazione di “nodi” della materia che devono formare oggetto di imprescindibile valutazione (dal valore in sé della idea stessa di codificazione ai limiti della sua impronta liberal-borghese, dalle diverse tecniche codificatorie alle tendenze alla “decodificazione” e alla prevalenza di legislazione speciale e di settore nella disciplina dei rapporti interprivati e infine al rilievo di altre forze extragiuridiche nella regolazione dei rapporti di convivenza umana), l'illuminante e problematica sintesi storico-critica di P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 1991, spec. 11 ss., 44 ss., 62 ss., 86 ss., 240 ss.

<sup>31</sup> F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XII ed., Napoli, 1986, 809, che cita sull'immaturità sociale E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà giuridica di Macerata*, 1966, 7 ss. Il corsivo è testuale.

“Ordine pubblico”, “buona fede”<sup>32</sup>, “buon costume” e altri simili sintagmi<sup>33</sup> sono, come noto, “clausole generali”, cioè strumenti di deliberata e saggia “apertura” (si parla appunto in genere, presso i Te-

<sup>32</sup> Sul punto può esemplificativamente vedersi, per una recente indagine interordinamentale ad ampio spettro, I. MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in [www.comparazioneediritto.civile.it](http://www.comparazioneediritto.civile.it).

<sup>33</sup> Potrebbe apparire singolare la notizia *Ansa* del 12 agosto 2014, che si riporta testualmente di seguito, indice di un mutamento che la cultura antropologica corrente (orientata ad essere “politicamente corretta”) prova ad imporre a formule tradizionali del linguaggio giuridico: «L’espressione “buon padre di famiglia” è scomparsa dal Codice civile francese. La formula, che era utilizzata in diversi articoli per indicare il comportamento di una persona attenta e prudente (per esempio riguardo all’affitto di un bene dello Stato), è stata infatti giudicata ormai “obsoleta” e soprattutto “sessista”. D’ora in poi si parlerà di comportamento “ragionevole” o di persona che si comporta “in modo ragionevole”». In realtà, i *gender studies* mettono da tempo in luce le pratiche discriminatorie e “ideologiche” dissimulate attraverso l’uso di un linguaggio apparentemente neutro. Fece a suo tempo molto discutere il pionieristico volumetto di A. SABATINI (con M. MARIANI, E. BILLI, A. SANTANGELO), *Il sessismo nella lingua italiana*, edito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1987. Più specificamente, sui nessi tra genere, diritto e linguaggio e la necessità di adottare un vocabolario giuridico pro-egualitario, si veda già M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario*, in UNED, *Revista de Derecho Político*, 73, 2008, 71 ss. Di recente, per panorami di riflessioni italiane che contengono anche ricche indicazioni bibliografiche e webliografiche, F. BARONCELLI, *Il linguaggio non offending come strategia di tolleranza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIV, 1994, 11 ss.; D. CENCI, *Linguaggio e discriminazione. I compiti delle istituzioni forensi*, in *Diritto e formazione*, 3, 2011, 455 ss.; S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Alessandria, 2013; S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2014. Sulla necessità che in materia di diritto di famiglia si realizzi un’integrazione anche di linguaggio (oltretutto di approcci tecnico-culturali di ordinamenti diversi quanto a soluzioni dei medesimi problemi, di cui il primo è mediatore e sul rilievo, quindi, del diritto comparato, nonché dell’importanza che la traduzione linguistica sia affidata ad un operatore consapevole), richiama in particolare l’attenzione S. PATTI, *Un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: il diritto della famiglia*, relazione al seminario di studi *Verso un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: lingue, significati, categorie*, Padova 13-15 dicembre 2007, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2, 2008, 103 ss. Il diffondersi di questa sensibilità anche semantica tra i giuristi (si vedano ad esempio R. SACCO, *Lingua e diritto*, trad. it., in *Ars interpretandi*, 5, 2000, 119 ss. e il bel volume collettaneo di G. GARZONE, F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari*, Milano, 2008, in cui il saggio di D. ANTELMINI, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, offre in particolare – assieme ad opportuni chiarimenti teorici e rinvii bibliografici – anche alcuni appropriati esempi comparati di metaforizzazioni e “scivolamenti”, con intenti di attenuazione fenomenica, del legislatore in tema di impiego di nozioni rilevanti in bioetica, da “eutanasia” a “procreazione”) è un’ulteriore prova delle tensioni che – nella materia qui indagata – assediano la “tradizione”, concetto (lo stesso non a caso richiamato da C. cost., sent. n. 138/2010, di cui sopra nel presente lavoro, in funzione di limite al mutamento nell’interpretazione del paradigma costituzionale del matrimonio), che è in realtà artificiale e manipolabile a fini di potere di gruppo e di legittimazione sociale. Interessanti osservazioni in questa direzione sono quelle di I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (11 luglio 2008) (tema poi sviluppato con maggiore ampiezza di svolgimenti in Id., *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l’art. 29 della Costituzione*, Torino, 2012), di I. RUGGIU, *L’argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010*, cit., 161 ss. e di L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: alcuni profili linguistici di interesse giuridico*, ivi, 207 ss. Su una tematica, infine, connessa e cioè per un quadro complessivo recente delle repressioni penali dei comportamenti omofobici che, se penalmente sanzionati, vengono qualificati, con espressione anglosassone, *hate crimes* (che comprendono al loro interno anche l’*hate speech*), ossia quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all’*orientamento sessuale*,

