

BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

Vol. 2 2/2016

CALL FOR PAPERS || Maternità surrogata
FOCUS ON || Corte cost. sent. n. 84/2016
ESSAYS || PMA, ricerca genetica, autismo...

The online Journal about law and life sciences

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 Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Henneville-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.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

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, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta.

Email: biodiritto@gmail.org
Website: 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.

June 2016

ISSN 2284-4503

© Copyright 2016



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, 5th 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. 2/2016

Table of contents

| | |
|--|-----|
| Editoriale. Maternità surrogata: ragioni di una riflessione | 1 |
| <i>Roberto Bin</i> | |
| CALL FOR PAPERS | |
| ISSUES ABOUT SURROGACY – LA GESTAZIONE PER ALTRI | |
| Accertamento della maternità nella gestazione per altri | 7 |
| <i>Stefania Stefanelli</i> | |
| La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici | 39 |
| <i>Bartolo Salone</i> | |
| The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour | 73 |
| <i>Lorenzo Del Savio, Giulia Cavaliere</i> | |
| Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista | 93 |
| <i>Susanna Pozzolo</i> | |
| Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore | 111 |
| <i>Barbara Sgorbati</i> | |
| La gestazione per altri: prospettive di diritto interno | 131 |
| <i>Alessia Valongo</i> | |
| FOCUS ON – CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 84/2016 | |
| Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016 | 157 |
| <i>Carlo Casonato</i> | |
| La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione | 171 |
| <i>Marilisa D’Amico</i> | |
| La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale | 183 |
| <i>Maria Pia Iadicicco</i> | |

| | |
|---|-----|
| In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell’embrione | 197 |
| <i>Valeria Marzocco</i> | |
| Il diritto e l’embrione come soggetto di narrazioni | 209 |
| <i>Salvatore Prisco</i> | |
| Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla <i>prudencia</i>? .. | 223 |
| <i>Giovanna Razzano</i> | |
| Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca) | 245 |
| <i>Antonio Ruggeri</i> | |
| Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016) | 253 |
| <i>Antonino Spadaro</i> | |
| ESSAYS – SAGGI | |
| Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU | 271 |
| <i>Gianni Baldini</i> | |
| Scambio di embrioni, genitorialità e <i>status filiationis</i>: tra verità genetica e appartenenza biologica | 289 |
| <i>Leonora Luzi, Chiara Centola, Mariassunta Crusco</i> | |
| Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal <i>Genetic Information Nondiscrimination Act</i> | 301 |
| <i>Elisa Spiller</i> | |
| Il diritto e l’autismo: osservazioni alla legge n. 134/2015 | 321 |
| <i>Michele Tempesta</i> | |
| Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento | 345 |
| <i>Elena Mancini</i> | |
| Conflicto entre equipo médico y padres en decisiones de limitación de esfuerzo terapéutico que afectan a menores de edad (el caso de Andrea L.O.) | 359 |
| <i>Jesús M^a García Blanco, Fernando Rey Martínez</i> | |
| Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino | 379 |
| <i>Mariana Rodriguez Iturburu</i> | |

PERSPECTIVES – PROSPETTIVE

- Nutrizione artificiale e dichiarazioni anticipate di trattamento.
Per l'elaborazione di un glossario comune e condiviso** 405
Davide Mazzon, Lucia Busatta

COMMENTARIES – NOTE E COMMENTI

- Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto
di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla deci-
sione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia) ...** 417
Benedetta Liberali
- “And makes us rather bear those ills we have?”
L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile
(Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/2015)** 433
Lucilla Conte

Maternità surrogata: ragioni di una riflessione

Roberto Bin

La maternità surrogata – *l'utero in affitto*, come viene chiamata nel linguaggio giornalistico – è divenuta uno dei temi più presanti posti all'attenzione dell'etica e del diritto. Di recente, in Italia, l'accesa polemica sulle unioni civili e la c.d. *step-child adoption* ha coinvolto il legislatore, i movimenti politici e l'opinione pubblica in un dibattito che in precedenza si era svolto essenzialmente nelle pagine delle riviste giuridiche e di bioetica di tutto il mondo, ma si era già affacciato nelle aule giudiziarie.

Come spesso accade con i temi giuridici e etici legati all'inizio e alla fine della vita, le questioni attuali sono strettamente connesse alle possibilità inedite fornite dallo sviluppo della tecnologia. Senza gli strumenti offerti dalla tecnica della manipolazione dell'ovulo e della fecondazione artificiale, la questione della *surrogacy* non si sarebbe imposta all'attenzione mondiale. Le tecnologie attuali non hanno però "creato" il problema, hanno solo (enormemente) accentuato la rilevanza di un problema che è davvero vecchio quanto il mondo. Già questo dovrebbe dissuadere chi lo vorrebbe accantonare o risolvere con poche e definitive parole.

In primo luogo, il "bisogno di genitorialità" (e il relativo diritto, che trasforma il bisogno in una pretesa giuridicamente tutelata) non è figlio della società dei consumi e della conseguente mercificazione della vita e dei suoi misteri, come troppo spesso si è portati a credere; e non è neppure l'emblema dell'epoca dei diritti umani in cui qualsiasi desiderio, compreso il "diritto di avere un figlio" vorrebbe ottenere cittadinanza. Il racconto biblico di Abramo e della moglie Sara ne è la riprova, perché mette in luce parecchi profili che

oggi riemergono in tutta la loro evidenza problematica.

Sara era bellissima ma sterile, e la sterilità la viveva – come ancora adesso spesso capita – come una colpa. Sara opta per una soluzione allora abbastanza usuale. Dice ad Abramo: «unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli» (*Genesi*, 16:2), invito che Abramo accolse con pieno successo. Vi sono alcuni primi elementi che meritano di essere segnalati: vi è consenso dei genitori, sia di quello "biologico" (Abramo) che di Sara, la madre surrogata; la surrogante (Agar, un'egizia), è in posizione di sottomissione (giuridica), essendo una schiava, e quindi nulla vien detto della sua volontà. Ma la schiava insuperbisce e rifiuta il rapporto di sottomissione: «quando essa si accorse di essere incinta, la sua padrona non contò più nulla per lei» (16:4). Sara protesta e chiede ad Abramo di ripristinare i ruoli legali (la sua supremazia rispetto alla schiava) e quelli genitoriali: Abramo li ripristina, e Sara riassume l'esercizio del suo potere nei confronti della schiava; ma «la maltrattò tanto che quella si allontanò». Ma si allontanò con il figlio, ancora in grembo: siamo all'ipotesi della madre biologica che rifiuta di consegnare il figlio, il prodotto della *surrogacy*. Intervenne dunque la Legge, nei panni dell'Angelo, che ordina a Agar «ritorna dalla tua padrona e restale sottomessa» (16:9). Ecco l'ordine giuridico ristabilito: ma non tutto è risolto. Abramo non si sente perfettamente realizzato nella sua discendenza: in fondo il figlio di Agar, Ismaele, discende da un'egizia, e lo stesso Angelo lo definisce un onagro, un asino selvatico. Questa differenza ontologica minaccia da indebolire la trasmissione ereditaria della *leadership* e, in fondo, la stessa prospettiva di grande discendenza promessagli da Dio, numerosa "come le stelle del cielo e come la sabbia che è sul lido del mare" (22:17). E allora è il Signore stesso a indicare la strada per ripianare ogni differenza *giuridica* tra i

figli: la circoncisione sarà lo strumento che accomuna tutti i maschi e segnerà l'alleanza di tutti i popoli discendenti da Abramo con Dio. «Sarà circonciso tra di voi ogni maschio di generazione in generazione, tanto quello nato in casa come quello *comperato con denaro da qualunque straniero* che non sia della tua stirpe» (17:12). La circoncisione fissa l'appartenenza al nucleo sociale e assicura l'eliminazione delle discriminazioni giuridiche tra i figli, quale ne sia la nascita.

Ma contemporaneamente il Signore dona ad Abramo, ormai centenario, e a Sara (già novantenne) il miracolo di una procreazione "naturale". Il figlio, Isacco, crebbe giocando e scherzando con il fratello. Ma a Sara non piaceva affatto che suo figlio naturale continuasse ad essere posto sullo stesso piano del figlio surrogato, e chiese perciò ad Abramo di scacciare la schiava e suo figlio, «perché il figlio di questa schiava non deve essere erede con mio figlio Isacco» (*Genesi*, 21:10). La cosa spiacque molto ad Abramo, che ormai a Ismaele si era affezionato. Fu ancora l'Angelo a sistemare il problema: Agar se ne andò con il figlio Ismaele, ricevendo la promessa di una dinastia imponente, che altro non è che la stirpe araba. Una piccola notazione ambientale, che potrebbe socchiudere un orizzonte: tutto ciò accadeva in vista della città di Sodoma, ai tempi della sua distruzione.

Già questa tradizionale forma di maternità surrogata, ben conosciuta sin dalla antichità, fa scorgere la complessità di rapporti che sorgono in sua conseguenza. Ci sono profili etici (che però nel caso di Abramo sono stati risolti al livello più alto) e profili giuridici: rapporti con la madre biologica, riconoscimento giuridico del figlio da essa generato, parità con gli altri figli del padre biologico, capacità ereditaria, legittimazione sociale (perché un onagro che «abiterà nella presenza di tutti i suoi fratelli»¹ e non un fratello come gli altri?).

¹ *Genesi*, 16:12.

Questo modo tradizionale di rispondere al problema della sterilità femminile (quello della sterilità maschile – sconosciuto in antichità – è stato sempre risolto per vie molto più spicce²) ha sempre dovuto fare i conti con grossi ostacoli anche nell'accettazione del figlio generato nella società e soprattutto nella famiglia: il "diavolio" dei parenti (che ebbe a conoscere anche la marchesa Chiara descritta da F. De Roberto ne *I Viceré*³), alimentato soprattutto dalle implicazioni patrimoniali; un po' di vergogna del padre per la paternità clandestina; le rigide barriere giuridiche che hanno lungamente munito il perimetro della famiglia legittima fondata sul matrimonio, fatte di divieti di disconoscimento del figlio da parte della madre naturale, limiti al riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio, distinzioni insuperabili tra filiazione legittima e illegittima.

Molti di questi ostacoli, specie quelli giuridici, sono oggi superati dal diritto di famiglia. Ma a complicare il quadro sono intervenute novità che un tempo non si ponevano: la fecondazione *in vitro* ha staccato la procreazione dal rapporto sessuale e quindi ha favorito la sua *commodification* (si veda il saggio di L. Del Savio e G. Cavaliere in questo fascicolo). Le pratiche di fecondazione medicalmente assistita moltiplicano i ruoli, perché si possono scindere e variamente combinare le figure della madre e del padre "sociale", della donna e dell'uomo che forniscono i gameti, della donna candidata a portare avanti la gravidanza. Sicché accanto all'ipotesi tradizionale della donna disposta a farsi fecondare (naturalmente o artifi-

² Cfr. R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterly*, in Quad. cost., 2002, 793 ss. Però, come è stato osservato (C.R. MOOS, J.S. BADEN, *Reconceiving Infertility. Biblical Perspectives on Procreation and Childlessness*, Princeton, 2015, 50 s.), l'infertilità maschile non era considerata nella Bibbia, perché confusa con l'impotenza maschile: per cui la disgrazia dell'infertilità era sempre attribuita alla donna.

³ Parte II, § 5.

cialmente) dal seme dell'uomo, futuro genitore sociale, portando avanti la gravidanza per conto della coppia sterile (c.d. gravidanza surrogata tradizionale), vi può essere l'ipotesi di una donna che accetta l'impianto di un ovulo già fecondato *in vitro* il cui materiale genetico le è totalmente estraneo (c.d. gravidanza surrogata gestionale). Sicché può accadere che i componenti della coppia sterile che chiede di essere surrogata siano entrambi genitori biologici del bambino, mentre la madre surrogante non avrà alcun rapporto biologico con lui; oppure che il padre sociale sia anche padre biologico, come lo fu Abramo con Ismaele, o lo sia la sola madre sociale; ma, siccome sperma e ovocita possono provenire entrambi da donatori estranei sia alla coppia sterile che alla madre surrogante, il panorama delle possibilità si arricchisce creando una notevole diversità di combinazioni. Chiamando semplicemente U (uomo) e D (donna) i membri della coppia che cerca la surrogazione (semplificando quindi una prospettiva assai più complessa, come mette in luce la prospettiva femminista qui proposta da S. Pozzolo), avremmo:

I. U che feconda artificialmente l'ovocita di D chiedendo la surrogazione dell'utero per ospitare l'embrione (c.d. surrogazione "gestionale" o "locazione di utero"): U e D risultano entrambi genitori biologici, la madre surrogante non ha rapporti biologici con il figlio;

II. U che feconda attraverso PMA l'ovocita donato da una donna terza chiedendo la surrogazione dell'utero per ospitare l'embrione: U e la terza donna risultano genitori biologici; né D né la madre surrogante hanno rapporti biologici con il figlio;

III. U che feconda (non importa come) la donna che si offre per la surrogazione (caso di Abramo, o surrogazione "tradizionale"): U e la donna surrogante risultano genitori biologici, D non ha rapporti biologici con il figlio "nato sulle sue ginoc-

chia" (secondo la magnifica espressione usata da Rachele in *Genesi* 30:3);

IV. embrione prodotto per fecondazione medicalmente assistita dell'ovulo di D con lo sperma proveniente da un terzo uomo donante, e impiantato nell'utero della donna surrogante: D e il terzo uomo risultano genitori biologici, mentre il figlio non avrà rapporti biologici né con U né con la madre surrogante;

V. embrione prodotto per fecondazione medicalmente assistita dell'ovulo di una donna terza con lo sperma proveniente da un terzo uomo donante, e impiantato nell'utero della donna surrogante: la terza donna e il terzo uomo risultano genitori biologici, mentre il figlio non avrà rapporti biologici né con U, né con D, né con la madre surrogante.

Naturalmente il quadro si complica ancora di più se introduciamo la variante delle coppie omosessuali: nel caso dell'omosessualità maschile potremmo avere una variante per tutte le ipotesi elencate, salvo la prima; nel caso dell'omosessualità femminile, solo le ultime due ipotesi (oltre ovviamente l'ipotesi più tradizionale, modello *Lady Chatterly*).

Resta fuori dall'elenco l'ipotesi per cui non vi sia nessuna surrogazione in senso proprio, ma semplicemente la coppia (etero o omo che sia) acquisti in qualche modo la genitorialità di un figlio concepito da un'altra coppia (com'è nel modello dell'*adozione*). Questa ipotesi, che tradizionalmente è già regolata con un più o meno elevato tasso di severità da ogni ordinamento giuridico, resta fuori dal nostro orizzonte, anche se il filo di distinzione che la separa dall'ipotesi V descritta in precedenza è davvero molto sottile.

Quello che è invece al centro dei nostri interessi (e perciò della *call*) può essere riassunto nel seguente quesito: posto che le 11 ipotesi sopra elencate (le 5 relative alle coppie eterosessuali, più le 6 per le coppie omosessuali) sono profon-

damente diverse (per esempio perché per alcune di esse esiste nella coppia almeno un genitore biologico, in altre no: v. in particolare, con riferimento alla giurisprudenza EDU, il saggio di B. Salone), sarebbe legittimo che ad esse si applicasse un unico regime giuridico, permissivo o restrittivo che sia (il problema se lo pongono B. Sgorbati e A. Valongo nei rispettivi saggi, qui pubblicati)? Probabilmente no: se situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso, la questione centrale è capire quali ipotesi vadano raggruppate nell'ambito di un regime o nell'altro, ossia dove deve passare il discrimine. È verosimile che ci siano ipotesi che possono aprire la strada al riconoscimento civile della genitorialità tramite istituti rapportabili alla adozione, ed altre che invece devono essere bandite e sanzionate attraverso restrizioni all'adozione o addirittura ricorrendo a sanzioni penali. Altri fenomeni potrebbero essere regolati invece da strumenti e deterrenti di tipo civilistico, di cui abbiamo un esempio nell'ordinamento italiano nel divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre nella legislazione sulla PMA (art. 9 della legge 40/2004).

Una seconda ragione per differenziare i regimi giuridici della *surrogacy* è individuata negli ordinamenti giuridici in base alla natura del rapporto negoziale che si instaura con la madre surrogante (sul punto si vedano in particolare i contributi di B. Sgorbati e di A. Valongo): se cioè la surrogazione sia concepita nel contesto di un "dono" gratuito che la madre surrogante fa alla coppia, o se sia un negozio a titolo oneroso, con una qualche forma di compenso economico per la donna che affitta il suo utero.

Il problema ha evidenti riflessi etici, ma dal punto di vista giuridico appare quasi impalpabile. Si tenga presente che *sempre* negli antecedenti storici la surrogazione si è compiuta in un contesto di *forte disuguaglianza e di dipendenza economica*

(così ancora il saggio di L. Del Savio e G. Cavaliere): così è stato per la schiava Agar, così per Rosa Schirano, la serva scelta dalla marchesa di Villardita ne *I Viceré*, così per tutte le altre imposizioni che le donne hanno dovuto subire nella nostra storia delle relazioni sociali collegate alla procreazione, alla nutrizione dei bambini, al loro affidamento. È sorprendente – almeno a mio modo di vedere – che alla *surrogacy* si guardi così spesso con occhio spietatamente critico, avvicinando il fenomeno ad altri sicuramente condannabili secondo la morale corrente, come la prostituzione o la vendita dei propri organi. La stessa adozione, che in genere è apprezzata come un gesto di generosità nei confronti di bambini sfortunati, confina talvolta con comportamenti così strettamente legati alla disuguaglianza e alla dipendenza economica da colorarsi delle tinte atroci della compravendita di minore. È di pochi anni fa il caso di un ginecologo del salernitano che aveva fatto da tramite tra una ragazza minorenni e una coppia benestante per la vendita di un neonato. Non è un caso che l'ordinamento giuridico cerchi di definire con attenzione i limiti che separano l'adozione dal *baby selling*, apprestando una cornice penale fatta dai reati di riduzione in schiavitù e tratta di persone (artt. 600, 601 e 602 c.p.), occultamento o alterazione dello stato di famiglia (art. 566 e 567 c.p.) e in materia di adozione (artt. 71 e 72, l. 184/1983). Ma per quanta attenzione possa prestare la legge, fenomeni di compravendita di bambini ci sono e certe forme di *surrogacy* possono prestarsi a mascherarle.

L'antico e tradizionale rapporto di balatico, che per secoli (quantomeno sin dal *Codice Hammurabi* § 194) è stato centrale nella cultura della famiglia economicamente agiata e in particolare di quella borghese del XIX e XX secolo (tanto da essere attentamente disciplinato a partire dal D.Lgt. 4 agosto 1918, n. 1395) presenta tratti di notevole affinità con la *surrogacy* (vedi però contro que-

sta affinità le osservazioni di B. Sgorbati in questo fascicolo). Benché fosse un rapporto pienamente accettato dalla morale corrente, esso si instaurava in un contesto di forte diseguaglianza sociale e di bisogno economico, era perciò basato su un negozio oneroso in cui la balia veniva tolta dalla propria famiglia e separata dal proprio figlio naturale per fungere da nutrice di un figlio altrui. Forse non sempre le vicende erano così atroci come quelle di Annicchia, la povera ragazza di cui Pirandello racconta le vicende in *La balia*, ma il mettere in affitto il corpo della donna per ottenere un vantaggio economico era pur sempre il tratto distintivo del rapporto. Le difficili relazioni psicologiche e affettive che nascevano tra madre e balia, balia e suo figlio biologico, bambino baliato e balia, e tra “fratelli di latte” sono stati così importanti da attrarre l’attenzione della letteratura e della poesia (si vedano le sofferte poesie dedicate alla balia da U. Saba nel *Canzoniere*). Esse segnano tracce straordinariamente simili a quelle che si formano nelle relazioni implicate nella surrogazione della maternità: eppure il giudizio etico e la disapprovazione giuridica non sono affatto comparabili, anzi sembrano stare su sponde opposte. Il rapporto di baliatico è sopravvissuto al fenomeno sociale nel vigente T.U. delle leggi sanitarie (art. 309-312), che ne disciplina i profili rilevanti per la sicurezza sanitaria del bambino. Mentre la riflessione sulla surrogazione disconosce questi precedenti storici e quindi rischia di appiattirsi su concezioni etiche ed esperienze sociali contingenti e parziali, che si concentrano sullo scandalo causato dalle nuove tecnologie della riproduzione umana dimenticando il ben più osce-no scandalo della diseguaglianza e della miseria in cui il traffico del proprio corpo trova le sue cause. Il contributo di L. Del Savio e G. Cavaliere sembra voler aprire questa diversa prospettiva.

L’interesse del minore è quasi sempre assunto come punto di orientamento del dibattito, ed è

sicuramente giusto che sia così. Anche perché è in questa direzione che spingono le decisioni dei diversi organi giurisdizionali, internazionali e interni, sinora chiamati a decidere delle questioni insorte a seguito di episodi di surrogazione della maternità⁴ e connesse al problema dell’accertamento dello stato giuridico del figlio (su cui si concentra il contributo di S. Stefanelli).

Visto che *the best interest of the child* è una policy ormai affermata e indiscussa⁵, la *call* ha invitato ad andare oltre alla ricostruzione della giurisprudenza (su cui si veda in particolare il saggio di B. Salone), per esplorare alcuni profili più problematici. Anzitutto è lecito chiedersi come nella giurisprudenza l’interesse del minore si coniughi con profili tipicamente economico-sociali relativi alle condizioni di vita in cui il bambino verrà inserito nella famiglia sociale, specie in confronto con il contesto in cui è stato generato, e quanto queste valutazioni si avvicinino a quelle che il giudice è solito compiere nell’affidamento dei minori e nell’adozione. Ci si può chiedere, infatti, se anche l’interesse del minore sia destinato a ridursi alla sola dimensione sociale e economica, o non possano assumere un peso nelle considerazioni del giudice anche altri interessi, ammessi più o meno apertamente al bilanciamento con l’interesse del bambino: per esempio quelli tipici della concezione antico-romana dell’adozione, come strumento di stabilità e di continuazione della linea familiare; oppure quelli del completamento psicologico della coppia colpita dalla biblica vergogna della sterilità; o ancora, sull’altro versante, se compaia anche qualche considerazione dei lega-

⁴ Su cui cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Questa rivista*, 3, 2015, p. 18 ss.

⁵ Vedi però ora l’interessante analisi di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

mi biologici e affettivi con la madre o la famiglia biologica oppure in merito alle esigenze economiche che hanno indotto la donna a mettere a disposizione il proprio utero. Non vi è dubbio infatti che le questioni che i giudici hanno da poco iniziato a trattare richiedono di fissare la “topografia” degli interessi (dei “bisogni” su cui si vedano i commenti critici di S. Pozzolo, ma anche la casistica di B. Salone) che entrano in gioco e che spesso vengono sfocate a causa di una motivazione tutta centrata sull’apodittica affermazione del “prevalente interesse del minore”.