deschi, di *Veltibegriffen*, concetti-valvola) di un ordinamento giuridico altrimenti del tutto – e oggi insostenibilmente – auto-referenziale e chiuso agli impulsi che provengono dalla realtà etico-sociale, attraverso l'etero-integrazione creativa (quand'anche non solo non si dica tale, ma anzi occulti tale carattere) del giudice, che ricorre – autorizzato dal legislatore – a simili canoni valutativi del fatto per attenuare la rigidità dell'ordito normativo<sup>34</sup>.

Tanto ricordato sul piano delle premesse teoriche, il punto in comune tra la condizione eterosessuale e quella omosessuale va in realtà ritrovato “saltando di livello”, per così dire, nella gerarchia delle fonti e dunque innanzitutto a partire dal combinato disposto degli assunti di principio della Carta costituzionale: l'art. 2 («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale») e l'art. 3, comma 1 («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali di fronte alla legge, senza distinzione di sesso», interpretato evolutivamente, alla luce della normazione comunitaria, come attuale necessaria indistinguibilità di fronte alla legge di opzioni motivate dal genere e dall'orientamento sessuale).

In tale chiave vanno allora riconsiderati i bisogni di vita che a partire da questa omologazione in dignità, funzionale all'autonomo sviluppo della personalità individuale di ciascuno<sup>35</sup>, si deducono: ad esempio quelli abitativi, di salute, assistenziali e previdenziali, ma anche e forse innanzitutto di mutuo accudimento e – profilo ancora più controverso – quelli di proiezione futura del progetto di convivenza, attraverso l'affidamento di minori, la filiazione naturale – sia pure ottenuta con strumenti tecnologici – o l'adozione (sul punto si veda brevemente oltre).

---

all'*identità di genere*”, si veda L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 novembre 2012 (gli ultimi due corsivi sono nostri). Ulteriori, recenti contributi che consentono una valutazione complessiva del dibattito sull'*hate speech* in generale (benché in riferimento ad un ambito materiale estraneo, sebbene contiguo, a quello del presente lavoro) e sugli atteggiamenti in proposito del diritto – attesa la delicatezza della questione, per la necessità di distinguere tra comportamenti in danno dell'altrui e manifestazioni (seppure discutibili sul piano del costume) di pensiero – sono quelli di R.C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, e ivi anche spec. P. TANZARELLA, *L'hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 151 ss.; G. ABBADESSA, *Tutela penale dalla discriminazione e diritto penale discriminatorio: casi e problemi*, 181 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, 196 ss..

<sup>34</sup> Per un'analisi recente e il ricco esame del confronto dottrinale in argomento, si veda V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010 e già prima Id., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, VII, 1, 2006, 1 ss. Nel giudizio del prefatore del volume, A. GENTILI, XV, «Il prezzo di questa tecnica è ovviamente l'ampio spazio di decisione così lasciato al giudice. Ma anche questo rovescio è a suo modo una medaglia, perché in un mondo moderno in cui la legge è spesso compromesso, e il compromesso difficile, la soluzione verbale inaugurata con la clausola generale consente quegli aggiustamenti caso per caso che possono favorire l'equilibrio degli interessi, e quindi la coesione sociale», in tal modo rendendo ragione teorica delle osservazioni che aprono il presente lavoro.

<sup>35</sup> Sia permesso di rinviare, per sviluppi di queste considerazioni, a S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*, in *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 52 ss; il nesso tra «dignità... causa dell'uguaglianza e presupposto di libertà», nel senso che «le persone sono uguali perché condividono una medesima natura, la condizione umana, che trova espressione giuridica nella dignità» è argomentato da ultimo in C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013 (le citazioni rispettivamente a pag. 237 e 243).

Qui sta dunque la linea di frattura rispetto alla sistemazione codicistica della nozione di famiglia, che è quella «fondata sul matrimonio» eterosessuale, di cui all'art. 29 della Costituzione, che infatti pochi anni dopo ne riprendeva l'architettura, ma che oggi va inquadrata in un "contenitore" più ampio, in cui sono ricomprese sia tale forma risalente, sia – quali altre specie rilevanti di unioni umane – quelle etero od omosessuali legittimabili in base all'art. 2, altrettante manifestazioni degli interessi della comunità elementare interpersonale che la costituisce e dei singoli soggetti che ne fanno parte, secondo una linea – argomentativa che ha determinato la necessaria rilettura conformatrice dell'assetto ricevuto dalla tradizione da parte della dottrina e della giurisprudenza più sensibili (e ormai invero diffuse, cioè tanto vetero-continentali, quanto nazionali<sup>36</sup>).

La sentenza n. 138/2010 della nostra Corte costituzionale fu in proposito molto cauta. Chi scrive osservò appunto a suo commento nell'immediatezza della decisione, se è permesso ricordarlo, che si trattava peraltro di «una sentenza (...) prudente, che tiene conto di una certa e classica tradizione storico-culturale, ma che al tempo stesso non è per nulla "chiusa", come ad una prima e superficiale lettura potrebbe sembrare e che soprattutto, ne sono convinto, non sarà l'ultima pronuncia della giustizia costituzionale in argomento. Essa non fa calare una pietra tombale, insomma, su una discussione che merita di essere proseguita: a partire da qui, piuttosto, il cammino inizia oggi. La strada si apre, non viene affatto sbarrata»<sup>37</sup>.

«*Nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. – si legge in essa alla fine del paragrafo 8 del "Considerato in diritto" – spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità (che non vuol dire beninteso omissione o rinvio ad libitum del necessario intervento, è appena da precisare, come la successiva sentenza n. 170/2014 ha poi ben ribadito chiarito, di fronte alla permanente "svagatezza" del legislatore, n.d.a.) individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, (tuttavia, n.d.a.) restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».*

<sup>36</sup> Si veda – per una rassegna analitica recente delle tendenze di mutamento giurisprudenziale in materia – R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, relazione all'incontro di studi *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania, 29 maggio 2014, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it). Una vigorosa difesa del punto di vista tradizionale sulla necessaria alterità sessuale di coppia e del suo fondamento su vincoli religiosi e/o sul prevalente sentimento sociale come presupposto naturalistico – e quindi esso solo giuridicamente riconoscibile – della famiglia (espressione perciò non ampliabile, secondo l'A., a comprendervi tipi diversi di convivenze e di unioni) è in G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali: un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, spec. 156 ss.