Al solito, questo fascicolo, racchiudendo i contributi che hanno dato seguito alla nostra *call*, non aspira a mettere il punto a una discussione che per noi è appena agli inizi. I temi – i temi che nella *call* sono stati proposti – sono troppo importanti e difficili perché non ci si debba augurare che il dibattito continui e si allarghi. Con questo fascicolo abbiamo cercato di essere di stimolo. Noi stessi ci auguriamo che la discussione scientifica sui punti messi in evidenza possa continuare, arricchendo le prospettive qui talvolta appena accennate e approfondendo l’analisi. La stessa giurisprudenza e persino la legislazione dei diversi paesi, per non dire la così spesso auspicata regolazione internazionale della *surrogacy*, alimenteranno sicuramente il dibattito. Per cui l’interesse della Rivista per il tema resta fortissimo e saremo ben felici di ospitare ogni tipo di contributo ad esso dedicato che ci sarà proposto.

Accertamento della maternità nella gestazione per altri

Stefania Stefanelli*

ASCERTAINMENT OF MATERNITY AND SURROGACY

ABSTRACT: The paper analyses the different legal regime concerning maternity ascertainment, as a function of both natural conception and the use of medical technologies, as well as in relation to the genetic ties between the commissioning mother and the child, ties which are absent if the egg has been provided by a donor who is neither the intended mother nor the surrogate. This research points out that the recognition of the intended parent as the legitimate parent can be contested by the son or daughter, based on the biological truth of generation and by means of DNA testing. The best interest of the child, however, is a key argument in favor of the preservation of *de facto* family ties.

KEYWORDS: gestational surrogacy; filiation; maternity ascertainment; parental responsibility; *de facto* family ties.

SOMMARIO: 1. Titoli costitutivi dello stato giuridico di figlio e graduazione della rispettiva efficacia preclusiva. – 2. Fecondazione naturale della madre surrogata. – 3. Fecondazione medicalmente assistita della madre surrogata con ovodonazione. – 4. Continuità genetica con la madre sociale e contestazione della maternità della partoriente. – 5. Accertamento della maternità della madre sociale secondo la coincidenza di verità biologica e affettività. – 6. Surrogazione di maternità con ovodonazione anonima. – 7. Interesse del minore e iniziativa del pubblico ministero nelle azioni di stato.

1. Titoli costitutivi dello stato giuridico di figlio e graduazione della rispettiva efficacia preclusiva

In conseguenza delle vicende che hanno condotto alla nascita attraverso gestazione per altri, della sua realizzazione tramite fecondazione naturale o tecniche medicali, con donazione di gameti o con impiego di quelli della madre sociale, del suo perfezionarsi in Italia o fuori dal territorio nazionale, l'ordinamento vigente ammette che il bambino veda costituirsi il proprio stato attraverso titoli diversi, con gradata efficacia preclusiva dell'accertamento negativo. Differente è anche il regime delle azioni dirette a rimuovere quello stato o a costituirlo verso altri genitori, e di tali disparità deve vagliarsi la ragionevolezza, secondo il canone fondamentale di cui all'art. 3 Cost., alla luce del principio di unicità dello statuto giuridico dei figli proclamato dal novellato art. 315 c.c., ed attuato dalla riforma del 2012-2013 attraverso disposizioni che, a norma del nuovo testo dell'art. 33,

* Professore aggregato di Diritto privato e Diritto di famiglia nell'Università degli studi di Perugia. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.

ultimo comma¹, della l. n. 218 del 1995 di diritto internazionale privato, sono di applicazione necessaria.

In caso di gestazione per altri realizzata all'estero il titolo dello stato è formato secondo la legislazione nazionale che, ammettendo e disciplinando la pratica in oggetto, indica come genitori del bambino quelli sociali², ma alla sua trascrizione nei registri dello stato civile si opporrebbe, secondo un orientamento ampiamente rappresentato, un principio di ordine pubblico specificamente attinente alla tutela della dignità della gestante rispetto allo sfruttamento della sua debolezza economica, di cui la sanzione penale dettata dall'art. 12 della l. n. 40 del 2004 sarebbe espressione.

L'alternativa, quando lo stato sia costituito nei soli confronti di un genitore – di regola il padre, verso il quale sussiste la continuità genetica – è l'adozione in casi particolari, ex art. 44 lettere b) e d) l. n. 184 del 1983 della consorte o della convivente³, a costituire la maternità. La giurisprudenza più re-

¹ Testo risultante dalla modifica attuata con art. 106, comma 1, lettera c) del D. lgs. 28-1-2013, n. 154, attuativo della l. 30-1-2012, n. 219, che ha riscritto l'art. 315 c.c.

² La legislazione vigente in Ucraina, ad esempio, disciplina la formazione dell'atto di nascita prevedendo che venga acquisita la dichiarazione della madre surrogata e l'informazione genetica a dimostrazione della sua estraneità al patrimonio cromosomico del nato, e dell'utilizzo, per la generazione dell'embrione, di gameti derivati perlomeno da uno dei membri della coppia, che deve essere eterosessuale. Se ne trova conferma nella narrazione del fatto in Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, su cui cfr. A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 306 ss.; A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 415 ss.; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in www.federalismi.it Focus Human Rights, 2015 (ultima consultazione il 07.04.2016); Cass. civ., 11-11-2014, n. 24001, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3414 ss., con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata* e in *Corriere giuridico*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; e in Cass. pen., 10-3/5-4-2016, n. 13525, in www.foroitaliano.it, (ultima consultazione il 11.04.2016), A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in www.lodd.it 2015, 1 ss. (ultima consultazione il 07.04.2016); G. CHIAPPETTA, *L'azione di reclamo dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Milano, 2015, p. 481 ss.; M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 276 s. V. anche S. TONIOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 s.; J.P. MARGUÉNAUD, *L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 325 ss.; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy*, 2015, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2014, p. 78 ss. I committenti acquistano i diritti ed i doveri genitoriali fin dal concepimento secondo A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 1543 ss. Per la legislazione vigente in California, che consente la formazione di un titolo giudiziale di accertamento della genitorialità verso gli aspiranti genitori anche prima della nascita, v. Cal. Fam. Code §7962 West 2013, in <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>, (ultima consultazione il 07.04.2016).

³ Ammettono l'adozione del figlio del convivente Trib. Min. Milano, 28-3-2007 n. 626, in *Guida al diritto, Famiglia e minori*, 2007, n. 10, fl. 83, con riferimento alla domanda del convivente eterosessuale della madre; Trib. Min. Roma 30-7-2014, n. 299, in *Genius*, 2014, 2, p. 259 ss. 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 d'essere riconosciuta"*; in www.articolo29.it. (ultima visita il 11/04/2016) con nota di J. LONG, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*; in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 580 ss., con nota di M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; Id., 22-10-2015, n. 219, in

cente evidenza peraltro l'ulteriore possibilità di riconoscimento della sentenza straniera che ha pronunciato l'adozione piena da parte della coppia omosessuale⁴.

La gestazione per altri può essere realizzata anche nel territorio nazionale, per effetto del riconoscimento paterno del figlio, generato con fecondazione naturale e non riconosciuto dalla partoriente, con successiva adozione in casi particolari della moglie: rispetto a tali evenienze è opportuno indagare se, e attraverso quali titoli, possa accertarsi anche la maternità della gestante.

All'analisi è necessario premettere che la natura del titolo costitutivo dello *status*, riconducibile ad atti di autoresponsabilità ovvero a provvedimenti giurisdizionali, ne costituisce l'efficacia preclusiva di gradi differenti, che la dottrina ha da tempo evidenziato⁵ ed il legislatore della riforma ha attuato, almeno tendenzialmente⁶.

I titoli di autoresponsabilità, in cui si comprendono la dichiarazione di nascita, l'estensione al marito degli effetti della dichiarazione materna ed il riconoscimento, rappresentano lo strumento di elezione per la costituzione dello stato nella fisiologia del sorgere del rapporto filiale, e possono essere rimossi solo attraverso il giudicato negativo, fondato sull'accertamento del difetto di continuità biologica. Innovando la disciplina delle azioni di stato, la riforma ha introdotto il bilanciamento dei principi di verità e tutela dell'affettività, ed ha consentito che prevalga sull'interesse pubblico alla veridicità quello a limitare l'incertezza sullo stato, a tutela dell'affettività che il figlio ha visto consolidarsi nella propria esperienza, ed in ragione del titolo inveridico. Ferma la legittimazione relativa dell'azione ne-

www.articolo29.it. (ultima visita il 11/04/2016), con nota redazionale *L'adozione da parte della comadre è nell'interesse della minore: conferma anche dai giudici d'appello*; Trib. Min. Roma, 23-12-2015, in www.articolo29.it (ultima visita il 11/04/2016), con nota di A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*; in *Quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it (ultima visita il 11/04/2016), con nota di M.M. WINKLER, *Figlio di due padri: un caso di stepchild adoption e gestazione dinanzi al Tribunale di Roma*; App. Firenze, 4-10-2012, n. 1274, in www.aiaf-avvocati.it (ultima visita il 11/04/2016), con riferimento a convivenza eterosessuale. *Contra* Trib. Min. Torino, 14-9-2015, in www.ilmfamiliarista.it (ultima visita il 11/04/2016), secondo cui l'adozione in casi particolari non è ammessa quando il minore l'affidamento sia solo giuridicamente impossibile in quanto «diversamente opinando andrebbe, secondo una lettura eversiva e inconcepibile della norma, accolta la domanda proveniente da ogni soggetto (desideroso – e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc.) che intenda adottare il minore, non in stato di abbandono, nella forma della lettera d), al fine di ampliarne accudimento e risorse economiche (e così realizzando meglio l'interesse del minore, rispetto alle possibilità dei genitori biologici)».

⁴ App. Milano, sez. Persone Minori Famiglia, 16-10-2015, in www.articolo29.it (ultima visita il 14/04/2016), con nota redazionale *La Corte d'appello di Milano dispone la trascrizione di una adozione "piena" da parte della mamma sociale*; App. Napoli, 5-4-2016, *ivi*, con nota di A. SCHILLACI, *La Corte d'Appello di Napoli ordina la trascrizione delle adozioni legittimanti di due figli di coniugi omosessuali*; Corte Cost. 7-4-2016, n. 76, in www.giurcost.org (ultima consultazione il 14/04/2016).

⁵ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 171 ss.; *Id.*, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, cit., 145 ss.; *Id.*, *La filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 145 ss.; *Id.*, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013, p. 254 ss.; e, dopo la riforma del 2012, *Id.*, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 245 ss.; *Id.*, *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.

⁶ Cfr. S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma, I e II parte*, in *Studium iuris*, 2015, p. 277 ss. e p. 389 ss.; si veda, in particolare ed anche per ulteriori riferimenti bibliografici S. STEFANELLI, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2015, p. 177 ss.

gatoria della paternità matrimoniale, sono stati introdotti termini di decadenza a carico dei legittimati diversi dal figlio, che la accomunano all'impugnazione del riconoscimento, e prescindono dalla consapevolezza dell'inveridicità (art. 244 comma 4, art. 263 comma 4 c.c.).

Resta invece l'imprescrittibile l'azione del figlio (art. 244 comma 5, art. 263 comma 2 c.c.), cui è affidato il definitivo bilanciamento tra la conservazione dello stato non veritiero ma corrispondente alla consolidata affettività e la sua rimozione, anche a prescindere dalla possibilità e dall'interesse ad agire per l'accertamento positivo verso il genitore biologico⁷.

Costituiscono titoli di efficacia preclusiva di grado massimo quelli che esprimono il controllo giurisdizionale sull'accertamento della genitorialità, i quali producono effetti costitutivi o modificativi dello *status* precedentemente acquisito che non possono essere messi in discussione: tali sono, tra i giudicati costitutivi, quelli che accolgono le azioni di reclamo e contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), di dichiarazione di matrimonialità (art. 239 commi 3 e 4) e di accertamento di genitorialità (art. 269 ss. c.c.); azioni a contenuto privativo sono invece quella di disconoscimento per la filiazione matrimoniale, e l'impugnazione del riconoscimento inveridico in quella non matrimoniale.

Costituiscono, infine, lo stato di figlio in contrasto con la derivazione genetica i titoli giudiziali che pronunciano l'adozione parentale del minore abbandonato, con rescissione del precedente legame familiare, ovvero l'adozione in casi particolari e quella di maggiorenni, che mantengono lo *status* già costituito.

Restano fuori dall'ambito della presente indagine i giudicati di accertamento indiretto ed incidentale della filiazione, che decidono sull'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., e su quelle che ne costituiscono la proiezione sui diritti successori (artt. 580 e 594 c.c.): la discendenza viene, infatti, accertata al solo e limitato scopo di fondare la responsabilità patrimoniale derivante dal fatto procreativo, ma non costituisce lo stato⁸.

⁷ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 186 ss. Rileva A. SASSI, *Azioni di stato*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 267 «L'interesse avuto di mira dall'ordinamento è, quindi e in ultima istanza, quello del figlio, la cui stabilità affettiva giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso lo ritenga coincidere con i propri bisogni esistenziali ed affettivi prima che patrimoniali, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento (art. 279 c.c.), che traduce in atto l'obbligo di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., pur senza costituire quello *status* che è anche il presupposto della responsabilità genitoriale e della cura del minore, che non a caso è esclusa dal dettato della disposizione in commento». Non ha azione di accertamento positivo il figlio del donatore di gameti in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, ai sensi dell'art. 9 l. n. 40 del 2004, ma ciò non esclude, come si vedrà, che egli abbia interesse sia legittimato all'azione demolitoria dello stato nei confronti del genitore legale.

⁸ La categoria comprende sicuramente i figli di genitori incestuosi per i quali sia negata l'autorizzazione al riconoscimento, su cui cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, p. 243 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, in *Commentario c.c. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 16 ss. Residuano, però, altri figli titolari di limitati diritti patrimoniali verso il genitore biologico, identificati da A. PALAZZO, *Lacune della novella n. 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio*, 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Gli atti dei Convegni*, con prefazione di L. BULLO, Milano, 2015, p. 84, nel figlio ultraquattordicenne che non abbia consentito al riconoscimento o di quello infraquattordicenne per il cui riconoscimento sia mancato l'assenso del genitore che per primo lo ha riconosciuto e l'autorizzazione giudiziale, ai sensi dell'art. 250, commi 2 e 4; il figlio di genitore

Rispetto a ciascuna delle forme in cui può realizzarsi la nascita da gestazione per altri è dunque necessario esaminare il regime preclusivo dell'accertamento della maternità, anche in relazione al luogo in cui si perfeziona la nascita e vengono formate la dichiarazione di assistenza al parto e quella di nascita.

A tal riguardo, un punto è fermo: ai sensi dell'art. 33 l. d.i.p. lo stato di filiazione è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, da quella dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, salvo il limite dell'ordine pubblico di cui al precedente art. 16: sarà tale legge a regolare sia i presupposti che gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato. La legge italiana è comunque applicabile allorché quella così individuata non consenta l'effettuazione dell'accertamento e/o della contestazione dello stato medesimi. Inoltre, l'art. 37 della citata l. n. 218/1995 prevede la giurisdizione italiana in materia di filiazione, oltre che in applicazione del criterio generale di cui al precedente art. 3 (quando il convenuto è domiciliato o residente nel territorio dello Stato), anche qualora uno dei genitori o il figlio sia cittadino italiano o risieda in Italia. Pertanto, quando il titolo estero costituisca lo stato nei confronti del padre, che sia cittadino italiano, la legge nazionale trova applicazione anche per l'accertamento della maternità sia per ragione della nazionalità italiana del genitore, che per quella, derivata, del figlio⁹.

Fuori di questo caso, sono comunque norme di applicazione necessaria, come ricordato, quelle che attuano il principio per il quale tutti i figli, a prescindere dall'esistenza o meno di un vincolo coniugale tra i genitori, hanno pari stato, e dunque uguali diritti e doveri, per il solo fatto che la filiazione è stata costituita.

Gli obblighi, di cui all'art. 30 della Costituzione e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che costituiscono la responsabilità da procreazione, si specificano infatti nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo. È l'accertamento che costituisce il rapporto e, quindi, il soggetto nei cui confronti è possibile far valere quei diritti fondamentali, che si acquisiscono con la nascita ma la cui titolarità sostanziale, concreta ed attuale, dipende dalla giuridica individuazione del genitore, che può essere quello biologico o colui che abbia riconosciuto il figlio per ra-

infrasedicenne per cui manchi l'autorizzazione ai sensi dell'ultimo comma, lettera e); il figlio minore dichiarato adottabile ed in affidamento preadottivo, ai sensi dell'art. 11 comma 7.

⁹ Principio ribadito, da ultimo, da Corte Cost., 7-4-2016, n. 76, cit., relativa alla questione di legittimità dell'art. 36 comma 4, della l. n. 184 del 1983, sul controllo giudiziale di conformità alla Convenzione de L'Aja del 29-8-1993, ed in particolare del rispetto dei «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori», a norma dell'art. 35 comma 3, delle sentenze di adozione pronunciate dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, in fattispecie concernente la pronunciata adozione parentale in favore del coniuge dello stesso sesso del genitore. La Corte dichiara inammissibile la questione in ragione dell'errata individuazione della norma applicabile al giudizio *a quo*, in quanto all'epoca dell'adozione la ricorrente non aveva cittadinanza italiana, e quindi anche la bambina aveva, come lei, solo cittadinanza degli Stati Uniti d'America. Al contrario, la denunciata disposizione è «volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero». Negli stessi termini Cass. pen. 5-4-2016, n. 13525, cit., con riferimento alle «dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (e tale è il minore, in quanto figlio di cittadino italiano) nati all'estero».

gioni affettive, o abbia prestato il proprio consenso all'utilizzo di gameti altrui, nella procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 40 del 2004¹⁰.

Non vige il principio, accolto in molti altri ordinamenti¹¹, dell'accertamento automatico della maternità in conseguenza del parto: conferma ne sono la disciplina del diritto di anonimato della partorientente, di cui all'art. 30 del regolamento di stato civile approvato con D.P.R. n. 396 del 2000, e la connessa facoltà, riconosciuta a ciascuno dei genitori dall'art. 11, comma 2, l. adozione, di chiedere termine per procedere al riconoscimento del figlio cui non sia stato costituito lo stato immediatamente dopo la nascita, e così evitare l'avvio della ivi disciplinata procedura abbreviata di adozione¹².

Esaminare i titoli attraverso cui si può realizzare l'accertamento della maternità, in caso di gestazione per altri, significa dunque identificare la donna nei cui confronti il nato può domandare la cura, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione in cui si compendia la rispettiva responsabilità genitoriale.

¹⁰ Cfr. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I, p. 611 ss.; ID., *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 11 ss. Per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, p. 359 ss. la titolarità sostanziale dei diritti fondamentale deriva automaticamente dal fatto naturale della procreazione, ma i diritti stessi non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto non sia formalmente accertato (p. 332, nt. 21).

¹¹ Cfr: Austria, § 137 ABGB; Germania, § 1591 BGB; Olanda, art. 1:198 c.c.; Svizzera, art. 252 c.c.; Portogallo, art. 1796 c.c.; Spagna, art. 120 c.c.; Svezia, Chap. 1, sect. 7, Föräldracalk; Norvegia, Chap. 2, sect. 2, Lov om barn og foreldre-Barnelova, su cui v. M.G. CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei*, in *Famiglia*, 2006, p. 869 ss.; E. BOLONDI, *Il diritto della partorientente di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 281 ss.; A. RENDA, *Filiazione biologica, adottiva e artificiale in Scandinavia: sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, p. 363 ss. L'art. 311-25 del *code civil* vigente in Lussemburgo prevede, invece, che la filiazione è stabilita con riguardo alla madre dalla sua designazione nell'atto di nascita, e l'art. 326 del *code civil* francese dispone che al momento del parto la madre può domandare che sia mantenuto il segreto sul suo ricovero e sulla sua identità. L'indagine comparatistica condotta da L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2006, p. 113, rivela che oltre l'Italia, il Lussemburgo, la Repubblica ceca, Malta e l'Austria (questa per effetto della modifica del codice penale) garantiscono il parto anonimo. Per un quadro generale S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia, Il «dilemma» del diritto della donna partorientente all'anonimato*, in M.G. CUBEDDU, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, S. PATTI, S. TROIANO, A. ZACCARIA, *Liber amicorum per Dieter Henrich*, cit., p. 172 ss.

¹² A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 155 ss. La «signoria materna nel regime degli atti costitutivi della filiazione esprime in questo caso il difficile bilanciamento tra diritto del figlio a venire alla vita in condizioni ottimali, e diritto della madre ad escludere la genitorialità, senza ricorrere alle scelte estreme dell'interruzione volontaria di gravidanza o dell'abbandono non protetto. Del principio sono applicazione anche la disciplina delle presunzioni di matrimonialità, da cui deriva la facoltà della partorientente coniugata di costituire lo *status* nei confronti del marito anche a prescindere dalla sua volontà: cfr. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I/1, Milano, 2011, p. 55 ss.; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della maternità*, Padova, 2008, p. 165 ss.; G. FERRANDO, *Relazione introduttiva*, in G. FERRANDO, G. LAURINI (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie* (Atti del convegno tenutosi a Genova il 4-5-2012), Milanofiori Assago, 2013, p. 10; Man. MANTOVANI, *Il primato della maternità nell'accertamento dello status di figlio*, in M.G. CUBEDDU, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, S. PATTI, S. TROIANO, A. ZACCARIA (a cura di), *Liber amicorum per Dieter Henrich*, Torino, 2012, p. 138 ss., e ID., *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 328 ss.

2. Fecondazione naturale della madre surrogata

Si perde nel tempo l'esperienza di coppie impossibilitate a procreare a causa della sterilità femminile, che hanno ottenuto la realizzazione del proprio progetto procreativo attraverso il consenso della moglie a che il marito fecondasse per via naturale altra donna, disponibile a condurre la gravidanza ed a rinunciare al bambino, che veniva riconosciuto dal padre biologico, cui seguiva istanza della moglie di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44 lettera b) della l. adozione¹³.

Sebbene parte della dottrina escluda tali pratiche dal novero delle fattispecie di maternità surrogata, comprendendovi esclusivamente quelle realizzate attraverso l'ausilio di tecniche medicali¹⁴, la gestazione per altri in seguito a fecondazione naturale realizza l'identico risultato della surrogazione per concepimento e gestazione, posto che la donna gestante contribuisce alla procreazione anche fornendo il proprio gamete, ed è dunque geneticamente legata all'embrione.

La diffusione, in alcuni Stati europei¹⁵, in India¹⁶, in Canada¹⁷ ed in parte degli Stati Uniti¹⁸, di legislazioni favorevoli alla gestazione per altri attraverso p.m.a. ha indubbiamente ridotto la propensione a

¹³ Le arti hanno rappresentato spesso vicende simili. Si pensi, recentemente, al film di P. VIRZÌ, *La prima cosa bella*, del 2010, che rappresenta attorno al capezzale della protagonista morente i due figli da lei cresciuti e l'altro, generato per richiesta del facoltoso datore di lavoro, che in cambio della sua rinuncia al bambino aveva garantito alla giovane madre ed ai suoi bambini condizioni di vita serena. Analoga la narrazione in *Una faccenda complicata*, racconto di A. CAMILLERI, in *Un mese con Montalbano*, Milano, 1998. Le più remote ascendenze si ritrovano nella Bibbia, Genesi, 16, 1-3, con riferimento al consenso di Sara, moglie sterile di Abramo, alla generazione di un figlio con la sua schiava Agar; Gen., 30, 1-3 per l'analoga vicenda di Rachele, Giacobbe e Bila. Si trattava, però, come rileva P. ZATTI, *La surrogazione di maternità*. In *Questione giustizia*, 1999, p. 826 ss., di una società poligamica. Favorevoli App. Salerno, 25-2-1992, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 177 ss.; Trib. Rimini, 24-3-1995, in *Diritto delle persone e della famiglia*, 1996, p. 569, con nota di UDA, *Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona*; in senso conforme I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 211

¹⁴ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata*, in www.dirittocivilecontemporaneo (ultima consultazione 08/04/2016).