<sup>37</sup> S. PRISCO, intervento alla tavola rotonda, in *"Amore che vieni, amore che vai"...* *Giurisprudenza costituzionale e unioni omosessuali*, cit., XXVI: il volume è stato edito due anni dopo, ma il seminario che ne raccoglie gli atti fu organizzato e tenuto a poco più di un mese dalla pronuncia. Un riconoscimento in tale senso viene del resto anche da V. PETRI, *Discriminazioni in base all'orientamento sessuale (matrimonio e convivenza). Il diritto fondamentale non giustiziabile*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (27 giugno 2011=, che pure taccia di "reazionaria" la decisione, comparandola nello specifico alla coeva evoluzione in materia dell'ordinamento spagnolo.



L'evoluzione giurisprudenziale successiva sembra dare ragione all'impressione di allora di una diga malcerta, che invece di chiudere le paratie apriva piuttosto la via all'alluvione che si è successivamente constatata.

La domanda che un giuspubblicista si pone allora, di fronte all'evidente pluriformità oggi dovunque osservabile – quantomeno nell'Occidente euro-americano – dei modelli antropologici di famiglia, intesa nel suo senso più largo e necessariamente generico di formazione sociale composta da individui spontaneamente unitisi su base affettivo-solidaristica e con intenti di durata del rapporto, è se lo scopo di una protezione patrimonialistica del convivente legato da un sodalizio affettivo tendenzialmente stabile (nei limiti, ovviamente, della speranza di durata nel tempo che qualsivoglia relazione umana assume) – etero od omosessuale che esso sia – possa venire protetto anche nelle forme di cui si sta discutendo in questo paragrafo, giacché ritenuto «meritevole di tutela».

La dottrina civilistica ha osservato che dal 1942 ad oggi una sola sentenza avrebbe dichiarato un contratto atipico lecito, ma immeritevole di tutela<sup>38</sup>. E un grande comparatista<sup>39</sup> rileva che «la giurisprudenza (...) non ha ancora trovato l'occasione per trovare nullo un contratto *ex art. 1322*; e, se ha avventurosamente invocato l'articolo, lo ha adoperato come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, o altrimenti viziati».

Il punto è dunque se un comportamento ormai mediamente diffuso e socialmente in via di sempre più larga accettazione (o – direbbe Betti – di *maturazione*: s'intende riferirsi alla convivenza omosessuale, della quale qui si tratta; *a fortiori* l'osservazione varrebbe del resto per quella eterosessuale o *more uxorio*, sulla quale si è appunto formata la giurisprudenza ormai risalente che prima si ricordava) sia «immeritevole di tutela» (questo è il limite di ammissibilità dei contratti atipici, in base all'art. 1322, comma 2, c.c., sopra richiamato), per inidoneità «dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di una tipizzazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera tipizzazione di schemi»<sup>40</sup>, o meglio – almeno in questo caso – perché questa tipizzazione trova invece insuperabili “limiti” legali di liceità della causa (per contrarietà al buon costume e /o all'ordine pubblico, come si esprime l'art. 1343 c.c., atteso che il tipo astratto “matrimonio” esiste, ma ne è impossibile in concreto la percorribilità giuridica nel nostro ordinamento – non però secondo concetto, tant'è che altri ordinamenti la riconoscono – per identità sessuale dei nubendi, onde deve esplorarsi la praticabilità di altra forma giuridica per soddisfare l'interesse da proteggere).

La risposta – per quanto riguarda chi scrive – è proprio nella fluida dinamica dei rapporti sociali, prima per motivi di un costume che per sua natura stessa si sviluppa, anche in ragione delle possibilità scientifiche e tecnologiche, non restando cioè mai identico a se stesso e poi del diritto che il mutamento non può che registrare, il che fa sì che *già oggi* la giurisprudenza costituzionale e, in una fase ancora iniziale, ma progredente, quella di legittimità e di merito riconoscano legittimità sostanziale alla convivenza anche omosessuale: non solo esse non la criminalizzano, ma la prima ritiene ormai

<sup>38</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. Civ.*, II, 2006, 165 ss. L'A. cita App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, II, 1971, 81, peraltro cassata da Cass. 2 luglio 1975, n. 2578 (in *Temi*, 1977, 133).

<sup>39</sup> R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 850.