¹⁵ Nei Paesi Bassi per autoregolamentazione medica; nel Regno Unito il *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, il *Family Law Reform Act* del 1987, e soprattutto lo *Human Fertilisation Law Act* del 1-1-1990 stabiliscono che l'accordo di maternità surrogata sia valido solo se concluso tra i genitori committenti e che sia a titolo gratuito (art. 1), salvo il rimborso delle spese ragionevolmente sostenute dalla gestante (art. 30, 7° co.). Sono, quindi, vietate tutte le attività di intermediazione (art. 2) e pubblicità. La coppia committente ottiene un'ordinanza che costituisce lo status matrimoniale del figlio, parificandolo a quello dipendente da un'adozione (art. 30, 9° co.). In Grecia è vietato l'accordo di surrogazione quando la gestante fornisce anche i propri ovociti, ed è soggetto ad autorizzazione giudiziale: cfr. R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Diritto di famiglia*, 2012, 1836 ss.; M.E. GANDOLFI, *La famiglia artificiale: nuove tecnologie di riproduzione umana e regolazione sociale nei Paesi della Comunità europea*, in P. DONATI, F. FERRUCCI, *Verso una nuova cittadinanza della famiglia in Europa*, Milano, 1994, 210 ss. Vietano la gestazione per altri gli ordinamenti francese, austriaco, tedesco, spagnolo, svedese, norvegese. Si aggiungano, secondo la ricostruzione di Corte EDU, 26-6-2014, *Mennesson c. Francia*, ric. 65192/2011, agli stati che consentono ai committenti il riconoscimento dei legami giuridici col nato, attraverso l'*exequatur*, la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero costitutivo dello status, o per adozione, Albania, Estonia, Georgia, Irlanda, Spagna, Repubblica Ceca, Regno Unito, Russia, Slovenia Ungheria e Ucraina. Altrettanto avviene in Austria, Belgio, Finlandia, Islanda, Malta, Polonia, San Marino, Svezia, Svizzera e Lussemburgo.

¹⁶ Cfr. C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2014, 2, p. 125 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in questa *Rivista*, 2015, 2, p. 89 ss.

realizzare le pratiche di gestazione per altri in commento, sollevando la donna dall'onere del consenso al rapporto adulterino, ma ciò non esclude la necessità di indagarne la disciplina.

Rileva in particolare sottolineare che per ottenere l'inconoscibilità materna, spesso la partoriente si avvaleva della facoltà di anonimato, per effetto della quale, a norma dell'art. 28, comma 7, l. adozione, non è dato conoscere le informazioni identificanti la madre fino a che non si compiano cento anni dalla formazione dell'atto di nascita, a norma dell'art. 93 del d. lgs. n. 196 del 1993¹⁹.

¹⁷ L'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 consente la gestazione per altri solidaristica, su cui si raccolse il consenso di rappresentanti della comunità scientifica, giuristi, politici, religiosi e bioeticisti, attraverso «una procedura di approvazione plurale, graduale e incisiva, capace di stimolare, piuttosto che lacerare, il confronto pubblico» tra orientamenti contrapposti, come rileva C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, p. 279. Concorde sul metodo G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, p. 292 ss.

¹⁸ Stato di Washington, Louisiana, Kentucky, Nebraska, Arkansas, Florida, Nevada, New Hampshire, New Mexico, Virginia; Texas, Illinois e Utah ammettono e disciplinano i contratti di surrogazione materna a titolo corrispettivo, cfr. S. MORTAZAVI, *It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *The Georgetown Law Journal*, 2012, p. 2249 ss. Alabama, Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New Jersey, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Vermont, West Virginia, Wisconsin e Wyoming, non disciplinano legislativamente la surrogazione materna, ma la giurisprudenza si divide. Costituiscono i legami genitoriali tra i committenti ed il nato, per cui cfr. Cal., 1993, *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 783-87; Cal. Ct. App., *Buzzanca v. Buzzanca*, 1998, 72 Cal. Rptr. 2d 280, 291 (1998); Cal. Sup. Ct., 27-8-1997, nella medesima controversia, in primo grado, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 905 ss., con nota di V. CARBONE; Cal. Ct. App., IV distr., *Anna J. v. Mark C.*, 1991, nella controversia tra la gestante e la donna cui apparteneva l'ovulo, individuò nella discendenza genetica il criterio da cui desumere l'attribuzione della maternità, prescindendo dalla valutazione di liceità del contratto di surrogazione materna verso corrispettivo, cfr. DARRA L. HOFMAN, *"Mama's Baby, Daddy's Maybe:" A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, 35, in *Wm. Mitchell Law Rev.*, 2009, p. 449 ss.; M.C. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali, ambientali*, Milano, 2004, p. 104 ss.; A. GUARNIERI, *Un figlio, due padri*, in *Responsabilità civ e previdenza*, 1999, p. 1066 ss. Contraria, in caso di accordo a titolo corrispettivo, la decisione definitiva della Corte Suprema del New Jersey, 3-2-1988, *New Jersey*, 1988, *In re Baby M.*, 109, *N.J.*, 396, in *Foro it.*, 1989, 6, c. 293 ss., con nota di P. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di "sostituzione di maternità"*, in riforma di Corte superiore del New Jersey, 31-3-1987. La madre surrogata, inseminata coi gameti maschili della coppia committente, aveva rifiutato di consegnare loro il bambino dopo la nascita; la Corte Suprema del New Jersey statuì, stante la nullità dell'accordo con il quale la donna si era impegnata a condurre a termine la gestazione ed a rinunciare ai propri diritti di madre vero il corrispettivo di diecimila dollari oltre il rimborso delle spese mediche sostenute, la maternità fosse attribuita alla partoriente, che ne era madre genetica e gestazionale, ed ordinò alla *Family Court* di stabilirne l'affidamento a costei o al padre biologico, secondo il criterio del *best interest of the child*.

¹⁹ Il disegno di riforma della disciplina, approvato il 18-7-2015 dalla Camera dei deputati, è all'esame del Senato della Repubblica, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 27, comma 8, «nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare la madre (...) su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione», decisa da Corte Cost., 22-1-2013, n. 278, in *Rivista di diritto civile*, 2014, II, p. 3 ss., con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; in *Corriere giuridico*, 2014, p. 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 11 ss., con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata.*, 2014, I, p. 279 ss., con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, su cui S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 4031 ss., e della precedente condanna

Allo scopo di evitare che il riconoscimento del solo padre realizzi l'elusione della disciplina dell'adozione, l'art. 74, comma 1, della l. n. 184 del 1983 costituisce per l'ufficiale di stato civile, che raccolga o trascriva il riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio non matrimoniale non riconosciuto dall'altro genitore, l'obbligo di trasmettere «immediatamente al competente Tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento». Può così verificarsi la veridicità del riconoscimento attraverso le opportune indagini, ed eventualmente attivarsi il pubblico ministero per l'impugnazione, ex art. 264 c.c.

Nella fattispecie ipotizzata tale cautela non intaccherà l'efficacia del titolo, risultando la compatibilità genetica tra padre e figlio, ed infatti non si realizza elusione alcuna delle cautele che avvolgono la selezione dei genitori adottivi e la dichiarazione di adottabilità, in quanto l'atto di autoresponsabilità paterna legittimamente costituisce l'accertamento della filiazione biologica.

La verifica della corrispondenza all'interesse del bambino dell'adozione domandata dalla moglie del padre (art. 57 l. adozione) consentirà, successivamente, la costituzione dello stato anche nei confronti di costei, ma non determinerà l'instaurazione di legami di parentela con la rispettiva famiglia, secondo quanto disposto dall'art. 300 c.c., cui rinvia l'art. 55, con evidente discrasia rispetto al proclamato principio di unicità dello stato di figlio²⁰.

Secondo autorevole interpretazione²¹ tale rinvio deve ritenersi tacitamente abrogato, in conseguenza della definizione di parentela²² adottata dall'art. 74 c.c., con l'inclusione del «caso in cui il figlio è

per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ad opera di Corte EDU, 25-9-2012, *Godelli c. Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 194 ss. e *ivi*, p. 537 ss., con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 103 ss., con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 67, con nota di P. PACINI, *Accesso alle proprie origini biologiche*. Per i contenuti della riforma v. S. STEFANELLI (a cura di), *Parto anonimo. Profili giuridici e psicosociali dopo la dichiarazione di incostituzionalità*, Capua, 2015, p. 67 ss.

²⁰ Denunziata per primo da A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.

²¹ J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., p. 256 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 838 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 528; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e l'adozione in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità – costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno – che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74 c.c.; in termini analoghi B. De FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013, p. 292 ss.; M. DOSSETTI, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Gli atti dei Convegni*, cit., p. 91 s.

²² La parentela naturale era già compresa nel testo previgente secondo una interpretazione fondata sugli art. 17 disp. prel. c.c., art. 9 c.p.c., art. 1 Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 16-9-1988, art. 2 della Convenzione de L'Aja sugli accordi di scelta del foro, del 30-6-2005, art. 1 del Regolamento Roma 1, Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17-6-2008, art. 3 d.d.l. n.2805, contenente disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, nel testo proposto all'esame del Senato della Repubblica il 14 maggio 2012, non trasfuso nel testo approvato il 16-5-2012, dal quale sono state espunte le disposizioni relative, appunto,

adottivo», ed esclusione espressa dei soli «casi di adozione di maggiori di età». La delega, contenuta nell'art. 2, co. 1 della l. n. 219/2012, si dirigeva, infatti, all'introduzione di modifiche alle «disposizioni vigenti in materia di filiazione e dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi».

L'intervento abrogativo espresso²³ appare tuttavia necessario, in ragione dell'esplicita esclusione della relazione con i parenti dell'adottante contenuta nella relazione illustrativa del decreto attuativo²⁴, e soprattutto per la considerazione che l'adozione in casi particolari non può assimilarsi *sic et simpliciter* a quella parentale, poiché non rescinde il legame giuridico con la famiglia biologica e non si fonda sulla necessità di ovviare alla condizione di abbandono che fonda la dichiarazione di adottabilità.

La relazione permette, inoltre, di giustificare il riferimento al figlio adottivo contenuto nel testo dell'art. 74 c.c., leggendovi non l'identificazione di uno *status* peculiare, posto che dalla sentenza che pronuncia l'adozione parentale deriva la costituzione dello stato di figlio matrimoniale degli adottanti, ma piuttosto il riferimento al titolo di quello stato, che è quello giudiziale di cui al Capo IV l. adozione. La norma può dunque intendersi nel senso per cui il figlio parentale ha legami con la famiglia dei genitori sia che la sua nascita – ovvero il suo concepimento, ai sensi dell'art. 231 c.c. – siano avvenuti durante il loro matrimonio, sia quando sia nato da genitori non coniugati, sia, infine, quando la sua generazione biologica sia divenuta inconoscibile per effetto della sentenza che ne ha pronunciato l'adozione, ai sensi dell'art. 27 l. citata, ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'adozione *ex art. 44*. Si giustifica, in tal senso, la permanente vigenza dell'ulteriore rinvio all'art. 304²⁵, il cui comma 2 limita i diritti dell'adottato nella successione dell'adottante attraverso il riferimento all'art. 567 cpv. c.c., e così esclude che l'adottato in casi particolari, a differenza dell'adottato parentale, abbia titolo a partecipare alla successione *ex lege* dei parenti dell'adottante, coi quali, infatti, non intrattiene legami di parentela.

all'istituzione di sezioni specializzate per le controversie in materia di persone e famiglia. V. anche l'art. 34 della Costituzione Francese e gli artt. 3, 108, 2060 del Code Civil. Notava G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, in *Quaderni Aiaf*, 2006, p. 15 s., come già il disposto delle norme contenute nell'art. 155, comma 1, c.c. e art. 4 cpv. della l. n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso accreditasse il riconoscimento giuridico della parentela naturale. Si vedano, per i riflessi del «nuovo concetto di parentela» sulla disciplina ereditaria, A. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, in *Rivista del notariato*, 2013, p. 629 ss.; V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 645 ss.

²³ Auspicabile anche per P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e l'adozione in casi particolari*, p. 842, allo scopo di armonizzare la disciplina successoria «cogliendo anche l'occasione per meglio disciplinare l'istituto dell'adozione in casi particolari in modo da prendere atto della molteplicità delle situazioni e dei bisogni che gli corrispondono e che forse meriterebbero maggiore attenzione».

²⁴ Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifiche alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva e allegati*, Roma, 2014, p. 149 ss.; conforme l'interpretazione di C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 2 ss., che quella Commissione ha presieduto, e di M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231 ss.; *Id.*, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 2 ss.

²⁵ J. LONG., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, cit., p. 259, e *ivi*, nt. 34.

Il nato da gestazione surrogata naturale vedrà così costituito lo *status* verso il padre ed i suoi parenti e verso la sua moglie, ma non verso il rispettivo ramo familiare.

Ciò non gli impedirà tuttavia di domandare l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della madre biologica, dimostrando il parto e la compatibilità genetica, ai sensi dell'art. 269 commi 2 e 3, in quanto l'adozione in casi particolari non recide i legami con la famiglia di origine, e la domanda potrà rivolgersi anche contro la partoriente anonima, la cui identità sia rivelata dal padre o altrimenti scoperta, assieme alle circostanze del concepimento²⁶. Per effetto di tale giudicato costitutivo il figlio realizza il diritto, di cui solo è arbitro in qualsiasi tempo, di vedersi riconosciuto lo stato che gli spetta in ragione del principio di verità biologica, e con esso tutte le pretese che corrispondono alla responsabilità materna da procreazione, senza elidere quello, avente origine e fondamento diversi, nei confronti della madre adottiva.

3. Fecondazione medicalmente assistita della madre surrogata con ovodonazione

L'accertamento della maternità in caso di gestazione per altri attuata attraverso l'impianto di un embrione che risulti dall'incontro del gamete maschile del committente con quello femminile della moglie o convivente, ovvero di una donatrice estranea alla coppia, involge interrogati diversi e più radicali²⁷. In tali ipotesi, modernamente le più frequenti, è prioritario determinare se sia madre la partoriente²⁸ o colei cui appartiene l'ovulo fecondato, alla luce dell'art. 9 della l. n. 40 del 2004 che esclude qualsiasi rapporto tra il donatore ed il nato²⁹.

²⁶ Cfr. *amplius* S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, p. 1038 ss.

²⁷ Vicende giunte all'attenzione dei tribunali immediatamente dopo l'avvio delle pratiche di p.m.a., nel famoso caso *Baby M.*, cit., su cui G. GIAIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di common law*, in *Vita notarile*, 1996, p. 536 ss. In Francia, App. Rennes, 21-2-2012, in *Recueil Dalloz*, 2012, *Act.*, p. 878 ss. ordinò la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che indicava due padri per il figlio nato da maternità surrogata in India. Per l'Italia cfr. App. Bari, 23-2-2009, in *Famiglia e minori*, 2009, p. 50 ss., che ordinò la trascrizione dei *parental orders* britannici che costituivano la maternità della madre sociale, in fattispecie anteriore all'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004; conforme Trib. Min. Milano, decr. 6-9-2012, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 715 ss.; Trib. Roma, 17-2-2000, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 483 ss., con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Famiglia e diritto*, 2000, con nota di G. CASSANO, «*Maternità surrogata*». *Contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, con riferimento alla domanda di autorizzazione all'impianto dell'embrione, risultante dall'incontro dei gameti di una coppia, nell'utero di una donna disponibile per ragioni di solidarietà. La soluzione accolta è originale, ritenendo che «non si deve escludere il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo e di tenerlo con sé per alcune ore al giorno». Contraria Trib. Forlì, 25-10-2011. Cfr. per i rilievi comparatistici, G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 105 ss.

²⁸ R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, VII, *Aggiornamento*, Milano, 2006, p. 328 ss.: per definizione normativa «madre è colei che ha concepito e partorito il figlio», ai sensi dell'art. 269, comma 3, c.c., norma «talmente chiara da apparire risolutiva di ogni problema di attribuzione di maternità anche in ipotesi di maternità surrogata». Così anche M. MANTOVANI, *Presupposti di legittimità. La presunzione di concepimento*, *Tratt. dir. famiglia Zatti*, II, *Filiazione*, Milano, 2002, p. 53 ss., sempre argomentando ex art. 269, comma 3, c.c., e M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, III ed., Torino, 1999, p. 10 ss. Ritenevano, prima della l. n. 40 del 2004, che la partoriente sia madre legale anche F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1983, p. 35; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 501. Dubbioso, invece, circa la correttezza del richiamo a questa disposizione,

La dichiarazione giudiziale della genitorialità è retta dalla prova con qualsiasi mezzo, fissata dal comma 2 dell'art. 269 sia per l'accertamento della paternità che della maternità, e da quella della coincidenza tra colui che assume di essere figlio col il soggetto partorito dalla presunta madre, di cui al comma successivo.

Nella fecondazione naturale il parto e la prova della compatibilità genetica conducono necessariamente ad univoci risultati, poiché la gestazione ha preso spontaneamente avvio con la fecondazione di gamete appartenente alla partoriente, ed in ciò si realizza il brocardo *mater semper certa est*³⁰. Altrettanto non avviene, tuttavia, nella gestazione per altri con ovodonazione, né nella procreazione medicalmente assistita con eterologa femminile, e si è verificato anche per effetto di un colposo scambio di embrioni in procedure di procreazione assistita omologa³¹.

G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, in *Commentario cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1988, p. 38 ss., sul presupposto per cui la norma è stata dettata in tempi nei quali non poteva dubitarsi del fondamento della «convizione che la partoriente sia per necessità anche madre genetica», e per questo non risolve il problema in caso di maternità surrogata. Successivamente ID., *Lo stato di figlio legittimo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IV, II ed., Torino, 1997, p. 21, sostiene l'attribuzione della maternità alla madre genetica. Rilevano, invece, l'impossibilità di disciplinare la gestazione per altri attraverso la norma in commento A.B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002, p. 333 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 377 ss., spec. p. 399 s., «trattandosi non tanto di una norma dettata per identificare la madre (norma, peraltro, che all'epoca nella quale è stata emanata sarebbe risultata inutile, sul presupposto della certezza della maternità), quanto, più semplicemente, di una norma sulla prova, la quale, peraltro, non sarebbe applicabile alla disciplina in esame, che risulta, appunto, non disciplinata da alcuna norma di legge»; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. LIBERATI, F. BILOTTA, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, p. 99 ss.

²⁹ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma*, Milano, 2014 p. 35 ss.; A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella fecondazione eterologa e nella maternità surrogata*, ivi, p. 80 ss.; I. FERLITO, «Miglior interesse del bambino» e «maternità surrogata»: il rischio di un valore-tiranno, in www.comparazioneDirittocivile.it (ultima consultazione il 11/04/2016). Riteneva, prima della l. n. 40 del 2004, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 197, che la regola di accertamento della maternità attraverso il parto fosse una «misura di dissuasione e non di giustizia», in accordo con S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 743, per cui è «improponibile» quando non c'è continuità genetica tra la partoriente e il nato, perché costei non ha partecipato col proprio materiale biologico alla sua generazione.

³⁰ Formulato da PAOLO, *Libro quarto ad edictum*, in *Digesto*, 2.4.5, «Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant».

³¹ Su cui cfr. Trib. Roma, ord. 8-8-2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 929 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 319, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, su cui cfr. F. CAMPODONICO, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma*, in questa *Rivista*, 2015, p. 157 ss.; Trib. Roma, ord. 22-4-2015, in www.biodiritto.org (ultima consultazione il 09/04/2016) con nota di L.B., *Caso Pertini: rigettato il secondo ricorso*. Entrambe le ordinanze hanno ribadito il principio per cui «il nostro sistema normativo prevede che “la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume di essere madre” (art. 269, comma 3, c.c.)». Cfr. anche M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori. Riflessioni a margine della decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, I, p. 194, che evidenzia come l'incontestabilità della maternità della partoriente sia funzionale ad inibire «l'effetto acquisitivo dello status di madre in capo alla committente, che il contratto di maternità surrogata

La donazione di gameti, senza distinzione tra quelli maschili e femminili, è disciplinata dall'art. 9, commi 1 e 3, della l. n. 40 del 2004, e per tale ragione il nato non potrà in nessun caso – sia che la gestazione per altri sia praticata all'estero sia in Italia, in spregio al divieto di legge – domandare l'accertamento dello stato nei confronti della madre genetica. Vi è di più. La norma costituisce l'unica espressione della totale indifferenza rispetto alla verità biologica della generazione, in quanto non si limita a dichiarare la cessazione dei rapporti con il genitore biologico, ma enuncia specificamente l'esclusione di qualsiasi suo dovere e di ogni diritto del nato nei suoi confronti. Espressione in cui si compendia il concetto di *status*, quale rapporto giuridico insistente tra soggetti determinati, il quale, per conseguenza di un accertamento giuridicamente rilevante del vincolo naturale della procreazione, produce l'acquisto di quel complesso di situazioni giuridiche e ne costituisce il fondamento unificante.

Ne deriva il difetto di legittimazione del nato anche all'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., che sull'accertamento incidentale della generazione fonda pretese patrimoniali nei confronti dell'autore della procreazione³². In ciò si distingue dalla sentenza di adozione parentale, che si limita a determinare la cessazione delle relazioni parentali, ai sensi dell'art. 27, comma 3, l. n. 183 del 1983, ma lascia sussistere gli impedimenti matrimoniali ed anche la legittimazione all'azione in questione, in attuazione del canone fondamentale di responsabilità per la procreazione fissato dall'art. 30 Cost.³³.

Per tale ragione, e per effetto dell'anonimato del donatore³⁴, si realizza la più assoluta forma di incoscienza giuridica della verità della generazione, le cui implicazioni sui diritti fondamentali

mira a perseguire»; al contrario, A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 271, sostiene che «il principio della prevalenza della madre uterina su quella genetica non sia rinvenibile nel nostro ordinamento. Ma anche se esso fosse configurabile, a nostro avviso non sarebbe applicabile alle forme di procreazione medicalmente assistita ammesse dalla legge, in quanto queste trovano uno speciale regolamento nella l. n. 40/2004».

³² Azione compatibile col mantenimento del diverso status eventualmente costituito Cass. civ., 9-9-1990, n. 5633, in *Giustizia civile*, 1991, I, p. 75 ss.: «l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello status».

³³ Così A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 20 s.