<sup>40</sup> Così, per la definizione generale, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., 816.

addirittura inammissibilmente ritardatario – come si è prima ricordato – il legislatore che non la tuteli in una qualche forma, sia pure restando nella sua discrezionalità il non ricondurla al matrimonio<sup>41</sup>.

## 7. Cenni al dibattito sull'irrelevanza dell'orientamento sessuale per l'affidamento dei figli e sull'omogenitorialità

Quanto all'omogenitorialità, il dibattito in materia è in Italia agli inizi, rispetto al panorama straniero, benché non possa dirsi nemmeno da noi inesplorato da un'agguerrita e ormai abbastanza ampia dottrina<sup>42</sup>, ove lo si paragoni allo sviluppo risalente formatosi a proposito del necessario, preliminare riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, tema in ordine al quale è lungo (benché finora inconcludente) l'elenco dei disegni di legge presentati finora<sup>43</sup>.

Si discute tra gli esperti della opportunità o meno di aprire tale possibilità a coppie omofile, ai fini dell'equilibrio psicologico e del corretto sviluppo della prole, che secondo i più si gioverebbe piuttosto di una coppia genitoriale "classica", conclusione però oppugnata da altri.

In assenza di una soluzione legislativa al riguardo – riferita a una filiazione naturale e al successivo ingresso del bambino o della bambina in una siffatta unione familiare, o ad un'adozione – diversamente da quanto accade in taluni ordinamenti<sup>44</sup>, può peraltro dirsi che la giurisprudenza italiana di merito

<sup>41</sup> Come è stato osservato cioè da R. ROMBOLI, nell'Introduzione al dibattito a più voci, *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela de convivenze omosessuali in Italia*, in *Foro It*, V, 2005, 256 ss., non si tratta quindi di affermare che si è in presenza di una discriminazione perché i due modelli siano equiparabili, nel senso di affermare che essa c'è se non è riconosciuto il matrimonio ad entrambi i tipi di unione, ma di chiedersi semmai perché diritti riconosciuti alla coppia coniugata secondo il paradigma eterosessuale non possano in ipotesi estendersi – in ragione dei valori costituzionali prevalenti – a coppie del medesimo sesso, da ritenere appunto (alla stregua del diritto vivente) meritevoli di tutela.

<sup>42</sup> Agli AA. citati alle note che seguono, in ragione della specificità dei richiami, possono premettersi in generale R. BOSISIO, A. VINCENTI, *We are family! Fare ricerca sulle famiglie omoparentali*, in *Unioni e matrimonî same-sex...*, cit., 231 ss.; A. LORENZETTI, *Filiazione e omogenitorialità: necessità di trattamento omogeneo o persistenza del paradigma eterosessuale?*, ivi, 241 ss.; A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 193 ss; M. SAPORITI, *Omogenitorialità, famiglia e "mero pregiudizio"*, in *Ragion Pratica*, 1, 2014, 247 ss.

<sup>43</sup> Testi e relazioni delle proposte di legge presentate sul tema a partire dalla XIV Legislatura sono reperibili nel sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (per un commento ormai risalente su taluni progetti, aggiornato all'epoca, si può leggere S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 12 settembre 2008), ove si può leggere anche l'articolato presentato al Senato della Repubblica, in seconda Commissione (Giustizia), in data 2 luglio 2014 e quale testo unificato delle proposte di legge pendenti nella XVII Legislatura su *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, dalla relatrice in materia, sen Cirinnà, del Partito Democratico. Il testo tiene conto dello stato del dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano – quale si è cercato di riepilogare nel presente lavoro – ma esplicitamente escludendo l'adozione da parte di coppia omogenitoriale.