³⁴ Cfr. l'art. 298° comma, l. 23-1-2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, e, prima, ma senza effetti precettivi, il documento di indirizzo approvato, in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità del divieto di eterologa, dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome il 4-9-2014, per cui ai sensi dell'art. 14 d. lgs. n. 191/2007, tutti i dati (comprese le informazioni genetiche) raccolti «sono resi anonimi, in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili». Al contrario riconoscono il diritto alla conoscenza delle origini biologiche il chapter T, section 5 del *The Genetic Integrity Act* (2006:351) svedese, la section 23 dell'*Act on Assisted Fertility Treatments* (1237/2006) finlandese, la section 20 dell'*Hfea Code of Practice* britannico, 2014, VIII ed., il quale prevede il diritto del nato, una volta maggiorenne, di conoscere le generalità e l'indirizzo del donatore, mentre al sedicenne assicura la conoscenza dei principali dati non identificativi (etnia del donatore, anno e luogo di nascita, descrizione fisica, origine adottiva o da p.m.a., stato civile, screening e storia medica, numero e sesso di eventuali altri figli del donatore, ma anche attitudini e abilità, ragioni della donazione, nonché un ritratto e un messaggio di auguri).

all'identità personale ed alla salute del figlio pongono interrogativi di notevole momento, che non possono qui essere che accennati³⁵.

Interessa solo rilevare che, a differenza di altri ordinamenti³⁶, il donatore beneficia dell'esclusione da ogni pretesa conseguente alla generazione, in forza dell'attrazione del suo gesto a alla medesima causa, definibile in termini di cortesia superetica³⁷, che caratterizza quello oblativo della donazione di organi umani o tessuti. Inoltre – ed è ciò che interessa sottolineare allo scopo di comprendere se la norma si applichi anche alla committente cui sia stato prelevato l'ovulo da cui si è originata la nuova vita – la disposizione si lega con assoluta coerenza al principio di responsabilità per la scelta procreativa, che si esprime nella regola di paternità per il consenso all'inseminazione eterologa, di cui all'art. 8 l. n. 40 del 2004.

L'assimilazione della donazione di gameti a quella di organi si fonda sul principio fondamentale per cui la determinazione, libera ed incoercibile, al sacrificio della propria integrità fisica attraverso il prelievo di un organo, è specialmente meritevole perché finalizzato ad onorare gratuitamente il beneficiario col dono del bene massimo che è la vita³⁸, in deroga al criterio di cui all'art. 5 cod. civ. Ugualmente psicologico è quello di chi doni i propri ovuli o il seme, per beneficiare la coppia ricevente

³⁵ Cfr., sull'esigenza di garanzia della persona nata da procreazione eterologa rispetto agli specifici rischi sanitari, S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 138 ss.; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, 232 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, *ivi*, 142 ss.

³⁶ Bundesgerichtshof, 3 maggio 1995, in caso di fecondazione eterologa riconobbe la responsabilità del donatore per il mantenimento del figlio, mentre l'impugnazione della paternità è esclusa per la procreazione eterologa realizzata col consenso di entrambi i coniugi dall'art 1600, comma 4, BGB introdotto con l. 28-4-2004, n. 598. Cfr. G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in questa *Rivista*, 2014, p. 111 ss. In California un corrispettivo è previsto tanto per la donazione di gameti che per quella di sangue che, ove ammessa, per la gestazione per altrui, in questo caso sotto la verifica legale della destinazione alla copertura delle spese e l'astensione dal lavoro e della condizione di non indigenza della donna. Cfr. dapprima l'elaborazione giurisprudenziale in Cal. Sup. Ct., *Johnson vs. Calvert*, 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993), Ct. App. 1998, *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280, e quindi il California Assembly Bill n. 1217 del 23-9-2012, su cui R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, p. 179 ss. Supreme Court of California, 20 maggio 1993, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 337 ss., con nota di G. PONZANELLI, riconosce la maternità di colei che ha voluto far nascere il bambino, con esclusione della portatrice.

³⁷ Come ha riconosciuto anche il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il problema bioetico del trapianto di rene da donatore vivente non consanguineo – Dipartimento per l'Informazione e Editoria*, Roma, 1997, p. 29 s. Negli stessi termini A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 14; S. RODOTÀ, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, p. 117: «ogni atto di vera donazione, anche se qualificabile come super-erogatorio, non può che godere di altissimo apprezzamento».

³⁸ Cfr. V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale «complessità dell'ordinamento» e l'emergere delle «destinazioni solidaristiche»*, in ALB. DONATI, S. MAZZARESE, A. SASSI, *Diritto privato*, cit., p. 677, contesta sul punto i rilievi critici mossi contro le leggi sul trapianto di rene e di fegato, disegnati intorno alla logica di liceità che ispirava l'art. 5 del c.c., per esprimerne al contrario l'assoluta meritevolezza alla luce del canone costituzionale di solidarietà; nello stesso senso ID., *Atti di «disposizione» del corpo e tecniche legislative*, in *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 630 e 639. Sul tema cfr. anche B. AGOSTINELLI, *Profili civilistici della c.d. donazione di sangue ed organi*, *ivi*, 2010, p. 665 ss.; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2012, p. 241 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, loc. cit.

consentendole di realizzare il diritto fondamentale a procreare³⁹, e prescinde dall'assunzione di responsabilità per la generazione. Al contrario, la consapevole adesione all'applicazione delle tecniche costituisce la paternità, nonché, per ragioni di pari trattamento, la maternità della coppia ricevente. Dal successo delle tecniche risulta la nascita un soggetto di diritto diverso, estraneo al consenso alla relativa applicazione, che condivide col donatore o con la donatrice parte del proprio patrimonio genetico ma – a differenza di chi sia stato generato secondo natura – non può domandare in giudizio la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, né il mantenimento di cui all'art. 279 c.c. Costui potrebbe, dunque, domandare soddisfazione dei propri diritti nei soli confronti di coloro che, a qualsiasi titolo, hanno partecipato alla sua generazione: il padre committente⁴⁰, la madre sociale che sia anche biologica, oppure colei che ha condotto la gestazione.

4. Continuità genetica con la madre sociale e contestazione della maternità della partoriente

Al contrario della paternità del donatore, la maternità della gestante-partoriente non può essere esclusa attraverso la dichiarazione di anonimato neppure in caso di p.m.a. eterologa con ovodonazione, in ragione del divieto imposto dall'art. 9, comma 2, della l. n. 40 del 2004, sicché, anche a prescindere dalla sanzione penale comminata dall'art. 12 comma 6, la gestazione per altri attraverso l'ausilio di tecniche di assistenza medica condurrebbe all'accertamento della maternità verso la gestante.

³⁹ Corte Cost., 10-6-2014, n. 162, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 802 ss.; in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2297 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 3, della legge 19-2-2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; nonché dell'articolo 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, della medesima legge, che stabilisce le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione del predetto divieto, ne rintraccia il fondamento nella libertà di autodeterminazione della coppia, in cui si comprende la scelta di formare una famiglia ed avere dei figli, «riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», in coerenza con l'insegnamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con riguardo alla protezione riconosciuta al diritto alla vita privata dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE e dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo al diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitori, anche attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita. Su cui cfr. almeno CEDU, Grande Chambre, 4-1-2007, *Dickson c. Regno Unito*, in *Rivista italia di diritto e procedura penale*, 2008, p. 337 ss., relativa al rifiuto statale di consentire ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, l'accesso alle tecniche di inseminazione artificiale, allo scopo di diventare genitori genetici; CEDU, Grande Chambre, 10-4-2007, *Evans c. Regno Unito*, su cui M. FORD, *Evans v. United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 178 ss., per cui tale diritto deve essere garantito nella sua effettività, anche consentendo l'accesso a tecniche di ausilio medico al «desiderio dei ricorrenti di procreare un bambino che non sia affetto dalla malattia genetica di cui essi sono portatori sani, ricorrendo per tale motivo alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto». Sul diritto a procreare si interrogavano già S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 215; F.D. BUSNELLI, *Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma, 14 febbraio 2000*, in *Bioetica*, 2000, p. 674 ss.

⁴⁰ Che, semplificando, si assume anche genitore biologico del figlio, dovendo dedicarsi alla diversa eventualità altra sistematica trattazione.

La tutela penale esprime la condanna della partecipazione alla gestazione ed al parto di una donna estranea alla coppia, ingiusto sfruttamento della sua integrità fisica e dignità umana, ma, oltre ad interrogarsi circa l'assoggettabilità a sanzione della gestazione per altri solidale in forza di una norma riferita a chiunque «pubblicizza la commercializzazione di gameti», corre l'obbligo di segnalare il diverso trattamento dell'identico fatto commesso all'estero, che per la Cassazione non costituisce reato in forza del dettato dell'art. 7 c.p., o quantomeno in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale⁴¹.

Con specifico riferimento all'art. 9, comma 2, è necessario sollevare il dubbio che la prescrizione, testualmente riferita alla «applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita»⁴², sia stata pensata piuttosto per quelle di tipo eterologo cui accenna il primo comma, per costituire rispetto alla partoriente l'identico risultato realizzato, nei confronti del padre, dalla preclusione delle azioni negative dello stato che spetta al figlio a norma dell'art. 8. Ove, infatti, si tratti di donna coniugata e di eterologa maschile, il divieto di partorire in anonimato è funzionale ad evitare che, per il tramite della dichiarazione materna di anonimato, lo *status* non si costituisca neppure verso il marito, per aver impedito l'operatività delle presunzioni di paternità e matrimonialità che dall'identificazione materna dipendono⁴³.

Per effetto di tale interpretazione, che si rafforza per l'essere il divieto di surrogazione di maternità solo implicito nella sanzione penale comminata dalla distinta fattispecie di cui all'art. 12, inserita in un capo distinto da quello dedicato alla «tutela del nascituro», la disposizione non sarebbe applicabile in caso di gestazione per altri dell'embrione risultante dalla procreazione omologa, ossia dall'impiego dei gameti provenienti dalla coppia. In tal guisa, si aprirebbe la medesima strategia segnalata per la fecondazione naturale, del riconoscimento paterno e dell'adozione della moglie o convivente, con l'importante precisazione per cui in questo caso si realizzerebbe anche l'interesse del figlio alla costituzione dello stato corrispondente alla verità biologica della generazione materna.

In tal senso depongono le considerazioni che qui di seguito si dedicheranno alla legittimazione del figlio: a) all'azione di contestazione della maternità della partoriente, che deriva dalla dichiarazione di nascita perfezionata in Italia che, ai sensi del ricordato art. 9 comma 2 deve contenerne l'identità; b) e di conseguenza all'accertamento della maternità nei confronti della committente, quando costei sia genitore biologico perché a lei apparteneva l'ovulo fecondato.

⁴¹ Cass. pen., 5-4-2016, n. 13525, cit.

⁴² La verifica dell'origine medica della procreazione è oggi assicurata dal D.P.C.M. 29-9-2015, n. 178, contenente Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico, che attua la delega conferita dall'art. 62 *ter* del Codice dell'amministrazione digitale, stabilendo contenuti, garanzie e strumenti di operatività dell'Anagrafe nazionale degli assistiti, istituita nell'ambito del sistema informativo realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze in attuazione di quanto disposto dall'articolo 50 del D.L. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in L. n. 326/2003 (legge di stabilità 2014), allo scopo di rafforzare gli interventi in tema di monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi per i cittadini e le pubbliche amministrazioni. In tal guisa, anche ove la nascita avvenga in struttura sanitaria diversa da quella in cui sono state applicate le tecniche di p.m.a., i sanitari che assistono al parto possono verificarne l'impiego.

⁴³ Così da costituire la ricordata «signoria materna» nel loro governo.

Posto che la maternità può provarsi con qualsiasi mezzo, ai sensi dell'art. 269 c.c., il figlio ha interesse⁴⁴ a costituire lo stato nei confronti di colei che, oltre ad aver assunto la consapevole decisione di metterlo al mondo ricorrendo alla gestazione per altri, è anche sua madre biologica, giovandosi della prova del DNA⁴⁵.

Tanto vale a maggior ragione per la nascita all'estero, poiché in ragione della relativa legislazione non si costituisce lo *status* verso la gestante, né costei ha di regola intenzione alcuna di assumersi la responsabilità genitoriale.

In siffatte circostanze, il *best interest* del minore a conservare, assieme allo *status* acquisito all'estero, l'affettività nei confronti dei genitori sociali, che lo Stato ha l'obbligo di garantire quale espressione della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁴⁶, si colora di un aspetto ulteriore – anch'esso evidenziato dalla Corte di Strasburgo, seppur con riguardo al padre⁴⁷ – che attiene più specificamente alla protezione della vita privata: quello alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che realizza l'identità personale.

Ove si accolga l'opposta la tesi, per la quale in caso di nascita in Italia la maternità della partoriente si costituirebbe necessariamente in ragione del parto, occorre valutare se lo stato sia contestabile e possa, una volta rimosso, accertarsi verso la madre sociale e biologica.

Come ricordato, l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 preclude l'azione di disconoscimento e l'impugnativa del riconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o convivente⁴⁸, a meno che la nascita non consegua a contemporaneo rapporto adulterino⁴⁹, ma resta am-

⁴⁴ Così A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella fecondazione eterologa e nella maternità surrogata*, cit., p. 86; ID., *Maternità surrogata*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civile, agg. V, Torino, 2011, p. 617 ss.

⁴⁵ T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 57 ritiene di poter affermare la maternità della titolare del patrimonio genetico quando la partoriente rifiuti l'accertamento nei propri confronti, evidenziando la peculiare «partecipazione spirituale e biologica» che si realizza in questa peculiare forma di gestazione per altri. Osserva, in particolare, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., p. 198: «Perché una madre surrogata (gestante e partoriente ma non madre genetica) dovrebbe poter strappare il bambino alla madre genetica? Per la forza dell'immagine archetipa della gestazione e del parto. È questa immagine più forte di quella, altrettanto archetipa, della discendenza, del riconoscersi sangue del sangue? Non è forse vero che in antropologia il senso della parentela viene riconosciuto nella somiglianza? E non è il concepire parte e anzi fonte del generare?».

⁴⁶ Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

⁴⁷ Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 70; Corte EDU, 26-6-2014, *Menesson c. Francia*, cit., § 45, con riguardo a Corte EDU, 7-2-2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99.

⁴⁸ In ciò recependo l'indirizzo espresso da Corte Cost. 26-9-1998, n. 347, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 3042 ss., che aveva dichiarato inammissibile la questione, non potendo applicarsi alla procreazione artificiale eterologa la disciplina del disconoscimento paterno. Rileva A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 212, che la Corte perse allora l'occasione di pronunciarsi sulla dibattuta questione della possibilità di vincolare il coniuge all'assistenza morale e materiale del nato col proprio consenso da seme di uno sconosciuto, a protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in cui si trovi collocato per scelta altrui. La pratica era largamente praticata prima della legge e regolata con Circ. Donat Cattin 27-4-1987, Circ. 10-4-1992, ord. min. 5-3-1997, Così anche Cass. civ., 16-3-1999, n. 2315, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 429 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 523 ss., con nota di E. PALMERINI, *Filiazione. Disconoscimento della paternità. Ricorso a fecondazione assistita eterologa. Consenso del marito. Azione di disconoscimento. Ammissibilità. Esclusione*; in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 237 ss., con nota di M. SESTA, *fecondazione assistita. La*

messa l'azione del figlio⁵⁰, in ossequio al principio di pari trattamento di colui che è nato grazie a scelte a sé non imputabili, quali il ricorso a tecniche biomedicali di procreazione eterologa. In caso di procreazione medicalmente assistita eterologa maschile il figlio può dunque, in qualsiasi tempo e senza preclusione alcuna, introdurre il giudizio di disconoscimento di paternità contro il *partner* della madre, ed ottenere la rimozione del relativo vincolo provando, *ex art. 243 bis*, comma 2, c.c., che non sussiste rapporto di filiazione tra lui ed il presunto padre⁵¹.

Diversamente, in caso di nascita da gestazione per altri di un embrione ottenuto dalla fecondazione dell'ovulo della madre sociale e successivo impianto nell'utero della partoriente, la disciplina codicistica non sembra ammettere esplicitamente l'azione diretta alla contestazione della maternità.

L'azione di disconoscimento di cui all'art. 243 *bis* è, infatti, testualmente riferita soltanto all'accertamento negativo del vincolo genetico tra figlio e presunto padre, in dipendenza del ricordato presupposto implicito della coincidenza tra generazione materna e parto, che trova applicazione anche nelle tassative ipotesi di contestazione dello stato di figlio, di cui all'art. 240 c.c., disegnate tutte intorno all'eventualità che, per supposizione di parto, sostituzione di neonato, iscrizione come fi-

Cassazione anticipa il legislatore. Principio richiamato dalla recente pronuncia di incostituzionalità del divieto di eterologa, come da Trib. Roma, 17-10-2012, n. 19563, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, I, c. 1545 ss. con nota di G. SAVI, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede*, e da Trib. Roma, ord. 8-8-2014, cit., in materia di accertamento della maternità in caso di scambio colposo di embrioni, durante pratiche di fecondazione assistita omologa, per la cui condivisibile, sul punto, interpretazione «nel bilanciamento degli interessi in conflitto, prevedendo un termine di decadenza "tombale" per l'esercizio dell'azione, il legislatore delegato ha inteso mutare radicalmente il principio fondante la precedente disciplina (v. in particolare la regolamentazione dell'azione di impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità) lasciando prevalere sull'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione, l'esigenza di non prolungare indefinitamente la durata dell'incertezza sullo stato di figlio. Mentre ha lasciato comunque il figlio arbitro del proprio status, essendo per lui l'azione imprescrittibile». Cfr. M. VELETTI, *Revisione sistematica del codice civile susseguente all'unificazione dello stato di figlio*, in M. BIANCA, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Padova, 2014, p. 15 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, cit., p. 186 ss.

⁴⁹ Così precisa M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in AIAF, *Quaderno 2006/2. La filiazione verso un unico status. Atti del convegno di Como 23-24 giugno 2006*, Milano, 2006, p. 84; per l'opinione critica cfr. U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 490 ss., spec. p. 501 s., sul rilievo per cui manca una norma analoga all'allora vigente 235, 1° co., n. 2, c.c., a tutela del convivente, che gli consenta di impugnare il riconoscimento, nonostante il divieto di cui all'art. 9 della L. 40/2004, dimostrando che la procreazione è avvenuta al di fuori dell'impiego delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ossia deriva dal congiungimento della madre con altro uomo. Sarebbe, tuttavia, necessario che il centro p.m.a. conservi i dati genetici del donatore, allo scopo di verificare l'incompatibilità col nato.

⁵⁰ *Contra* M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, cit., p. 84, e *Id.*, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Id.* (a cura di), *Codice della famiglia*, 1, Milano, 2007, p. 3143, in considerazione del dettato dell'art. 235, ultimo comma, c.c., che ammetteva il figlio all'azione di disconoscimento «in tutti i casi» in cui poteva essere esercitata dal padre. La previsione non trova riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 243 *bis* c.c., che anzi si riferisce alla prova, di cui è onerato l'attore, che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre.

⁵¹ Nota M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1751 ss., che a mente dell'art. 9 il figlio nato da procreazione eterologa o surrogazione materna non può reclamare uno stato diverso da quello legale, e corrispondente alla verità biologica, ma tanto contrasta col diritto del figlio a veder affermato il proprio rapporto con chi lo ha generato, di essere educato nella propria famiglia (art. 1 l. adozione), e col diritto a conoscere le proprie origini.

glio di ignoti del figlio matrimoniale, il nato sia stato separato da colei che l'ha partorito. Conforme è il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di nascita da surrogazione materna⁵², che attribuisce la maternità «a colei che partorisce», in accordo con la giurisprudenza di merito sul colposo scambio di embrioni⁵³, secondo la quale «non può negarsi la volontà del legislatore, molto recente, di mantenere quale principio cardine dell'ordinamento la maternità naturale legata al fatto storico del parto».

Ancor più complesso è l'interrogativo circa l'esperibilità dell'azione negativa dello *status* di non matrimonialità per inveridicità del riconoscimento, contro la partoriente non coniugata di un figlio procreato attraverso ovodonazione. La soluzione affermativa, che pure potrebbe sostenersi in forza dell'interpretazione letterale dell'art 263 c.c., riferito semplicemente all'«autore del riconoscimento», realizzerebbe l'ingiustificato deterioro trattamento del figlio per ragione del difetto di vincolo coniugale tra i genitori, in aperta contraddizione col criterio di unificazione di stato dei figli, di cui all'art. 315 c.c. riformato, e sarebbe comunque incompatibile col dettato dell'art. 263, 2° co., terzo periodo, chiaramente riferito alla paternità: «la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre».

Si realizzerebbe, tuttavia, un'evidente ed ingiustificabile disparità di trattamento tra la pretesa di rimuovere il titolo costitutivo della maternità e quella diretta all'accertamento negativo della paternità: l'ordinamento consentirebbe solo al figlio procreato con donazione di gameti maschili di rimuovere il proprio *status* dimostrando l'incompatibilità genetica col padre legale, e conseguentemente di sottrarsi ai diritti ed agli obblighi che dal rapporto di filiazione derivano. Mancherebbe di azione per la tutela dell'identica posizione giuridica soggettiva, invece, colui che sia nato dalla fecondazione dell'ovulo di una donna diversa dalla partoriente⁵⁴. Interpretazione costituzionalmente imposta dagli

⁵² Cass. civ., 11-11-2014, n. 24001, cit.

⁵³ Trib. Roma, ord. 8-8-2014, cit., «Il nostro sistema normativo prevede che “la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre” (art 269 comma 3 c.c.). Tale norma è stata introdotta con la riforma del 1975 quando ancora le tecniche di procreazione assistita erano agli albori, ma è pur vero che la sua formulazione è stata mantenuta dal legislatore della riforma della filiazione di cui al D. lgs. n. 154 del 2013. Il legislatore della riforma, inoltre, nel sostituire la norma di cui all'art 239 c.c., ha previsto la possibilità di reclamare, o contestare, lo stato di figlio (art 240 c.c.), solo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto».

⁵⁴ In tal senso non è dirimente la scelta di garanzia dell'anonimato del donatore o della donatrice di gameti, la quale introduce, invece, questioni di non lieve momento in relazione alla tutela della salute del figlio, cui necessitano accertamenti genetici ulteriori rispetto a quelli acquisiti in sede di raccolta dei gameti, da ultimo ribadita anche da Corte Cost. 22-11-2013 n. 278, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 3 ss., con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 11 ss., con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Corriere giuridico*, 2014, p. 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, cit., p. 12, secondo cui «i nati da fecondazione eterologa patiscono il sacrificio proprio di questo diritto fondamentale, che li discrimina rispetto a tutte le altre persone, in quanto la legge, non un semplice fatto, li priva fin dall'inizio di uno *status* risultante dalle due dimensioni biologica e familiare che vengono artificialmente separate». In ogni caso, a prescindere dall'identificabilità del genitore biologico, al figlio che intendesse rimuovere lo *status* verso il genitore sociale sarebbe sufficiente apprendere le circostanze della propria generazione, e dimostrare l'incompatibilità genetica col presunto padre. Non si vede, dunque,

art. 3 e 24 Cost. è, dunque, quella opposta, pur nel conflitto col tenore letterale delle disposizioni, in mancanza di intervento adeguato.

L'interesse ad agire in negatoria sussisterebbe, peraltro, anche ove la gestazione per altri consegua a ovodonazione da parte di una terza donna, sebbene nei suoi confronti sia preclusa l'azione di accertamento positivo, perché il figlio potrebbe per tal mezzo sottrarsi agli obblighi alimentari verso la partorientente, ed escluderla dal novero degli aventi diritto alla propria successione necessaria⁵⁵, come può fare rispetto al presunto padre. Apprezzabile sarebbe anche l'interesse, non patrimoniale, a veder cancellata la rilevanza giuridica della falsa generazione, quando il figlio la soffra come una lesione della propria identità, oppure nutra risentimento per le circostanze della sua nascita, derivandone danni alla propria identità personale.

Rispetto a tutte le richiamate pretese, anche e soprattutto di carattere fondamentale, è difficile giustificare l'incontestabilità della filiazione materna ogni volta che accertamento del parto e della compatibilità genetica conducano a risultati opposti, ed in particolare in caso di gestazione per altri con ovodonazione da parte della madre sociale, con la conseguenza di lasciar aperta la via all'accertamento della maternità nei confronti di costei, attraverso la prova della compatibilità genetica.

Ciò non significa ignorare il ruolo insostituibile svolto dalla gestante, né è incompatibile con la sua autodeterminazione nella decisione di condurre a termine la gravidanza, se si osserva che il diritto di interromperla consegue, nella l. n. 194 del 1978, unicamente al bilanciamento con le ragioni di tutela della sua salute psicofisica rispetto al pericolo, gradatamente più grave col progredire della gestazione, che le derivi dalla gravidanza o dal parto⁵⁶.

quale fondamento possa avere una così discutibile scelta, mentre l'esclusione dell'anonimato renderebbe più credibili le ragioni di solidarietà che alcune opinioni ritengono sostenere la donazione di gameti, in realtà spesso soggetta a forme di compenso o indennizzo, e di apertura alla vita delle coppie che ne richiedono l'applicazione, giacché predisporrebbe gli strumenti atti a garantire la salute e la qualità della vita del figlio, anche molto tempo dopo la sua nascita. L'accesso può, infatti, avere un quadruplice rilievo: *a)* in termini di diritto del nato ad essere informato sulle modalità del proprio concepimento, anche per la costruzione della propria storia personale ed identità; *b)* di possibilità di contattare il donatore allo scopo di accertarne patologie manifestatesi dopo il prelievo, o svolgere eventuali accertamenti genetici rispetto a patologie, anche rare, di cui il figlio si scopra portatore o che potrebbe aver trasmesso ai propri discendenti, e che non siano state comprese nello *screening* iniziale, ovvero quando i relativi dati risultino perduti, posto che la disciplina europea sui trapianti di cellule e tessuti ne impone la conservazione solo per un trentennio; *c)* di interpello del donatore, ad esempio per domandarne la disponibilità al trapianto da consanguinei che costituisca l'unico mezzo di cura della patologia di cui soffre il nato; *d)* di verifica dell'eventuale esistenza di fratelli, nati dallo stesso donatore attraverso tecniche di p.m.a. o naturalmente, per gli scopi di cui al punto precedente, ovvero per escludere la consanguineità con il *partner* del nato. L'esperienza di altri Paesi è in questo senso illuminante, come riferita da W. KRAMER, N. CAHN, *Finding our families, A First-of-Its-Kind Book for Donor-Conceived People and Their Families*, New York, 2013, ed evidenziata dalla creazione del *Donor Sibling Registry*, e dalla progressiva rinuncia all'anonimato delle legislazioni che, originariamente, lo prevedevano.

⁵⁵ Non ritiene che sussista interesse a conseguire «una verità dimezzata, che non consentirebbe per nulla il soddisfacimento del diritto alla identità biologica del figlio, pur rilevante, in linea di principio ma non nel caso concreto», M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in Id. (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 3143.

⁵⁶ Cfr. A. MORACE PINELLI, *op.cit.*, p. 275 s., conclude nel senso per cui, in forza dell'art. 8 della l. n. 40 del 2004, è al «momento della fecondazione dell'ovulo, in cui l'embrione viene ad esistenza e la responsabilità della coppia è definitivamente assunta, che occorre guardare per stabilire lo *status filiationis*. Ciò spiega l'assoluta irrilevanza, ai fini dell'accertamento dello status, dei comportamenti e dei fatti successivi alla fecondazione».

Altri ordinamenti hanno conosciuto vicende in cui alcuni accertamenti prenatali avevano evidenziato malformazioni o patologie gravi del nascituro, in conseguenza delle quali la coppia committente intendeva porre termine alla gravidanza, in conflitto con l'opposta intenzione della gestante. La disciplina nazionale disegna la decisione interruttiva come esclusiva attribuzione della gestante, e la fonda sul suo personalissimo bilanciamento tra il proprio diritto alla vita ed alla salute e quello, di pari natura, dell'embrione⁵⁷, alla luce del serio pericolo che al primo deriva dalla gravidanza, dal parto o dalla maternità (art. 4), ovvero, in più avanzato stato di gestazione, del grave pericolo determinato dalla gravidanza, dal parto o da accertati processi patologici fetali. Ove, dunque, la gestante intendesse condurre a termine la gravidanza, la coppia committente conserverebbe gli obblighi che realizzano la responsabilità genitoriale verso il nato, per il solo fatto di aver espresso l'originario consenso all'avvio della pratica.

5. Accertamento della maternità della madre sociale secondo la coincidenza di verità biologica e affettività

Una perizia genetica potrebbe, dunque, dimostrare che il patrimonio genetico del bambino nato da surrogazione materna sia del tutto estraneo a quello della puerpera, che ha svolto unicamente il ruolo di «madre portatrice gestazionale»⁵⁸, e risulti invece pienamente coincidente con la derivazione

⁵⁷ Cfr. Corte Cost., 18-2-1975, n. 27, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, c. 1416 ss. e c. 1762 ss., con note di M.C. ANDRINI, *Soggetto e persona: rilevanza autonoma della tematica dell'aborto*, e di M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 codice penale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, I, 117 ss., con note di R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, p. 538 ss., e di S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, p. 2099 ss.; in *Giustizia civile*, 1975, I, p. 1098 ss., con nota di C. CHIOLA, *Incertezza sul parametro costituzionale per l'aborto*, per la quale: «L'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale. Di conseguenza la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. (...) 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». Diversa la posizione di Corte EDU, Grande chambre, 16-12-2010, *A et al. c. Irlanda*, in *Foro italiano*, 2011, IV, c. 184 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 511 ss., su cui v. G. REPETTO, *Gli Stati signori dei propri bilanciamenti? A proposito di una recente sentenza della Corte di Strasburgo in tema di aborto*, in www.dirittoconparati.it (ultima consultazione il 15/04/2016).

⁵⁸ Accogliendo la definizione offerta da P. DONADONI, *La riproduzione artificiale*, in P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni*, 3, *Uccisione del congiunto, responsabilità familiare, affido, adozione*, Padova, 2011, p. 111 ss.; F.M. ZANASI, *Maternità surrogata*, in www.personaedanno.it (ultima consultazione il 11/01/2016); F. PIZZINI, *Corpo medico e corpo femminile. Parto, riproduzione artificiale e menopausa*, Milano, 1999, p. 211 distingue invece madre surrogata in senso stretto, o madre sostitutiva, che è colei che porta avanti la gestazione del proprio ovulo, e madre portatrice, che gesta l'ovulo altrui. Con riguardo alle problematiche etiche connesse alla maternità surrogata, al particolare legame affettivo che si instaura tra gestante e feto, al pericolo di lesione della dignità della donna, e di sfruttamento economico delle sue capacità riproduttive, alle forme di maternità surrogata solidale o oblativa, e per i casi in cui la gestante sia legata ai committenti da vincoli familiari o affettivi, si veda almeno COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Le tecniche per la procreazione assistita*, Roma, 1994. Sul contratto di surrogazione materna, e sulla compatibilità col disposto dell'art. 5 c.c., M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 252 ss.; ID., *L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato nazionale per la bioetica*, in *Famiglia e diritto*, 1994, p. 554, ss.; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 264 ss.; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi*

biologica dalla donna committente, alla quale è stato prelevato il gamete impiegato per la generazione dell'embrione.

In tali condizioni, le considerazioni fin qui svolte fondano l'opinione per cui la maternità deve potersi accertare secondo il criterio generale della compatibilità genetica al pari della paternità, in ossequio al principio di pari trattamento delle identiche situazioni soggettive dei due genitori: deriva, di tal guisa, il diritto del figlio – rimosso eventualmente l'inveridico stato che lo leghi alla partoriente – a veder costituita la maternità di quella biologica⁵⁹, ai sensi dell'art. 269 c.c.

La norma detta infatti prioritariamente, al comma 2, la regola generale della prova libera della sussistenza del rapporto biologico di filiazione, che realizza il principio di veridicità dello *status filiationis*, e coincide sia per l'accertamento giudiziale della paternità e della maternità, che con la disciplina dettata per il disconoscimento di paternità dall'art. 243bis c.c.

La regola contenuta nel comma 3 è una norma sulla prova, attraverso la coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e quella di colui che fu partorito dalla donna, applicabile soltanto nella generazione fisiologica, senza ausili medicali. L'onere probatorio ne risulta in questi casi agevolato, non dovendo necessariamente farsi ricorso alla consulenza genetica, ma le conseguenze cui condurrebbe rispetto all'applicazione delle tecniche di ovodonazione sono paradossali.

Si pensi alla gestazione per altri con ovodonazione realizzata all'estero: posto il principio di cui al ricordato art. 33 l. d.i.p., i presupposti e gli effetti dell'accertamento sono regolati dalla legge italiana perché è italiana la nazionalità del figlio, riconosciuto dal padre cittadino italiano. Se, dunque, il figlio domandasse in giudizio l'accertamento della maternità della portatrice, dimostrando di essere il bambino da lei partorito, costei, anche a prescindere dalla *lex loci* che esclude la maternità in caso di surrogazione, potrebbe eccepire il difetto di continuità biologica posto che, se la maternità si prova con qualsiasi mezzo ai sensi dell'art. 269 comma 2 c.c., allo stesso modo si può escludere, dimostrando l'incompatibilità genetica.

La regola dettata dal comma 3 riposa, infatti, sul postulato della coincidenza della fecondazione, della gestazione e del parto in capo alla stessa donna, ed in tanto realizza la tutela del figlio in quanto gli consente di veder accertata la responsabilità genitoriale di colei che, a prescindere dalla consapevolezza e volontà di procreare⁶⁰, gli ha consentito di venire alla luce grazie alla propria fecondità, ed al

giuridici, Torino, 1999 110 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 79 ss.; M. G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, 2007, p. 104 ss.

⁵⁹ Discute in proposito di «tragica scelta tra due verità parziali» S. PATTI, *Verità e stato giuridico delle persone*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 242; evidenzia l'interesse del figlio alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che si realizza nell'attribuzione della maternità alla madre genetica che coincida con la committente, P. VERCELLONE, *Fecondazione assistita e status familiari*, in F.D. BUSNELLI, A.R. GENAZZANI, E. RIPEPE, *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere, Atti del convegno di Pisa, 30 gennaio – 2 febbraio 1997*, Roma, 1998, p. 104. Così anche P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 193 ss., spec. p. 200, in ragione della rilevanza attribuita dalla tecnologia al titolo genetico della maternità rispetto a quello di gestazione e parto, sicché «negare ogni rilevanza al primo titolo, quando è assecondato dall'accoglienza, significa sancire una differenza – un tempo non prospettabile – tra il trattamento che il diritto fa all'uomo e quello che farebbe alla donna».

⁶⁰ Cfr., per la questione della rilevanza della volontà nella procreazione eterologa e nella surrogazione di maternità, E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss.; ID., *Intento e procreazione, Quaderni di Diritto, mercato, tecnologia*, 2014, 3, p. 39 ss., nonché Cass. civ., 29-9-2013, n. 21882, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la

corretto funzionamento degli elementi naturali, non avendo deciso né di interrompere volontariamente la gravidanza, ricorrendone i presupposti legittimanti, né di avvalersi della facoltà di anonimato. Evenienza in cui peraltro il figlio manterrebbe comunque l'azione per l'accertamento della maternità, quando non sia stata pronunciata la sua adozione parentale.

Solo distinguendo la procreazione secondo natura e quella attraverso p.m.a. può risolversi la dissociazione critica tra la regola di accertamento della discendenza genetica con ogni mezzo, e preferenzialmente con il DNA, e quella di accertamento della maternità attraverso il parto, che il legislatore della riforma, pur consapevole delle tecniche di ovodonazione, ha mantenuto inalterata.

Con riferimento implicito alla procreazione senza ausili medicali, rispetto alla quale possono sussistere dubbi solo con riguardo alla paternità del concepito, il codice risolve l'accertamento della maternità con quello del parto ad opera di una donna determinata, presupponendo che a costei appartenga l'ovulo che è stato fecondato e si è sviluppato nell'embrione che è maturato nel suo grembo durante la gestazione. Il comma 2 del citato art. 269 c.c. mantiene, invece, la prova «con ogni mezzo» non della sola paternità, ma anche della maternità, per risolvere i casi in cui il presupposto implicito manchi, con l'unica eccezione della preclusione nei confronti della donatrice estranea al progetto procreativo (art. 9 l. n. 40 del 2004).

Tanto consente di superare l'opposta opinione⁶¹, sanzionata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per la quale il divieto della surrogazione di maternità realizzerebbe un principio di ordine pubblico, a presidio del valore fondamentale di dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione «con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto (...) l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». Secondo tale opinione, il divieto non contrasterebbe con la tutela del superiore interesse del minore, di cui all'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 20-11-1989, ratificata con l. 27-5-1991, n. 176, in quanto «il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interessi si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione (...) la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

La pronuncia afferma, al tempo stesso, la regola di genitorialità per discendenza biologica e quella paritaria di attribuzione della maternità attraverso il parto, che conduce tuttavia a risultati opposti

genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al "disvolere" del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

⁶¹ Cass. civ. 11-11-2014, n. 24001, cit. riferita, però, ad un caso in cui non constava la maternità genetica della committente, che non manca di precisare che «le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, come è pacifico nel caso in esame; né tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal tribunale. E nemmeno rileva qui domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame».

nei casi descritti. Non può dirsi neppure che entrambe siano contrapposte all'adozione, quale unico strumento approntato dall'ordinamento per la realizzazione di una genitorialità disgiunta dalla biologica comunanza di DNA, poiché quando la donna partorisce un figlio nato da procreazione con ovodonazione manca proprio quel legame biologico di derivazione genetica dalla partoriente, eppure la partoriente sarebbe madre in ragione del parto, realizzando i propri diritti fondamentali alla salute ed all'autodeterminazione nelle scelte procreative⁶².

Per la medesima ragione non può sostenersi che l'adozione sia l'unico istituto ordinato alla realizzazione di progetti di genitorialità avulsi dal legame biologico e genetico, potendosi anzi ipotizzare condizioni di sterilità assoluta di coppia, risolubili solo attraverso la doppia eterologa, ammessa in conseguenza dalla cennata pronuncia di incostituzionalità.

Neppure può concordarsi con la richiamata interpretazione con riguardo agli effetti della ritenuta nullità per frode alla legge e contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita estero del bambino, per violazione della legge nazionale che richiedeva il legame biologico con almeno uno dei genitori sociali. A ciò conseguirebbe la mancanza dello *status* per difetto del titolo costitutivo dello stesso, e per tale ragione si imporrebbe la dichiarazione di abbandono, non risultando l'esistenza di genitori ai sensi dell'art. 11, comma 2 l. n. 184 del 1983, e «non occorre[rebbe] che [il titolo] sia contestato mediante le apposite azioni giudiziarie previste dalla legge».

Al contrario, il titolo dello stato esisteva fin dalla nascita del bambino tanto nell'ordinamento straniero quanto in quello interno, tale essendo il certificato di nascita formato all'estero, pur se viziato e comunque contrario alla verità biologica della generazione: se ne è avvenuta la giurisprudenza penale quando ha ritenuto che non sussiste, nella domanda di trascrizione di quel certificato nei registri dello stato civile italiano, il reato di alterazione di stato perché la descritta condotta non comporta una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, in quanto si realizza quando l'atto è già formato, e lo stato è costituito⁶³.

Il criterio di pari trattamento e la tutela dell'interesse del minore impongono, in conclusione, di riconoscere al figlio in prima battuta il diritto a conservare lo stato corrispondente alla maturata affettività, e quindi quello di decidere se contestare, in qualsiasi tempo, la paternità e la maternità giuridica attraverso la prova dell'incompatibilità genetica, ovvero mantenere la stabilità affettività e la serenità familiare. In tal guisa costui resta arbitro della soddisfazione del proprio diritto fondamentale allo *status* di figlio o di figlia che gli spetta in ragione della verità biologica, ed è espressione dell'identità personale⁶⁴: in questi termini, la verità della generazione, almeno in via potenziale, prevale sulla volontà dei genitori sociali e sulle risultanze dei registri di stato civile⁶⁵.

⁶² Corte Cost., 10-6-2014, n. 162, cit.

⁶³ Cass. pen., 5-4-2016, n. 13525, cit.

⁶⁴ Tale diritto fondamentale è stato proclamato per prima da Corte Cost., 28-11-2002, n. 494, dichiarando illegittimità costituzionale dell'art. 278, I comma, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, I comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato dalla predetta disposizione, in *Famiglia*, 2003, II, p. 841 ss., con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, c. 868 ss.; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, I, p. 4058 ss., con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; si veda anche, *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figlio nati da rapporto incestuoso*; in *Vita notarile*,

Ragionando per assurdo, ove si ammettesse peraltro che davvero il titolo dello stato mancasse, nel caso oggetto del giudizio come in tutti quelli nei quali il figlio abbia vissuto coi genitori sociali, la filiazione risulterebbe comunque provata attraverso il possesso continuo dello stato di figlio, ai sensi dell'art. 236, 2° comma, c.c. Ne sarebbero infatti integrati tutti i presupposti, di cui all'art. 237, 2° comma, c.c.: i genitori sociali trattano il bambino come figlio, provvedendo al suo mantenimento, all'educazione e al collocamento; in detta qualità il bambino è considerato nei rapporti sociali e nella famiglia, fin dalla nascita⁶⁶.

Tanto conferma che nella fattispecie che ci occupa, trattandosi di contestazione della discendenza, debbono trovare applicazione le azioni dirette a rimuovere lo stato di filiazione, i cui limiti – posti a presidio dell'interesse del minore alla stabilità delle relazioni familiari, all'affettività ed alla certezza e conservazione dello *status*, anche se non veridico – verrebbero sostanzialmente aggirati ove si addivenisse, come nel caso in commento, all'adozione parentale del minore da parte di altra coppia.

In particolare, quando risulti la coincidenza della genitorialità biologica della madre committente, neppure il figlio potrebbe contestare lo *status* acquisito per effetto del riconoscimento dell'atto di nascita, perché l'azione sarebbe paralizzata dall'eccezione materna fondata sulla prova del DNA, che realizza il principio di corrispondenza della verità legale alla verità biologica della generazione.

Non sembra parimenti fondata l'argomentazione per cui la mancata trascrizione dell'atto di nascita all'estero, da cui deriva l'inconoscibilità della genitura, non porrebbe questione alcuna rispetto alla perdita della responsabilità genitoriale dei committenti, in quanto «la responsabilità genitoriale nei confronti del piccolo (...) non è stata mai assunta dai ricorrenti, non avendo gli stessi mai assunto la qualità di genitori». Al contrario, l'automatismo in questione è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio in ossequio alla necessaria considerazione dell'interesse superiore del figlio⁶⁷ che fonda la conservazione dello stato corrispondente alla sua vita familiare in atto, principio e dichiarata incostituzionalità che la cennata interpretazione vanifica rispetto alla maternità surrogata.

2002, p. 1353 ss., con nota di G. VECCHIO, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; v. anche C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *Rassegna Giuridica Sarda*, 2003, p. 851 ss. In particolare, secondo la Corte, dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», in violazione del «diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali». In termini conformi v. Corte Cost. 10-2-2006, n. 50, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, p. 172 ss.

⁶⁵ Sulla novella delle azioni di stato cfr. M. SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 458 ss.

⁶⁶ Nel corso del processo, il Tribunale per i minorenni, nominato un curatore speciale per il minore, ne aveva disposto l'affidamento ai servizi sociali «con collocazione presso gli apparenti genitori».

⁶⁷ Corte Cost., 23-1-2012, n. 31, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 569 ss.; in *Foro italiano*, 2012, I, c. 1992 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 437 ss., con nota di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 364 ss., con nota di Man. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 415 ss.

6. Surrogazione di maternità con ovidonazione anonima

La gestazione per altri con donazione di gameti femminili da una terza donna, che non sia né la portatrice né madre sociale, introduce rispetto allo *status* del nato interrogativi diversi, anche a prescindere dalla discussa abrogazione della sanzione penale. Rispetto a quest'ultima, si evidenzia peraltro una disparità di trattamento in ragione della disponibilità di risorse economiche adeguate alla realizzazione della pratica fuori dai confini nazionali, alla luce del più recente arresto della massima giurisdizione penale, in accordo con quella di merito⁶⁸, per cui non costituisce reato il fatto commesso all'estero, e la domanda di trascrizione dell'atto di nascita senza menzione della gestazione per altri non integra neppure i presupposti per l'alterazione dello stato civile (art. 567 c.p.) e le false attestazioni al pubblico ufficiale (Art. 495 c.p.).

La radicalizzazione del dissenso sulla compatibilità della gestazione per altri con i principi fondamentali di tutela della dignità femminile e rispetto della libera determinazione della donna, e le differenti opzioni circa la liceità della sua forma solidaristica piuttosto che di quella in cui sia previsto un corrispettivo o un rimborso delle spese e delle perdite conseguenti all'astensione dal lavoro per la gravidanza⁶⁹, continuano ad esporre tutti i soggetti coinvolti, ed in particolare il nato, alla medesima incertezza degli orientamenti interpretativi che venne segnalata con riguardo al consenso all'inseminazione eterologa, quando si discuteva della sua sanzione penale⁷⁰. Incertezza foriera di gravissimi danni all'identità personale del figlio, costretto a veder convivere due rappresentazioni di sé contrastanti: quella sociale, coincidente con l'affettività verso le figure genitoriali di riferimento, e quella legale in cui almeno uno di questi adulti non è genitore, o nella peggiore delle ipotesi nessuno di essi, con conseguente possibilità di adozione.