<sup>44</sup> Per un esempio recente, M.M. WINKLER, *Omogenitorialità e non discriminazione. Nota a margine della sentenza della Corte Suprema dell'Iowa del 3 maggio 2013 nel caso Gartner v. Iowa Department of Public Health*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 4 luglio 2013, cui vanno almeno aggiunti i richiami di giurisprudenza Corte EDU (spec. a partire dall'emblematico caso *Salgueiro da Silva Mouta versus Portugal*, 21 dicembre 1999, su ricorso n. 33290/96) e straniera, nonché di legislazione e giurisprudenziali già presenti in G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, Relazione al convegno *Rapporto di filiazione e omosessualità*, organizzato dall'associazione *Avvocatura per i diritti LGBT*, Roma 27-28 novembre 2009, disponibile all'indirizzo internet

– e ormai anche quella della Corte di Cassazione – è comunque orientata a non ritenere rilevante la circostanza dell'orientamento sessuale, nei casi di affidamento di figli minori, anche in via esclusiva (in genere le controversie erano nate dalla censura relativa alla presenza di un orientamento omosessuale manifestatosi in un genitore già co-affidatario, dopo una separazione legale o di atteggiamenti dichiaratamente omofobi di un genitore e, in un caso, dal conflitto tra due donne, prima affettivamente legate e poi separate, in ordine al diritto di visita dell'una ai figli biologici dell'altra), dovendosi semmai valutare la capacità educativa e di relazione del genitore o della genitrice rispetto all'equilibrio psicologico dei figli e al loro benessere complessivo, essendo insomma essenziale tenere conto del primario interesse di questi ultimi<sup>45</sup>.

Il “cavallo di Troia” per una più ampia soluzione, di tipo normativo, potrà in ipotesi essere (e del resto può diventare attraverso il ricorso a tale tecnica un *leading case* anche quello – oggetto della sent. n. 170/2014 prima richiamata – della coppia divenuta di componenti del medesimo sesso dopo il matrimonio, in ragione della transessualità del marito, di cui occorre – secondo la Corte costituzionale – non trascurare il riconoscimento giuridico del pregresso “vissuto”) la necessità di provvedere al superiore interesse di figli già oggi inseriti in unioni parentali affettive non tradizionali<sup>46</sup>, a meno che non

---

[http://giacomooberto.com/roma\\_28\\_11\\_09/crisi\\_genitori\\_omosessuali.htm](http://giacomooberto.com/roma_28_11_09/crisi_genitori_omosessuali.htm) (ultima consultazione 27 ottobre 2014), indi anche quelli che si leggono in J. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali*, Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, 676 ss., in M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *op. e loc. cit.* e in D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti* (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013), in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (25 novembre 2013). Per una ulteriore, recente decisione della Corte EDU in termini sul caso *X e altri contro Austria*, ricorso n. 19010/2007, si veda a commento A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (15 marzo 2013).

<sup>45</sup> Commenti e rassegne puntuali della casistica sono, in generale, in D. AMRAM, *Corte di Cassazione e giurisprudenza di merito: alla ricerca di un contenuto per l'interesse superiore del minore*, nota a Cass. civ., Sez. I, sent. 18 giugno 2008, n. 16593, in *Famiglia e Diritto*, 12, 2008, 1106, ss. e – per le problematiche specifiche dell'omogenitorialità – in F. BILOTTA, *Una decisione contraddistinta da un profondo rispetto per l'interesse del minore*, nota a Trib. Min. Milano, 2 novembre 2007, in *Famiglia e minori*, 3, 2008, 88 s.; ancora in D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti*, cit.; in A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (18 dicembre 2013) (questo punto è sviluppato come *trait-d'union* tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* sotto il profilo di una lettura evolutiva della famiglia in “*Strane*” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, comunicazione al convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)) e da ultimo (anche in tale caso con un riepilogo generale sull'evoluzione europea dell'istituto matrimoniale e dell'evoluzione di taluni ordinamenti a proposito della nozione di famiglia) in I. GRIMALDI, *Affido dei minori a coppie gay e lesbiche: le recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (4 maggio 2014).

<sup>46</sup> Il più recente provvedimento in tale senso è la sentenza del Tribunale dei Minori di Roma n. 299/2014 (se ne legga il testo in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è “sana e meritevole di essere riconosciuta”*), che ha riconosciuto – in una coppia di omosessuali di sesso femminile, prima conviventi e poi anche coniugate in Spagna (ma il cui matrimonio non può allo stato, per quasi unanime giurisprudenza, essere riconosciuto come tale in Italia nemmeno come unione registrata, come si evince da quanto ricordato sopra nel testo) – il diritto all'adozione da parte della madre non biologica della bambina della quale l'altra era diventata per comune decisione madre con fecondazione assistita, con una pronuncia che ha già suscitato ampio dibattito di stampa (si segnala qui, tra i molti, il dibattito sul *Mattino* del 30 agosto 2014 tra M. ADINOLFI, *È un segno del progresso* e A. BARBANO, *No, è una doppia trappola*, in cui le contrapposte posizioni vengono argomentate

continui la tendenza italiana a lasciare prevalenza – in un modo che rivela peraltro sempre di più la sua palese inadeguatezza regolatoria – alla specificità della soluzione giudiziale puntuale, di volta in volta ottenuta, in applicazione diretta di regole pretorie dedotte da principî costituzionali senza – o con snella e “a maglie larghe” – mediazione legislativa di supporto.

Nuove ed urgenti leggi in materia dovrebbero procedere in ogni caso dall’acquisita consapevolezza che l’evoluzione tecnico-scientifica rende oggi possibile una pluralizzazione di figure e ruoli genitoriali (sui piani genetico, biologico, sociale), con dissociazione dei singoli profili, in precedenza uniti e riferiti ad una coppia genitoriale tradizionale, con presunzione codicistico-legislativa di loro coincidenza<sup>47</sup>.

---

approfonditamente e con chiarezza). Il Tribunale ha disposto in tale senso (*ex art. 44, lettera d, l. n. 184/1983, come modificata dalla legge n. 149/2001*) «nel superiore interesse» della bambina medesima, ben socializzata all’interno di tale unione («socievole e serena», nonché «accettata dai compagni con spontaneità», secondo i rapporti dell’assistente sociale), con effetto pratico che richiama l’istituto della *stepchild adoption* dell’ordinamento inglese (e di altri vetero-continentali), cioè, letteralmente, la «adozione del figliastro». Il medesimo sito web citato riferisce di una sentenza analoga della Corte costituzionale colombiana (assunta con voti di dissenso), rinviando al sito del giornale *El Tiempo* del 28 agosto 2014. Il punto essenziale, come virgolettato, della decisione è che «se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo del progenitor, con el que comparte la crianza, cuidado y manutención del menor» (si tratta anche in tale fattispecie del caso di un’adozione indiretta, in una coppia femminile omosessuale, da parte della compagna della madre biologica di due bambine).

<sup>47</sup> Tale è infatti l’assunto testualmente affermato, tra gli altri rilevanti, nella motivazione, che può leggersi – tra le molte fonti *web* accreditate – in [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com) e in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), dell’ordinanza 8 agosto 2014 del Tribunale civile di Roma, I civ., est. Albano, su ricorso n. 50935/2014, *ex art. 700 c. p. c.*, nel noto caso della procreazione medicalmente assistita (*pma*) cd. «doppia eterologa per errore»: «Il rapporto di filiazione ed il conseguente “diritto all’identità personale” si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall’appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche al rilievo “rivoluzionario” delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali; “la madre genetica” (la donna cui risale l’ovocita fecondato), “la madre biologica” (colei che ha condotto la gestazione), e la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il padre genetico ed il padre sociale. Figure che possono anche di fatto non coincidere. Mentre il concetto di famiglia si è andato, dal canto suo, sempre più sganciando dal dato biologico e genetico degli appartenenti, venendo concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo; d’altra parte millenaria filosofia dell’uomo ha identificato nella famiglia l’archetipo della comunità sociale». Precisa al riguardo un altro punto centrale nella motivazione della medesima ordinanza: «Se è vero che la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti, ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti». Prima di questa pronuncia cautelare, interrogativi di non trascurabile peso, in proposito, erano stati peraltro avanzati in via astratta da S. AGOSTA, *Tra paradigma biologico ed affettivo: il divieto di fecondazione eterologa sul filo del rasoio di Ockham*, rielaborazione di una comunicazione al Convegno *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania, 7-8 giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) e – più recentemente ed in riferimento al caso – da A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in *Confronti Costituzionali*, [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu) (5 maggio 2014).