La tesi che nega il riconoscimento dell'atto estero di nascita da maternità surrogata si fonda sul principio di indisponibilità degli *status*, assistito dalla ricordata sanzione penale *ex art.* 567 c.p. Tuttavia, abbiamo visto che il reato è escluso nella domanda di riconoscimento e trascrizione nei registri civili, non avendo nessuna incidenza sul titolo che costituisce lo stato, e comunque tutela il *best interest* del minore a conservarne gli effetti e la vita familiare in atto, a prescindere dal divieto nazionale di surrogazione e dalla sua affermata natura di principio di ordine pubblico. Lo *status*, infatti, si è già costituito per effetto del titolo estero, e la sua trascrizione nei registri dello stato civile italiano svolge esclusivamente la funzione di documentazione dello «stato della persona fisica, comprendendo in es-

⁶⁸ Cass. pen. 5-4-2016, n. 13525, cit.; per i giudici di merito v. almeno Trib. Milano, sez. V pen., 15-10-2013, 13-1-2014, in www.diritto penale contemporaneo.it (ultima consultazione 15/4/2016); Trib. Trieste, GIP, 4-10-2013, in *Banca dati Iusexplorer*; Trib. Trieste, GUP, 6-6-2013, in www.biodiritto.org (ultima consultazione il 13/04/2016), su cui M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANO, *Diritto penale, parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441 ss.

⁶⁹ Cfr. sul rapporto col divieto di cui all'art. 5 c.c. e con riferimento alla affinità con l'attività di lavoro per altri, F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in A. GRAZIANI, I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, p. 146 ss.

⁷⁰ U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1964, p. 489 ss., rispetto al quale ricorda L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 378, l'aver evidenziato «l'autoresponsabilità che l'uomo assume con il consenso all'inseminazione. Il consenso, a parere dell'A., comporta la perdita del potere di adire per il disconoscimento, anche rispetto a rapporti in cui è da escludere la libera disponibilità delle parti, in considerazione del fatto che "la rilevanza giuridica della volontà individuale non sempre è proiezione di un potere negoziale"».

so anche la esistenza stessa del soggetto, che ne è un evidente presupposto»⁷¹, allo scopo di «conservare la memoria della nascita, del matrimonio e della morte, atti supremi della vita civile»⁷², nonché di «pubblicità e prova dei fatti registrati», in termini di certezza pubblica, o di verità intrinseca⁷³, con funzione probatoria⁷⁴.

In ipotesi di estraneità genetica del nato tanto alla gestante che alla madre sociale, la tutela del figlio e la responsabilità ex art. 30 Cost. della donna che, col proprio assenso ha consentito l'avvio delle tecniche di surrogazione in questione si è assunta il peso delle loro conseguenze, possono realizzarsi attribuendo la maternità a costei, in applicazione della regola dettata per il padre dall'art.8 della l. n. 40 del 2004 imperniata sul divieto di *venire contra factum proprium*⁷⁵, che fonda la responsabilità genitoriale sul consenso e si riverbera nel difetto di legittimazione al giudicato demolitorio dello stato, fissato dal successivo art. 9 comma 1⁷⁶. Tale regola esprime l'irrilevanza del ripensamento rispetto alla manifestazione di volontà, espressa o tacita, e al tempo stesso protegge l'interesse del figlio alla conservazione dello stato inveridico, su cui si fonda tutto il sistema dell'accertamento della filiazione, ivi compreso il ricordato regime della decadenza dei legittimati diversi dalle azioni negatorie nella procreazione fisiologica⁷⁷. Rispetto all'azione di costoro, tanto la legislazione sulla procreazione medica che il codice riformato nel 2012-2013 dimostrano infatti l'incondizionata preferenza per la stabilità rispetto alla veridicità, quando lo stato inveridico risulti coerente con la consolidata affettività. Le due tipologie procreative si distinguono, dunque, solo per il momento nel quale si cristallizza l'intangibilità dello stato: tale *dies* nella p.m.a. coincide con la nascita conseguente al consenso

⁷¹ L. FERRI, *Degli atti dello stato civile, artt. 449-455*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna- Roma, 1973, p. 14.

⁷² V. NAPOLITANI, *Degli atti dello stato civile*, Napoli, 1860, p. 27, ove anche numerosi riferimenti storici.

⁷³ Discute di funzione fidefaciente, rispetto alla posizione del soggetto rispetto alle comunità necessarie dello Stato e alla famiglia, M.C. ANDRINI, *Atti dello stato civile*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 4, Tomo 3, Torino, 1997, p. 979 ss.; A. ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 94, limita all'ufficiale dello stato civile la rilevanza delle risultanze dei registri, per l'attestazione dello *status* di figlio; il riferimento alla «verità intrinseca» è di L. BALESTRA, E. BOLONDI, *Degli atti dello stato civile. Sub. Artt. 449-455*, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, p. 592.

⁷⁴ Cfr., a proposito della precostituzione della prova dei fatti che incidono sullo stato civile delle persone, A. CERINO CANOVA, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia Cian, Oppo, Trabucchi*, vol. IV, Padova, 1992, p. 679 ss.; G. BAUDRY-LACANTINERIE, P. D. LOYNES, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle persone*, V, trad. it., Milano, 1923, p. 2; G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, in P. FIORE *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, II, *Delle persone*, VI, Napoli, 1900, p. 204. Sull'efficacia dell'atto di nascita v., per una sintesi, AA.VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Torino, 2010, p. 60 s.

⁷⁵ Cfr. A. SASSI, *Azioni di stato*, cit., p. 317.

⁷⁶ C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commento*, Torino, 2004, p. 156 ss.; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 79 ss.

⁷⁷ Rilevava L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 395, già prima della riforma degli *status* di filiazione, dall'esame degli automatismi che accompagnano la formazione dell'atto di nascita nella filiazione legittima, dei limiti di tempo e della legittimazione all'azione negatoria fondata sulla mancata corrispondenza tra verità biologica e verità legale, che «emergono, pertanto, con immediata chiarezza, un principio di verità, un principio di responsabilità, un principio di stabilità, tutti finalizzati all'interesse del minore, interesse che, peraltro, impone la rapidità e una, conseguente, necessitata fiducia nella lealtà delle dichiarazioni». Sul punto v. di recente A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 17 ss.; S. STEFANELLI, *Caratteri e funzioni dello stato*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 53 ss.; ID., *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., p. 133 ss.

all'eterologa, in cui si esprime l'adesione alla formazione di un titolo dello stato non corrispondente alla verità della generazione ai sensi degli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004; nella fecondazione secondo natura consegue allo spirare del termine ultimo quinquennale dalla nascita o dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita di cui agli artt. 244, comma 5, e 263, comma 3, c.c., pur nell'ignoranza dell'inveridicità biologica.

Argomenti a sostegno di tale opinione possono trarsi dalla motivazione della pronuncia che della disposizione dell'art. 9 l. n. 40 del 2004 costituisce l'antecedente storico e logico⁷⁸, la quale esclude l'esperibilità del disconoscimento di paternità nei confronti del nato da inseminazione artificiale eterologa, proprio in ragione dell'estraneità della procreazione con ausili medicali alla disciplina codicistica, che impernia gli elementi fondanti lo stato di matrimonialità sul parto e sulla presunzione di paternità del marito perché presuppone implicitamente che l'incompatibilità genetica possa conseguire esclusivamente all'adulterio.

Negli stessi termini, la committente che intendesse sottrarsi agli obblighi nei confronti del nato, a sé geneticamente estraneo, adducendo di non averlo partorito, vi resterebbe dunque legata dal consenso originariamente espresso, senza possibilità di ripensamento, a tutela del diritto del figlio di cui all'art. 30 Cost.: ciò rileva, all'evidenza, specialmente allorquando neppure la partoriente intenda costituirgli lo stato nei propri confronti.

In contrario si obietta che l'omessa previsione nella l. n. 40 del 2004 di una coerente regola sull'attribuzione della maternità, a fronte della disciplinava della paternità nel divieto della fecondazione eterologa, consegue all'implicito rinvio all'operatività del principio codicistico di maternità della partoriente⁷⁹. Un'opinione originale propone, infine, di attribuire la maternità a quella donna cui facciano capo almeno due degli elementi costitutivi della generazione: la volontà, il contributo genetico alla procreazione e quello dato attraverso la gestazione ed il parto⁸⁰.

Mentre sembra arduo desumere dal silenzio del legislatore un'opzione contraria a quella dettata per il padre, il principio di parità di trattamento ci sembra determinante nel fondare la responsabilità della donna, come quella dell'uomo, sulla scelta. Ciò non esclude comunque, nella gestazione per altri con ovodonazione anonima, l'azione demolitoria del figlio, fondata sulla prova dell'inveridicità. Gli resterebbe invece preclusa l'azione di accertamento positivo verso la donatrice, in ragione dell'art. 9, comma 3, l. n. 40 del 2004.

⁷⁸ Corte Cost. 22-9-1998, n. 347, cit.

⁷⁹ U. SALANITRO, *Art. 9 Legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, nel *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, p. 576 s.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, 2004, p. 162; T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina della costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del seminario giuridico*, V, Milano, 2005 p. 493; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 194; A. RENDA, *op. cit.*, p. 170, nt. 107; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in ID. (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 3161; F. SCIA, *Procreazione assistita e status del generato*, Napoli, 2010, p. 263, p. 281 ss. . Nello stesso senso dell'esclusione dell'operatività del principio di auto responsabilità per la madre, prima della l. n. 40 del 2004, P. RESCIGNO, *Note sul tema della procreazione artificiale*, in *Foro napoletano*, 1995, p. 233 ss.; così anche F. CASAVOLA, *Tecniche di riproduzione artificiale: proposte legislative e valori costituzionali*, *ibidem*, p. 249 ss., per la prevalenza della gestazione sulla fecondazione in ragione del più intenso legame tra partoriente e feto.

⁸⁰ G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 76 ss.

Del resto, l'adesione alla opposta tesi condurrebbe a conseguenze irragionevoli. Lo stato si costituirebbe contro la gestante, in difetto di suo atto di autoresponsabilità, attraverso la dichiarazione giudiziale di maternità fondata sul parto, ex art. 269 comma 3 c.c., ma in detto giudizio la donna potrebbe paralizzare l'azione provando il difetto di discendenza genetica. Per altro verso, il titolo formato all'estero nei confronti della donna committente non sarebbe trascrivibile, perché contrario all'ordine pubblico. Inevitabilmente ne deriverebbe la dichiarazione di adottabilità del bambino, non constandogli genitori, sebbene vi sia una donna che di lui intende prendersi cura, ed alla cui originaria scelta è conseguita la sua nascita da madre surrogata. E' indubitabile che così facendo i committenti abbiano inteso eludere la disciplina dell'adozione, e che la costituzione dello stato nei loro confronti equivarebbe ad avallarne l'illecito, ma la ricordata giurisprudenza sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ha chiaramente insegnato che il margine di apprezzamento e la discrezionalità dello Stato, circa le limitazioni che possono essere imposte alla protezione del diritto alla vita privata e familiare, si restringono notevolmente quando l'identità personale del figlio viene compromessa in un aspetto essenziale a causa della mancata trascrizione, nel Paese in cui la surrogazione è vietata, dell'atto di nascita formato nel Paese ove tale pratica è legale⁸¹.

Nella maggioranza dei casi la nascita è fortemente voluta dalla committente, quale coronamento di un progetto procreativo al quale è stata necessaria la collaborazione dell'altra donna, e di regola solo la madre sociale reclama diritti sul nato, concretamente domandando la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita formato all'estero.

Il quadro può tuttavia complicarsi allorché, nell'immediatezza del parto, la puerpera vuole costituirsi la maternità sul nato, venendo meno agli impegni assunti con l'accordo, illecito per contrarietà all'art. 12 della l. n. 40 del 2004. Entrambe le donne reclamano la maternità, la portatrice che non intende dare esecuzione all'accordo e la madre sociale che ne domanda l'attuazione.

La puerpera si trova nelle condizioni di potersi costituire il titolo della filiazione semplicemente riconoscendo il figlio come non matrimoniale, o altrimenti, se è coniugata, effettuando la dichiarazione di nascita in matrimonio, perché dispone della attestazione di assistenza al parto o di constatazione di avvenuto parto, di cui all'art. 30 del DPR n. 396 del 2000, che contiene le indicazioni delle di lei generalità.

L'attuale sistema dei titoli costitutivi⁸² comporta tuttavia differenze fondamentali tra le due ipotesi.

Lo stato di figlio non matrimoniale resterebbe esposto all'azione di impugnazione per inveridicità non solo del figlio ma anche di qualsiasi interessato, a norma dell'art. 263 comma 1 c.c., ed il giudizio sarebbe retto dalla prova dell'incompatibilità genetica. Discutibile è l'interesse all'azione della madre

⁸¹ Cfr. Trib. Min. Roma 23-12-2015, cit., che con riferimento a Corte EDU 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., e Id., 26-6-2014 *Menesson c. Francia*, cit., e *Labassé c. Francia*, ric. n. 65941/11, scrive «i Giudici di Strasburgo, quindi, antepongono ad ogni valutazione circa l'eventuale ricorso a metodi alternativi di procreazione, praticati all'estero da cittadini di Paesi che non consentono di avvalersi di simili tecniche, la necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori omosessuali. La Corte ha osservato, infatti, che i bambini generati con ricorso a maternità surrogata sono soggetti ad uno stato assoluto di incertezza giuridica, ove il loro Stato non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, calida in un caso solo socialmente e nell'altro solo legalmente».

⁸² Cfr. S. STEFANELLI, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, cit., p. 191 ss.

sociale, che reclaims il proprio diritto sul nato: costei non potrebbe ottenere l'accertamento della propria maternità per l'identico difetto di continuità genetica, ma a risultati opposti conduce l'accoglimento del principio per cui la maternità consegue alla scelta, espressa nel momento del consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita con surrogazione di maternità. Ove, invece, la partoriente avesse costituito al nato lo *status* di suo figlio matrimoniale, è certo che la legittimazione all'azione negatoria sia preclusa alla committente, perché limitata ai sensi dell'art. 243 *bis* comma 1: quindi, spirati i termini per l'azione del marito, gli effetti della dichiarazione resterebbero intangibili fino a che, eventualmente, il figlio non proponga la domanda.

Ne emerge⁸³ l'incoerenza nel sistema, asseritamente unitario, degli *status filiationis* al cui rimedio sembra imprescindibile un intervento legislativo, che attui in termini unitari il bilanciamento dei valori potenzialmente confliggenti di verità dello *status*, stabilità e tutela dell'affettività⁸⁴. Allo stato attuale, la soluzione sembra potersi rintracciare nell'apprezzamento dell'interesse superiore del minore, che in astratto è quello di conservare lo *status* corrispondente alla consolidata affettività, anche in attuazione della protezione dei legami familiari di fatto di cui è testimonianza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lasciando in ogni caso a lui la decisione ultima di rimuoverlo, secondo la disciplina ordinaria delle azioni di stato⁸⁵. Il giudice interessato dalla madre sociale delle due domande di demolizione dello stato spettante al nato e costituzione del vincolo nei propri confronti, dovrebbe tuttavia parametrare l'apprezzamento dell'interesse al caso concreto, valutando l'eventuale condizione di abbandono morale e materiale in cui versò il bambino, di cui partoriente si disinteressa, e le condizioni di vita che gli offre la donna che con la propria decisione ha permesso che venisse al mondo, anche in considerazione di legami significativi nel frattempo intrecciati con il bambino.

Ancora una volta la disciplina pubblicistica dell'adozione di minori potrebbe risultarne aggirata, ma ne uscirebbe valorizzato l'interesse del minore alla conservazione dell'affettività che è il valore prioritario secondo i giudici di Strasburgo, di recente espresso con riguardo agli affidamenti legittimi dalla novella dettata con l. 19-10-2015, n. 173. Si eviterebbe, soprattutto, di far pagare al minore, con l'interruzione dei rapporti, l'affidamento preadottivo e l'adozione da parte di diversa e sconosciuta coppia genitoriale, il prezzo delle scelte altrui. È l'apprezzamento dell'interesse superiore del minore a consentire di interrompere il circolo vizioso fondato esclusivamente sull'intento sanzionatorio che, attraverso l'insensibilità rispetto alla maturata affettività, ha condotto la stessa Cassazione alle decisioni violative dell'art. 8 della Convenzione EDU.

⁸³ Cfr. almeno L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 201 ss.; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (II parte)*, cit., p. 392 ss.

⁸⁴ M. SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, cit., p. 462 s., evidenzia che una ulteriore disparità si realizzerebbe nelle azioni di contestazione di parto e supposizione di parto, rispetto al figlio riconosciuto come non matrimoniale, qualora si ritenessero applicabili solo alla filiazione in matrimonio, mentre in quella non matrimoniale sarebbe esperibile solo l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.; tale azione resterebbe preclusa allo spirare del termine di cinque anni dal riconoscimento, mentre la maternità e la paternità sarebbero contestabili in qualsiasi tempo rispetto al figlio matrimoniale.

⁸⁵ A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, cit., spec. p. 6.

7. Interesse del minore e iniziativa del pubblico ministero nelle azioni di stato

Necessita, infine, indagare se, a norma degli artt. 78 e 79 c.p.c., il pubblico ministero che abbia notizia dell'inveridicità dello stato costituito al minore dall'atto di nascita da gestazione per altri formato all'estero, trascritto in Italia in ragione della tracciata interpretazione, possa formulare istanza per la nomina di un curatore speciale che eserciti, nell'interesse del minore, le descritte azioni contro i genitori, nell'evidente conflitto con costoro, istituto che esprime un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace⁸⁶. Sarebbe questa la via attraverso cui superare la cennata disparità di legittimazione alle azioni previste per la filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, oltre a consentire di rimuovere lo stato non corrispondente alla verità biologica anche prima che il figlio raggiunga la maggiore età (art. 244 comma 5, art. 263 c.c.).

La nomina del curatore speciale postula l'apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore alla rimozione dello stato⁸⁷, interesse che difetta, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, quando «risulti un interesse del minore contrario alla privazione dello stato di figlio legittimo o, rispettivamente, all'assunzione dello stato di figlio naturale nei confronti di colui contro il quale si intende promuovere l'azione: interesse che dovrà essere apprezzato dal giudice soprattutto in funzione dell'esigenza di evitare che l'eventuale mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicare gli equilibri affettivi e l'educazione. In questo caso la decisione deve essere lasciata allo stesso figlio quando avrà compiuto i sedici anni»⁸⁸.

Parificati gli *status filiationis*, tali considerazioni si possono estendere alla privazione dello stato di figlio non matrimoniale. Anche in tal senso, dunque, si impone la conservazione dello stato nei confronti della madre che ha riconosciuto o dichiarato il bambino come proprio, ovvero della donna indicata come madre nell'atto di nascita formato all'estero, e che si prende di lui cura, almeno fino a quando il figlio abbia raggiunto una capacità di discernimento sufficiente per ponderare la rispondenza ai propri interessi dell'azione negatoria della maternità, fondata sulla discendenza.

⁸⁶ Corte Cost., 11-03-2011, n. 83, in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1289 ss.

⁸⁷ Cass. civ., 05-01-1994, n. 71, in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1994.

⁸⁸ Corte Cost. 27-11-1991, n. 429, in *Foro Italiano*, 1992, I, c. 2908 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, c. 385 ss., con nota di M. D'AMICO, *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo «a quo») ad intervenire nel giudizio costituzionale*.

La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici

*Bartolo Salone**

THE SURROGATE MOTHERHOOD IN ITALY: THE DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW ASPECTS

ABSTRACT: The surrogate motherhood, widespread in some States of the U.S.A., Asia and continental Europe, is a reproduction practice prohibited in Italy, according to the article 12, paragraph n. 6, of the Italian Law n. 40/2004 about the artificial procreation. The present paper – after a brief recognition of the Italian and European case-law – tries to respond to the principal legal questions deriving from the violation of the domestic prohibition, realized into the national territory or abroad, particularly in relation to the effects of surrogacy contract and in order to the correct institution of parental relationship with the newborn baby.

KEYWORDS: artificial reproduction; natural motherhood; parental relationships; surrogacy contract; surrogate motherhood.

SOMMARIO: 1. La maternità surrogata nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un quadro delle principali questioni etiche e giuridiche. – 2. Accordi di surrogazione di maternità: natura giuridica, validità, effetti. – 3. L'instaurazione del rapporto di filiazione del nato a seguito di procedura surrogatoria in Italia, tra principio di responsabilità procreativa e principio della maternità naturale legata al parto. – 4. Riconoscimento, nell'ordinamento nazionale, del rapporto di filiazione del nato da procedura surrogatoria eseguita all'estero: i principi elaborati dalla Corte Edu. – 5. L'ordine pubblico internazionale e il superiore interesse del minore. Alcune considerazioni sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto. – 6. Contrarietà all'ordine pubblico della maternità di sostituzione: problemi relativi allo status filiationis del nato a seguito di procedura surrogatoria realizzata all'estero. – 7. Dalla surrogazione di maternità alla "doppia maternità" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Torino. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La maternità surrogata nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita: un quadro delle principali questioni etiche e giuridiche

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

* *Giudice civile presso il Tribunale di Agrigento - Master in Bioetica presso l'Istituto di Studi Bioetici "S. Privitera" di Palermo. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.*

(fecondazione artificiale extracorporea o in vitro) delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)¹.

Nel contesto delle metodiche di PMA una posizione tutta particolare riveste la *maternità surrogata o di sostituzione* (altrimenti detta *surrogazione di maternità*, in inglese *surrogate motherhood* 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, generalmente la fecondazione in vitro di un embrione da impiantare nell'utero di una donna estranea alla coppia committente (oppure la fecondazione in vivo della donna medesima ad opera del partner maschio della coppia committente), la quale si renda disponibile ad accogliere il frutto del concepimento e a portare a termine la gravidanza che le è in tal modo commissionata.

La maternità surrogata può pertanto essere definita come quella tecnica in base alla quale una donna si impegna, su commissione, con o senza corrispettivo, a portare a termine una gravidanza e a consegnare il figlio dopo il parto ai "committenti". 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 ancora 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 osserva 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 sostituita 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 ovodonatrice). Nell'ambito della surrogazione "eterologa" può infine darsi il caso che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituita siano forniti da terze persone, estranee tanto alla coppia committente quanto alla stessa madre surrogata (c.d. surrogazione "totale")².

¹ Così, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. priv.*, 2007.

² Per la nozione di surrogacy e per le relative distinzioni concettuali si preferisce seguire, per la sua precisione e analiticità, la classificazione riportata sopra e proposta da M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. Occorre però segnalare che non esiste ancora nella letteratura scientifica e, in particolare, biogiuridica una terminologia uniforme per riferirsi ai fenomeni indicati. Nello specifico alcuni autori (ad esempio, G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 1998, p. 754 e S. RONDINELLI, *Procreazione artificiale o artificio creativo del diritto? (Il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)*, in

Talvolta alla surrogazione di maternità viene ricondotta una 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 compagno³ (ipotesi alla quale nella letteratura bioetica ci si riferisce talora con l'espressione "gravidanza eterologa"⁴). La donazione di ovocita, però, 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 momenti: la fecondazione artificiale propriamente detta (che, come si è appena visto, può essere tanto omologa quanto eterologa) e la *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 quivi esaminata tende ad assumere, nell'ambito degli ordinamenti giuridici moderni, una autonoma rilevanza e fisionomia anche dal punto di vista giuridico⁵.

Le tecniche surrogatorie pongono diverse questioni dal punto di vista bioetico, le quali si riflettono puntualmente nel campo del diritto. Infatti, 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, in più, rende possibile un'ulteriore scissione fra procreazione, gravidanza e parto, così producendo, all'interno della stessa maternità intesa in senso naturalistico, una inedita separazione tra le figure della madre genetica (colei che mette

Dir. fam., fasc. 1, 2003, p. 260) utilizzano la locuzione "maternità surrogata" per indicare la procreazione realizzata tramite il contributo genetico e la gestazione di una donna estranea alla coppia committente (ossia, la surrogazione per concepimento e gestazione), preferendo indicare con l'espressione "maternità sostitutiva" l'ipotesi dell'impianto dell'embrione della coppia nell'utero di un'altra donna allo scopo di fare sviluppare il feto e consegnare il figlio alla nascita (ossia, la surrogazione per sola gestazione omologa). Si tratta, tuttavia, di opzioni puramente linguistiche che non alterano, nei fatti, i termini delle questioni etiche e giuridiche sottese alle procedure considerate.

³ Cfr. ancora M. FACCIOLO, *op. cit.*

⁴ Così S. LEONE, *Nuovo manuale di bioetica*, Roma, 2007, 90.

⁵ Una conferma di questa impostazione la si ritrova all'interno della 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, co. 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, co. 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"). Converterà 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 sembrerebbe fare, fra gli altri, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 29).

a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica⁶ (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale⁷ (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio *partner*, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato). Più in dettaglio, mentre nell’ipotesi di surrogazione per sola gestazione (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere, nella surrogazione per concepimento e gestazione la figura della maternità sociale rimane a sé stante, accompagnandosi ora ad 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)⁸.

Il risultato è quello di una sostanziale “destrutturazione” dell’identità materna e, conseguentemente, dell’identità del figlio, il quale prima o poi dovrà porsi il problema di quale sia la figura materna da assumere come riferimento tra le tante coinvolte nel processo generativo. Come esattamente messo in evidenza da una pronuncia di merito, che ha segnato la storia del dibattito biogiuridico sulla *surrogacy* in Italia in un momento 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”⁹. E’ proprio la disarticolazione del fenomeno, in natura unitario, della maternità (con i connessi pericoli per l’equilibrio psicologico del nato, che viene “strappato” dopo il parto alle cure della madre uterina con la quale ha instaurato durante la gravidanza un profondo legame simbiotico) a condurre gli autori ad una valutazione etica generalmente negativa della surrogazione di maternità¹⁰.

⁶ Nella letteratura biogiuridica si parla anche, per identificare la medesima figura genitoriale, di madre gestazionale o portante o surrogata o sostituta.

⁷ 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, andrebbe più esattamente qualificata come “madre (o donna) 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.

⁸ Cfr. M. DELL’UTRI, *op. cit.*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss.

⁹ Trib. Roma, ord. 17-02-2000, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

¹⁰ Si domanda, ad esempio, S. LEONE, *op. cit.*, 95: “Pensando ancora una volta al figlio, come si orienterà la sua psiche in rapporto all’identificazione genitoriale? E spostando l’attenzione alla madre, quale sarà la percezione della sua maternità? Quale rapporto instaurerà la madre uterina nei confronti di un figlio che non è biologicamente suo e che tuttavia ha vissuto con lei nella profonda simbiosi che ogni gravidanza comporta?”. Lo stesso autore, però, propone una valutazione etica prudenziale per “la condizione di assoluta oblatività in

Le maggiori perplessità attengono alla compatibilità della maternità surrogata rispetto al principio (etico e al tempo stesso giuridico) del superiore interesse del minore, tipico dei sistemi giuridici dei Paesi civilizzati. Infatti, è stato posto in risalto da una parte della dottrina giuridica che “il migliore interesse del bambino raccomanda lo sviluppo di una linea affettiva con la sua vera madre e possibilmente con una soltanto. Certamente la maternità di sostituzione impedisce, di contro, che la relazione madre-figlio si concretizzi e si sviluppi normalmente e priva quest’ultimo, in modo definitivo e nell’ipotesi migliore, della possibilità d’avere una linea affettiva e dunque una relazione con la metà della sua discendenza naturale”, evidenziandosi la netta differenza rispetto all’istituto dell’adozione, il quale, pur privando anch’esso il minore definitivamente del legame con la famiglia naturale d’origine, “è pensato per rimediare ad una situazione di crisi già esistente e a trasformare uno stato negativo, dato da un ambiente familiare inidoneo, in uno positivo” mentre “gli accordi di maternità, al contrario, si basano deliberatamente e a priori su questa situazione di rinuncia al bambino”¹¹.

Altro profilo problematico attiene all’informazione del bambino circa le circostanze del suo concepimento, quale riflesso del diritto del minore a conoscere le proprie origini parentali. Benché ancora non sappiamo con certezza come la maternità di sostituzione possa influire sullo sviluppo psicologico del bambino, in un’ottica prudenziale, ispirata al principio di precauzione, pare non potersi escludere il rischio di un trauma, poiché – come è stato opportunamente rilevato in dottrina – “diversamente dall’adozione, la spiegazione è obiettivamente complessa, implicando informazioni sulla sessualità, sul comportamento dei genitori e presupponendo una preparazione e maturità psicologica di questi ultimi non sempre riscontrabile. Così non stupisce – ma certo preoccupa – che indagini statistiche abbiano confermato la quasi assoluta convinzione degli aspiranti genitori (si indica il 97%) della non necessità di fornire tale informazione: un segreto rischioso che potrebbe influire negativamente sulla vita familiare e che, una volta svelato, può suscitare reazioni imprevedibili”¹².

Nell’ipotesi in cui la madre surrogata pretenda un compenso per la cessione del bambino, si aggiunge un ulteriore elemento di disvalore legato alla strumentalizzazione del corpo femminile e alla mercificazione di una funzione tipicamente materna quale è quella della gestazione e del parto¹³. La situa-

cui, in assenza dell’effettiva impossibilità di condurre a termine una gravidanza iniziata, si potrebbe far ricorso” ad una “balia d’utero”, citando in via esemplificativa il caso dell’insorgenza di una seria malattia o di un grave incidente in una donna i cui ovuli siano stati fecondati in vitro e siano pronti all’impianto: in simili casi, la surrogazione di maternità potrebbe trovare una sua giustificazione dal punto di vista morale nell’esigenza di salvaguardare e proteggere la vita incipiente.

¹¹ In questi termini L. D’AVACK, *Nascere per contratto: un’ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.

¹² Cfr. L. D’AVACK, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.

¹³ Al riguardo sottolinea un attento autore (ancora L. D’AVACK, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2000, p. 706 ss.) come la legalizzazione della maternità surrogata potrebbe costituire “la base per uno sfruttamento senza precedenti della donna, specie di quella economicamente debole [...] dove finalità prevalentemente economiche spingono la madre portatrice a cedere il figlio”, paventando altresì il rischio di un avvicinamento del “regime delle persone” a “quello delle cose” (“Siamo al commercio del corpo umano e di una funzione così elevata e delicata come la maternità, situazione assolutamente inammissibile. Sarebbe penoso constatare che tutti gli sforzi civili per segnare la differenza radicale tra il regime delle persone e quello delle cose vengano vanificati attraverso l’avallo stesso della legge”). Il Comitato Nazionale per la Bioetica il 18 marzo 2016 ha approvato, sempre in argomento, una mozione dedicata alla maternità surrogata a titolo oneroso, nella quale, dopo aver richiamato i suoi precedenti documenti sulla compravendita di organi e di ovociti e sul traffico

zione si fa ancor più problematica allorché le coppie richiedenti sfruttino, per avere un bambino con le tecniche in questione, la condizione di indigenza di determinate donne, specie se provenienti da Paesi poveri o, comunque, con una legislazione meno attenta della nostra alle esigenze di protezione della maternità e dell'infanzia. E' questo in buona sostanza il pericolo che si nasconde dietro il fenomeno del cosiddetto "turismo procreativo" (vale a dire la tendenza a recarsi all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato), di cui la casistica giudiziaria negli ultimi tempi offre esempi sempre più numerosi.

Si può ancora osservare come questa tecnica sia fonte di contrasti potenziali tra la madre surrogata e i committenti, nell'eventualità che la prima non intenda, dopo il parto, consegnare il bambino ovvero nel caso del rifiuto da parte della coppia committente di accettare il bambino qualora questi presenti malformazioni o anomalie psicofisiche. Non è chi non veda come l'interesse del minore, in un caso come nell'altro, risulta perdente. Nel caso in cui la madre sostituta sia una persona di famiglia, inoltre, un ulteriore motivo di contrarietà dal punto di vista etico – e di complicazioni dal punto di vista giuridico – può essere ravvisato nel fatto che "a causa dei conflitti che essa solleva, viene sconvolto o quanto meno perturbato il sistema familiare"¹⁴.

Per effetto delle pratiche surrogatorie (in particolar modo di quelle eterologhe), la maternità assume, dunque, caratteri di sempre più marcata "procedimentalizzazione", che ne intaccano – come si è visto – 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. Tutto ciò genera non poche complicazioni e incertezze sul piano giuridico. Il diritto, infatti, è chiamato in questi casi 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 che valore possano avere nel nostro ordinamento gli accordi di maternità surrogata e se, ai fini del riconoscimento della maternità legale, 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.

illegale di organi umani tra viventi, ha concluso che "la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione", ritenendo che "tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali che mergono anche dai documenti sopra citati" (cfr. CNB, Mozione Maternità surrogata a titolo oneroso, consultabile on line sul sito internet http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surroga_materna.pdf).

¹⁴ Cfr. al riguardo Parere del Comitato nazionale per la Bioetica sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni 17 giugno 1994 (<http://www.governo.it/bioetica/testi/170694.html>) sotto la voce Maternità surrogata.

Il divieto di maternità surrogata posto dalla legge italiana¹⁵, benché presidiato da una sanzione penale di notevole 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)¹⁶ – non risolve affatto i divisati 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.

Inoltre, una questione particolarmente complessa è quella che si pone allorché la pratica surrogatoria sia realizzata all'estero, in Paesi in cui la *surrogacy* è ammessa, da coppie italiane (o che comunque si trasferiscano in Italia dopo il parto), e si tratta quindi di dover decidere se il rapporto di filiazione instauratosi tra il nato e la coppia committente in base alle regole dell'ordinamento estero possa assumere giuridica rilevanza anche nel nostro Paese o, se al contrario, una siffatta soluzione sia impedita dal limite generale dell'ordine pubblico.

Volendo offrire a questo punto qualche indicazione di metodo, va posto in evidenza come nel rispondere a questi interrogativi bisognerà partire innanzitutto dalle disposizioni dettate dalla legge 40 a proposito del divieto di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6) e della tutela del nascituro (artt. 8 e 9), le quali costituiscono senz'altro il referente normativo più prossimo e specifico *in subjecta materia*. Inoltre, per quanto non specificamente disciplinato dalle disposizioni in esame, l'interprete non potrà che 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. Il tutto nel quadro dei principi costituzionali in materia di famiglia (segnatamente gli artt. 29, 30, 31 Cost.) e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte Edu), alla quale si devono negli ultimi anni alcune fondamentali pronunce in tema di maternità surrogata.

2. Accordi di surrogazione di maternità: natura giuridica, validità, effetti

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 colla-

¹⁵ Peraltro in sintonia con la stragrande maggioranza dei Paesi dell'Europa continentale, mentre una posizione più aperta alla surrogacy presentano alcuni ordinamenti anglo-americani. Per una prospettiva comparatistica vedi A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Digesto disc. priv.*, 2011.

¹⁶ L'art. 12, co. 8 della legge 40, infatti, con riferimento alla fattispecie surrogatoria disciplinata al co. 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.

borazione di genere tra donne o di uno scambio solidale tra famiglie, nel secondo caso si assiste invece ad una vera e propria commercializzazione del corpo femminile altrui (quello della madre uterina) e delle connesse funzioni biologiche legate alla gestazione e al parto.

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 contratto¹⁷. In contrario, parte della dottrina ha però rilevato che, anche a prescindere dall'eventuale corrispettivo, l'accordo di maternità surrogata mal si presta ad essere inquadrato nella categoria dei contratti. Ed infatti, il nostro codice civile all'art. 1321 definisce il contratto quale "accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale", mentre nell'ambito degli accordi di *surrogacy* ci troviamo di fronte a negozi aventi ad oggetto non rapporti patrimoniali, bensì posizioni giuridiche familiari personalissime¹⁸.

Fatta questa premessa sulla natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, bisognerà adesso valutarne gli effetti e, prima ancora, l'ammissibilità alla stregua del nostro ordinamento. Prima dell'entrata in vigore della legge 40 si era manifestato in giurisprudenza una divergenza di vedute in ordine alla validità ed efficacia degli accordi di surrogazione di maternità nella specifica ipotesi in cui questi fossero stipulati a titolo gratuito¹⁹, mentre unanime era il rifiuto, sia in dottrina che in giurisprudenza, degli accordi di *surrogacy* a carattere oneroso, comunemente ritenuti nulli per illiceità della causa negoziale ai sensi dell'art. 1343 c.c.

Ad ogni modo, la ricordata *querelle* giurisprudenziale²⁰ può ritenersi superata alla luce dell'attuale quadro normativo. Infatti, il divieto di maternità surrogata è stato esplicitato dall'art. 12, co. 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 sur-

¹⁷ Così, ad es., M. SESTA, *op. cit.*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483. Analoga opinione è espressa da Trib. Roma, ord. 17-2-2000, 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".

¹⁸ In tal senso S. RONDINELLI, *op. cit.*, in *Dir. fam.*, fasc. 1, 2003, p. 260, la quale, a proposito degli accordi di surrogazione di maternità osserva che "Il contratto, quale incontro di volontà di due o più parti, è lo strumento negoziale di regolamentazione dei rapporti giuridici patrimoniali. Ma nel campo degli atti di disposizione del proprio corpo e degli status familiae ac legitimitatis non di rapporti patrimoniali si tratta, bensì di rapporti squisitamente interpersonali, afferenti, cioè, alla persona dell'uomo, e che l'ordinamento giuridico considera talmente rilevanti da individuarne l'ambito di applicazione e di tutela anche in ragione dell'ordine pubblico e, talora, anche in contrasto con la manifestazione di volontà dello stesso titolare" per cui "è assolutamente improponibile la qualificazione giuridica dell'accordo tra la coppia genetica e la madre gestante in termini di contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c., anche a prescindere dall'eventuale corrispettivo".

¹⁹ Per la tesi della radicale nullità dei negozi di maternità surrogata, anche a titolo gratuito, vedi Trib. Monza, 27 ottobre 1989, *Giur. It.*, 1990, 5 con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*. Per la tesi opposta, propensa a riconoscere la validità degli accordi di maternità surrogata a carattere non oneroso cfr. Trib. Roma, ord. 17-2-2000 con nota critica di M. SESTA, *op. cit.*, in *Corriere Giur.*, 2000, 4, 483.

²⁰ Per la quale v. più diffusamente B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, pubblicato su questa *Rivista*, n. 2/2014.

rogata, 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 “onerati”. Ne consegue che l’accordo in quanto tale non è idoneo a costituire vincoli obbligatori tra le parti, potendo le stesse recedere liberamente e in qualsiasi momento dagli impegni assunti, 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. L’instaurazione del rapporto di filiazione del nato a seguito di procedura surrogatoria in Italia, tra principio di responsabilità procreativa e principio della maternità naturale legata al parto

Si è appena detto della nullità degli accordi di maternità surrogata; adesso si tratta di stabilire quale sia la figura, tra quelle in ipotesi coinvolte nella procedura surrogatoria, alla quale l’ordinamento consente di attribuire la qualifica legale di “madre” (se, cioè, tale qualifica vada riconosciuta alla donna committente o alla madre surrogata). Va precisato subito al riguardo che la constatata nullità degli accordi surrogatori non potrebbe costituire in sé argomento sufficiente a giustificare l’attribuzione della maternità legale alla madre surrogata; infatti, occorre rilevare che, se da un lato la radicale nullità degli accordi in oggetto precluderebbe sicuramente all’autonomia privata di introdurre delle modificazioni pattizie alla disciplina giuridica degli *status* personali e familiari, dall’altro e 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.

Un argomento decisivo in favore del riconoscimento del rapporto di filiazione in capo alla madre uterina non potrebbe ricavarsi, d’altro canto, neppure dall’art. 9, comma 3 della legge 40 (a mente del quale “In 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”).

Ed invero, in favore di una applicazione analogica della norma suddetta (in sé riferibile alla PMA eterologa) alla diversa fattispecie della maternità surrogata, si è espressa una autorevole voce dottrinale, che ha posto in rilievo come il tema dell’attribuzione della maternità, in caso di violazione del divieto imposto dalla legge 40, dovrebbe ritenersi risolto “in radice” in forza del disposto di cui all’art. 9, co. 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)”²¹. La tesi – che sconta i limiti dell’estensione analogica di una regola dettata per la PMA eterologa a una fattispecie,

²¹ Così M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2007, il quale sviluppa le sue considerazioni di carattere generale, pur partendo da una fattispecie surrogatoria peculiare, vale a dire quella della surrogazione per sola gestazione.

quella surrogatoria, tipologicamente assai diversa – non tiene conto, però, 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, e segnatamente di quella per sola gestazione, 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 per sola gestazione, 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, a parere di chi scrive, una applicazione in via analogica della disposizione considerata alla fattispecie surrogatoria per sola gestazione. Ove ciò non bastasse, si ponga mente all'ulteriore rilievo formulato da attenta dottrina²² 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, co. 3 nei casi di surrogazione per sola gestazione omologa in cui l'embrione sia stato fecondato con gameti esclusivamente della coppia committente.

Piuttosto, la sola indicazione certa che si può ricavare dalla disposizione citata è che, nella diversa ipotesi di surrogazione per sola gestazione eterologa (allorché l'ovocita provenga da una terza donatrice)²³, 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 madre.

L'art. 9, comma 3, invece, non suscita particolari dubbi applicativi nell'ambito di quella fattispecie solo in apparenza surrogatoria, da taluno 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 sussumibile 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'ovulo²⁴.

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 prin-

²² Cfr. M. DELL'UTRI, *op. cit.*, in *Giur. Merito*, II, 2010, 358 ss. (nota n. 18).

²³ E' 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).

²⁴ Cfr. 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 SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 75.

cipi che regolano la filiazione naturale²⁵ o da quelli che presiedono alla filiazione *artificiale*²⁶. 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”²⁷. 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 carattere di specialità. E’ evidente che, qualora non dovesse trovare applicazione la regola di attribuzione della genitura ricavabile dall’art. 8 della legge 40, 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, co. 3 c.c.

Ebbene, 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 lo stato di figlio riconosciuto della medesima coppia²⁸. 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 ad 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 questi non siano uniti in matrimonio.

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

²⁵ Che inducono a riferire la relazione di maternità alla madre portante, giusto il disposto dell’art. 269, co. 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”.

²⁶ 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”.

²⁷ E’ 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 ad una donna diversa da quella da cui prende inizio il “progetto” procreativo.

²⁸ Si rammenti però 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, benché il matrimonio conservi, tuttora, in conformità con quanto previsto dall’art. 29 Cost., e a differenza delle convivenze *more uxorio*, la sua attitudine all’attribuzione automatica dello stato di filiazione.

tiene luogo al rapporto diretto con la madre²⁹ e, al pari del rapporto naturale, è idoneo a fondare la responsabilità genitoriale allorché il processo generativo sia coronato da successo. E' 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.³⁰, talaltra negli obblighi dei "genitori" sulla base di una interpretazione evolutiva dell'art. 30, co. 1 Cost.³¹.

Il principio di responsabilità procreativa – che costituisce il cardine su cui è costruita 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. Ma se il consenso degli "aspiranti" genitori costituisce la condizione di legittimità del ricorso alla PMA 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.

Questo è appunto quel che si verifica nell'ipotesi in cui il consenso degli aspiranti genitori cada sulla tecnica della maternità surrogata. Non si può infatti sostenere che il consenso manifestato ad una pratica fecondativa vietata dalla legge possa reputarsi efficace, atteso il difetto di legittimazione ad esprimere il consenso in capo ai soggetti coinvolti nella pratica surrogatoria. E si tratterebbe nella fattispecie di un difetto di legittimazione apprezzabile sul piano sia oggettivo che soggettivo. I coniugi (o i conviventi) che in ipotesi si rivolgessero 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 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 eterolo-

²⁹ Così 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.

³⁰ E' questa ad esempio la prospettiva da cui muove Trib. Roma, ord. 8-8-2014 pronunciata nell'ambito della triste vicenda dello scambio di embrioni verificatosi presso l'Ospedale Pertini di Roma.

³¹ 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, co. 1 Cost.". "Genitore" – secondo questa suggestiva lettura – sarebbe, conformemente alla *ratio* di tutela del nato di cui all'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.

ga 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 grave³² – fattispecie surrogatoria, per converso, è sintomatico della volontà legislativa di non sottrarre la maternità surrogata (analogamente ad altri divieti previsti dalla legge) al presupposto obiettivo³³ 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 della legge 40, data l'inefficacia – sotto il profilo oggettivo e soggettivo – 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 civile³⁴ e quindi in favore della madre surrogata alla stregua dell'art. 269, co. 3 c.c., che assegna alla partoriente la qualità di madre del nuovo nato.

Ne segue che il concetto giuridico di maternità – se si eccettua beninteso il caso dell'adozione, dove peraltro a venire in rilievo non è il diritto, in quanto tale, degli adulti ad avere un figlio, bensì quello del minore ad una famiglia “sostitutiva” di quella di sangue che si sia dimostrata “incapace” di assolvere al suo compito – conserva, allo stato attuale della legislazione, un irriducibile riferimento al dato biologico, che l'ordinamento richiede tuttora che si accompagni al dato “spirituale” dell'assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro. Così non è, invece, almeno non più necessariamente, per la linea paterna, visto che, per effetto della ritenuta ammissibilità nel nostro sistema giuridico della fecondazione artificiale eterologa in seguito al recente pronunciamento del giudice delle leggi (Corte cost. n. 162/2014), il rapporto giuridico di paternità può sussistere anche in mancanza di un legame biologico con il nato³⁵.

4. Riconoscimento, nell'ordinamento nazionale, del rapporto di filiazione del nato da procedura surrogatoria eseguita all'estero: i principi elaborati dalla Corte Edu

Le considerazioni fin qui svolte in relazione all'instaurazione del rapporto di filiazione del nato da madre surrogata si riferiscono a fattispecie surrogatorie puramente interne, ossia a procedure di *surrogacy* realizzate in Italia da soggetti residenti nel nostro Paese.

Può però accadere che, allo scopo di eludere il divieto di maternità surrogata posto dalla legge nazionale, alcune coppie decidano di recarsi all'estero, in Paesi dove tale pratica è ammessa, per ivi sottoporvisi, e quindi rientrano in Italia col bambino in tal modo generato, domandando alle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita estero attestante il rapporto di parentela con la coppia

³² 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).

³³ Vale a dire l'esistenza di un consenso valido ed efficace.

³⁴ 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.

³⁵ Su questi aspetti, v. più approfonditamente B. SALONE, *op. cit.*, su questa *Rivista*, n. 2/2014.

“committente” e, se del caso, di riconoscere effetti giuridici al provvedimento estero attributivo della genitura ai genitori “intenzionali”.

In casi del genere si pongono per l’operatore giuridico interno delicati problemi in relazione alla verifica della compatibilità con l’ordine pubblico delle leggi e degli atti stranieri su cui il rapporto di filiazione si fonda, dal momento che l’esito eventualmente negativo di tale scrutinio di conformità determinerebbe come risultato quello di “privare” il minore del riconoscimento giuridico, nel nostro Paese, del rapporto di filiazione con uno od entrambi i rami della coppia genitoriale³⁶. Nell’ipotesi più estrema, in cui il mancato riconoscimento dovesse riguardare il rapporto con entrambi i genitori “committenti”, il minore correrebbe il rischio di essere dichiarato in stato di abbandono e, quindi, di essere sottratto ai genitori “sociali” per essere dato in adozione ad altra coppia idonea al termine del relativo procedimento, con evidente grave *vulnus* dell’interesse del minore alla continuità affettiva e, in più, con i pericoli legati all’ “istituzionalizzazione” dello stesso per il tempo occorrente a reperire nuovi affidatari.

D’altro canto, sul piatto opposto della bilancia, non si può non considerare l’interesse dello Stato a garantire l’osservanza della legge, specialmente in una materia così delicata quale è quella dei rapporti familiari, e a prevenire forme deprecabili di “turismo procreativo” che, di fatto, vanificherebbero quelle esigenze di tutela, della madre biologica e insieme del nascituro, alle quali il divieto di maternità surrogata oggettivamente risponde.

Sulla questione specifica del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione costituitosi all’estero in seguito all’esecuzione di pratiche surrogatorie vietate nel Paese di (comune) residenza del minore e della coppia “committente” si è pronunciata ultimamente la Corte Edu in tre importanti decisioni: precisamente nelle sentenze “gemelle” emesse sui ricorsi proposti dai coniugi francesi *Menesson e Labassee* (Corte Edu, sez. V, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11), alle quali si va ad aggiungere Corte Edu, sez. II, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12³⁷.

³⁶ La verifica della conformità all’ordine pubblico delle leggi, degli atti e dei provvedimenti stranieri ai fini del riconoscimento dei loro effetti nell’ordinamento nazionale è imposta all’operatore giuridico interno da precise disposizioni normative del nostro sistema di diritto internazionale privato. Più precisamente, nella materia di nostro interesse, vengono in rilievo gli artt. 16 (secondo cui “La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico”), 64 (“La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando [...] g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico”) e 65 (“Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all’esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell’ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all’ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa”) della legge 31 maggio 1995, n. 218 di “*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”. Inoltre, il regolamento sull’ordinamento dello stato civile (approvato con d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396), all’art. 18 (rubricato “*Casi di intrascrivibilità*”), precisa che “Gli atti [dello stato civile] formati all’estero non possono essere trascritti se sono contrari all’ordine pubblico”.

³⁷ Per un primo commento alla decisione vedi la nota pubblicata sul *Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer* del 28 gennaio 2015, a cura della Redazione, dal titolo *Maternità surrogata: Italia condannata per aver allontanato neonato privo di legami biologici con i genitori*. La sentenza è inoltre consultabile in lingua italiana sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) nella sezione dedicata alle Sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Un esame succinto delle indicate pronunce si rende necessario in considerazione degli effetti che le sentenze della Corte Edu esplicano nell'ordinamento giuridico interno (tanto più che l'ultima pronuncia in materia del giudice europeo riguarda proprio il nostro Paese), specificamente sotto il profilo dell'obbligo, gravante sul giudice comune, di interpretare gli istituti e le norme giuridiche interne in conformità con le previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU)³⁸.

I principi elaborati dalla Corte Edu, di conseguenza, contribuiscono ad orientare l'interprete nella comprensione e conseguente applicazione degli istituti giuridici di diritto interno e ad essi, quindi, bisognerà fare riferimento ai fini della determinazione delle modalità ed, eventualmente, dei limiti di operatività della nozione (interna) di ordine pubblico rispetto ai provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia, anche nella specifica ipotesi della surrogazione di maternità. Pare dunque opportuno in questa sede procedere ad una sintetica ricognizione della giurisprudenza europea in tema di *surrogacy*.

Con le sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, la Corte Edu ha invero riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU (che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare) in caso di rifiuto da parte delle autorità nazionali di riconoscere valore legale alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici nati all'estero facendo ricorso alla surrogazione di maternità.

Nella specie i ricorrenti, due coppie coniugate di nazionalità francese, non potendo la moglie portare avanti una gravidanza, decidono di ricorrere negli Stati Uniti (rispettivamente in California e nel Minnesota) a una tecnica di PMA – fecondazione eterologa e utero in affitto – che non può essere praticata in Francia. In particolare, la tecnica seguita dai coniugi francesi prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del marito e l'altra metà proveniente da una donna ovo-donatrice e con successivo impianto dell'embrione così generato nell'utero di una terza donna che porta a termine la gravidanza (si tratta, in altri termini, di una surrogazione eterologa per sola gestazione). Secondo quanto previsto dalla legge di quegli Stati, dopo la nascita del bambino, le autorità americane adottano un provvedimento nel quale viene attribuito ai ricorrenti (ossia ai genitori "committenti") lo *status* di padre e di madre del nato. Le autorità francesi, però, sospettando che la nascita sia avvenuta facendo ricorso a surrogazione di maternità, rifiutano di trascrivere gli atti di nascita formati all'estero nel registro dello stato civile francese, perché in contrasto con l'ordine pubbli-

³⁸ Al riguardo occorre ricordare che la Corte costituzionale, fin dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, con indirizzo ribadito costantemente anche in seguito (vedi in particolare Corte cost. n. 311 e 317 del 2009), ha affermato che le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte Edu, concorrono, quali norme interposte, ad integrare il parametro di costituzionalità costituito dall'art. 117 Cost. Ne deriva che il giudice nazionale, laddove ravvisi un contrasto (insanabile in via interpretativa) tra la norma CEDU integrante il parametro di costituzionalità nell'interpretazione offerta dal giudice europeo dei diritti umani e una disposizione di diritto interno, non possa procedere alla disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile (come invece potrebbe fare ove il divisato contrasto si profilasse rispetto ad una norma dell'Unione europea dotata del carattere dell'immediata applicabilità), ma ha l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. (che espressamente subordina l'esercizio della potestà legislativa al rispetto, fra gli altri, degli "obblighi internazionali"), evocando la norma CEDU quale fonte interposta di diritto internazionale pattizio. Prima di porre la questione di legittimità costituzionale, il giudice a quo dovrà, comunque, verificare la possibilità di interpretare la normativa interna in modo conforme al disposto convenzionale, dovendosi limitare il ricorso al giudice delle leggi ai soli casi in cui il prospettato contrasto non sia risolvibile in via ermeneutica.

co. La Corte di Cassazione francese, investita della questione, conferma il rifiuto di trascrizione opposto dalle autorità francesi, sottolineando come la trascrizione degli atti di nascita nella fattispecie equivarrebbe a riconoscere effetti giuridici a un contratto di maternità surrogata (ossia ad un contratto nullo secondo il diritto francese perché contrario all'ordine pubblico).

La Corte Edu, all'unanimità, ha riconosciuto che vi è stata violazione dell'art. 8 CEDU (che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare) in relazione al diritto dei minori alla loro vita privata, mentre ha escluso che possa esservi stata violazione della medesima disposizione in relazione al diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti. Infatti, quanto alla posizione dei genitori "sociali", nell'escludere la violazione dell'art. 8, la Corte rileva che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non ha impedito ai ricorrenti di trasferirsi in Francia dopo la nascita dei bambini e lì vivere insieme a loro in condizioni paragonabili, in linea di massima, a quelle nelle quali vivono le altre famiglie, senza pericolo, per i bambini, di essere separati dai loro genitori in ragione della loro posizione giuridica in Francia: non ha impedito, cioè, ai ricorrenti, di godere del loro diritto al rispetto della vita familiare.

Invece, la Corte ha ritenuto che vi sia stata violazione del diritto dei bambini al rispetto della loro vita privata, che implica la possibilità da parte di ciascuno di definire i contenuti essenziali della loro identità, compresi i rapporti di parentela. Inoltre, si pone un problema di compatibilità di questa situazione con il supremo interesse dei minori, il cui rispetto deve guidare tutte le decisioni che li riguardano. Queste considerazioni, secondo la Corte, assumono rilevanza ancora maggiore quando uno dei genitori che è ricorso alla surrogazione di maternità è, come nella specie, anche il padre biologico dei minori. Tenuto conto che la parentela biologica è una componente importante dell'identità di ciascun individuo, non si può certo affermare che corrisponda al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica e quando il minore e il genitore richiedono il riconoscimento di tale rapporto.

Attraverso il riferimento alla realtà del legame biologico con il padre "sociale", la Corte ha inteso probabilmente circoscrivere la portata dei principi affermati nelle due pronunce ad una ipotesi particolare³⁹, il che concorre a spiegare l'unanimità dei consensi ottenuti dalla soluzione così prospettata in seno al Collegio (unanimità che non si riscontra invece nella successiva pronuncia relativa al caso dei coniugi italiani, di cui si dirà a breve). Non è da trascurare il fatto che le medesime pronunce ammettano, *expressis verbis*, che sul tema della maternità surrogata bisogna riconoscere un ampio mar-

³⁹ Ricorda in proposito C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, pubblicato il 15 luglio 2014 sulla Rivista on line *Articolo29* (www.articolo29.it), che il Consiglio di Stato francese in uno studio sul tema risalente al 2009 aveva rilevato che "il riconoscimento di effetti a un contratto che comunque resterebbe vietato dall'ordinamento francese, in virtù dei principi fondamentali su cui si basa, introdurrebbe un forte elemento di incoerenza. Alla luce di tali considerazioni il Consiglio di Stato concludeva pertanto che la soluzione migliore per tutelare il minore e, soprattutto, evitare incoerenze nell'ordinamento interno poteva essere individuata nel permettere la trascrizione del solo legame con il padre biologico. Questa conclusione non va trascurata perché sembra riecheggiare nelle motivazioni della Corte europea dei diritti umani. I giudici europei, investiti del caso, hanno voluto forse appositamente ridimensionare con questo argomento la portata della pronuncia. Probabilmente, occorre evitare un pericoloso precedente con cui confrontarsi nei casi in cui la violazione dell'art. 8 Cedu venga lamentata in altre condizioni, come ad esempio da una famiglia nella quale il minore, nato in seguito a surrogazione, sia figlio di coppie non sposate o dello stesso sesso".

gine di apprezzamento agli Stati membri, perché è un tema che suscita delicati interrogativi di ordine etico e sul quale manca un *consensus* normativo tra gli Stati europei⁴⁰ e riconoscano il superamento di detto margine solo con riferimento al rifiuto delle autorità francesi di riconoscere giuridicamente il rapporto di parentela con il padre biologico, mentre analogo rilievo non viene effettuato con riferimento alla posizione della madre “committente”, rispetto alla quale non sussisteva nella fattispecie alcun legame genetico o biologico. In buona sostanza, come è stato rilevato dalla nostra Corte di Cassazione con riferimento alle ricordate pronunce del giudice europeo, sembra che “in dette sentenze la Corte ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell’ambito dei paesi membri del Consiglio d’Europa, e ha ravvisato il superamento di detto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest’ultimo sia anche padre biologico (difetto di riconoscimento che, rileva la Corte, viola il diritto al rispetto della vita privata del figlio, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, comprendente il diritto all’identità personale sotto il profilo del legame di filiazione)”⁴¹.

Il caso da cui trae origine la sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁴² con la quale la Corte Edu ha condannato il nostro Paese per violazione dell’art. 8 CEDU, invece, è sensibilmente diverso. Qui una coppia di coniugi italiani, che avevano avuto un bambino in Russia mediante gestazione surrogata, si vedeva sottrarre dalle autorità il minore, dato in adozione a terzi, dopo che il Tribunale per i minorenni di Campobasso ebbe ad accertare la mancanza di legame biologico del bambino con ambedue i coniugi, decretandone lo stato di abbandono.

La fattispecie con cui la Corte Edu si trova a misurarsi questa volta è quella di una surrogazione di maternità eterologa “totale” e a pagamento⁴³, nella quale non vi è legame genetico del bambino né con i membri della coppia “committente” né con la madre surrogata, rimanendo peraltro sconosciuta l’identità dei donatori dei gameti. La surrogazione sembrerebbe inoltre essere avvenuta in violazione della stessa legge russa sulla maternità surrogata, dato che questa presuppone un legame biologico tra il bambino e almeno uno dei potenziali genitori (legame nella specie mancante)⁴⁴. A differenza della fattispecie scrutinata con le pronunce *Menesson* e *Labassee*, in questo caso abbiamo a che fare, pertanto, con una procedura surrogatoria “doppiamente” illegale, ossia tanto rispetto all’ordinamento dello Stato in cui è stata eseguita quanto rispetto all’ordinamento nazionale dei coniugi.

⁴⁰ Conclusione a cui la Corte Edu perviene dopo aver analizzato la legislazione dei 35 Stati membri (cfr. in particolare *Menesson c. Francia*, §§ 40 ss., e *Labassee c. Francia*, §§ 31 ss.).

⁴¹ Così, Cass. civ., sez. I, sent. 11 novembre 2014, n. 24001 con nota di B. SALONE, *Contrarietà all’ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Dir. civ. cont.*, I, III, ottobre/dicembre 2014.

⁴² La pronuncia in questione, a differenza delle precedenti due contro la Francia, però, non è ancora definitiva, dal momento che il nostro Paese ha chiesto e ottenuto, ai sensi dell’art. 43 CEDU, che il caso fosse rinviato dinanzi alla Grande Camera, la quale deve ancora pronunciarsi sulla controversia.

⁴³ I coniugi avevano pagato per la pratica la consistente somma di 49.000 euro in Russia (cfr. § 22 della sentenza).

⁴⁴ Cfr. § 34 della sentenza.

Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto violato nella fattispecie l'art. 8 CEDU con riferimento sia al diritto al rispetto della vita familiare sia al diritto del bambino al rispetto della vita privata, dal momento che quest'ultimo, per ragioni legate al disbrigo delle pratiche legali di adozione, non ha avuto una sua precisa identità giuridica per più di due anni. La sentenza si concentra, però, soprattutto, sull'analisi del primo profilo, quello inerente al (mancato) rispetto della vita familiare della coppia con gli innegabili correlati riflessi circa la correttezza della valutazione del *best interest of the child* compiuta dalla decisione, assunta dall'autorità giurisdizionale italiana, di sottrarre il bambino ai ricorrenti per darlo in adozione a terzi.

In particolare, la Corte Edu, dopo aver ricordato che per giurisprudenza consolidata il concetto di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU comprende anche i legami familiari *de facto*, a prescindere dall'esistenza di rapporti di consanguineità o da qualsivoglia formalizzazione giuridica del legame affettivo, osserva come la divisione di una "famiglia" costituisce una ingerenza molto grave, giustificabile nell'interesse del minore solo in casi di eccezionale gravità (si pensi a violenze o ad abusi in danno dei bambini), dovendo altrimenti prevalere l'interesse del minore alla continuità affettiva⁴⁵. Al riguardo i giudici europei rilevano come, nonostante il breve periodo che il bambino ha trascorso presso i ricorrenti (appena sei mesi in Italia più qualche settimana in Russia), può ritenersi già sussistente una consolidata vita familiare "de facto" ricadente nell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU⁴⁶.

La Corte osserva ancora che la decisione di togliere il minore alla cura dei ricorrenti è stata presa dalle autorità nazionali allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità, ma precisa che "il riferimento all'ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo"⁴⁷, sicché una decisione così drastica delle autorità nazionali non è tale da realizzare un equo temperamento tra l'interesse pubblico e gli interessi privati concorrenti (in special modo quello del minore, che deve essere considerato preminente).

Secondo la Corte, quindi, "le autorità italiane non hanno mantenuto il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco" (§ 86 della sentenza); da qui la violazione dell'art. 8 CEDU per il mancato rispetto della vita familiare dei ricorrenti, non sussistendo, a parere dei giudici europei, le condizioni per l'allontanamento del minore dalla sua famiglia e per la presa in carico da parte dei servizi sociali. La constatata violazione del disposto convenzionale non comporta, tuttavia, l'obbligo per lo Stato italiano di "riconsegna" del minore ai ricorrenti, dal momento che – precisano i giudici – il bambino ha sviluppato solidi legami affettivi con la nuova famiglia cui è stato affidato fin dal 2013.

Sono questi, dunque, i principi affermati dalla Corte di Strasburgo con i quali l'operatore giuridico interno deve confrontarsi specialmente nel momento in cui è chiamato a verificare la compatibilità con

⁴⁵ Si legge al riguardo in sentenza: "è evidente che rientra nell'interesse del minore che i legami tra lo stesso e la sua famiglia siano mantenuti, salvo nei casi in cui quest'ultima si sia manifestata particolarmente indegna: rompere tale legame significa tagliare al figlio le sue radici. Ne risulta che l'interesse del minore impone che solo circostanze eccezionali possano portare a una rottura del legame familiare" (§ 79).

⁴⁶ Il Tribunale per i minorenni, al contrario, aveva ritenuto che il breve lasso di tempo trascorso avrebbe consentito al neonato di inserirsi agevolmente e senza traumi all'interno di una nuova famiglia adottiva, rimanendo in tal modo impregiudicato il suo *best interest*.

⁴⁷ Cfr. sentenza (§ 80).

l'ordine pubblico del rapporto di filiazione costituitosi all'estero tra i membri della coppia committente e il nato da madre surrogata, anche se si tratta di principi ancora in evoluzione e in via di assestamento, destinati ad essere approfonditi e completati dalla successiva giurisprudenza europea in relazione a fattispecie di surrogazione di maternità non ancora scrutinate.

5. L'ordine pubblico internazionale e il superiore interesse del minore. Alcune considerazioni sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto

Si è visto sopra come il riconoscimento giuridico della relazione parentale instauratasi col nato da madre surrogata all'estero incontrerebbe nel nostro ordinamento il limite dell'ordine pubblico, affermato in via generale dall'art. 16 della l. n. 218/1995 ed esplicitato, in particolare per la materia dei rapporti di famiglia, dall'art. 65 della medesima legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Costituisce, d'altro canto, acquisizione alquanto pacifica in giurisprudenza quella secondo cui il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici non si identifica con quello di ordine pubblico interno (ossia con il complesso delle norme imperative di diritto interno⁴⁸), bensì con quello di ordine pubblico internazionale, da intendersi come il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁹. A questo proposito, la Suprema Corte ha precisato che l'ordine pubblico internazionale è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, non potendo quindi ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, in quanto comprende "anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili"⁵⁰.

In dottrina è stato posto in evidenza come, tutte le volte in cui si tratti di decidere se dare ingresso nel nostro ordinamento a provvedimenti stranieri riguardanti i minori, il superiore interesse dello stesso dovrebbe costituire il principale parametro nell'applicazione del limite dell'ordine pubblico, potendo anche costituire un "controlimite", in particolare in funzione del riconoscimento di effetti di rapporti validamente sorti all'estero⁵¹. Emblematica, in questo senso, proprio con riferimento ad una

⁴⁸ A questo riguardo Cass., sez. I, 4/05/2007, n. 10215 rileva: "Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole di diritto internazionale privato".

⁴⁹ In questi termini cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, 23/02/2006, n. 4040 e Cass., sez. III, 22/08/2013, n. 19405.

⁵⁰ Così Cass., sez. I, 11/11/2014, n. 24001, in cui la Suprema Corte affronta per la prima volta ed *ex professo* il tema della contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico.

⁵¹ Cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Dig. Disc. Pubbl.* - Aggiornamento, Torino, 2005, 336 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda parla di "principio di ordine pubblico attenuato" G. PALMERI, *Il Tribunal Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione* (pubblicato il 10 maggio 2014 sulla Rivista on line [Articolo29, www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Secondo l'Autrice il principio dell'ordine pubblico attenuato "consente di mantenere fermo il rifiuto rispetto ad atti o pratiche ritenute contrari all'impianto dell'ordinamento interno, salvandone, però, sotto alcuni profili gli effetti conseguenti, in funzione della reale protezione dei soggetti coinvolti e segnatamente di coloro che scontano una posizione di maggiore fragilità. Così è accaduto con riguardo alla poligamia e alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

fattispecie di *surrogacy* eseguita all'estero (benché anteriormente all'entrata in vigore della legge 40), una pronuncia della Corte d'Appello di Bari⁵² avente ad oggetto il riconoscimento di due *parental orders* inglesi che attribuivano lo *status* di madre alla moglie del padre (biologico) relativamente a due figli avuti ricorrendo alla tecnica della maternità surrogata in Inghilterra, paese di origine del marito. La Corte d'Appello, nel valutare gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali inglesi ai fini del loro riconoscimento in Italia, ha affermato che deve darsi prioritario riguardo al superiore interesse dei minori, "costituendo anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale"⁵³.

I sostenitori della teoria dell'ordine pubblico attenuato insistono, poi, sulla necessità che il superiore interesse del minore sia valutato dal giudice non in via puramente astratta, ma con riferimento alla peculiarità del caso concreto, così da privilegiare la soluzione che nei fatti assicuri la continuità affettiva del minore con i suoi attuali genitori "sociali"⁵⁴.

In realtà, pare a chi scrive che la teoria dell'ordine pubblico attenuato e in concreto, nella misura in cui pretende di estremizzare l'interesse del minore al punto da elevarlo a valore esclusivo di riferimento nella valutazione della conformità con l'ordine pubblico dei provvedimenti stranieri attributivi della genitura in capo al genitore "sociale", non possa essere condivisa. Infatti, la nozione di ordine pubblico (internazionale) esprime la "sintesi" di molteplici valori e principi considerati come "irrinunciabili" dall'ordinamento (principi e valori tanto di fonte interna quanto esterna, tanto di rango ordinario quanto costituzionale), destinati ad integrarsi in un "sistema" armonico nel quadro di un ragionevole contemperamento di beni e valori giuridici concorrenti e, talora, contrapposti.

⁵² [App. Bari 13 febbraio 2009](#), in *Fam. dir.*, 2010, 251, con nota di M. C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "Parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*.

⁵³ Il principio del superiore interesse del minore, infatti, rientra sicuramente nel novero dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, trovando conferma nella nostra Costituzione (in particolare, nel principio di protezione dell'infanzia sancito dall'art. 31, comma 2 della nostra Carta fondamentale) e in numerose dichiarazioni e convenzioni internazionali, alle quali ha aderito il nostro Paese, così concorrendo ad integrare la nozione di ordine pubblico internazionale. In particolare, il giudice barese richiama la Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 27/05/1991, n. 176), la quale dichiara, all'art. 3, che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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". In ambito comunitario verrebbe altresì in considerazione l'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, il quale prevede che "Le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute [...] a) se, tenuto conto del superiore interesse del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto".

⁵⁴ Così G. PALMERI, *op. ult. cit.*, secondo cui "In presenza di fattispecie in cui l'esercizio di tali diritti e libertà [ossia dei diritti procreativi degli adulti, *n. d. A.*] si riflette nella sfera giuridica di un soggetto terzo, qual è il minore, il bilanciamento deve avvenire tenendo conto dei reali interessi in gioco al fine di giungere ad una soluzione che rifletta nel modo più compiuto l'insieme dei valori e dei principi considerati fondanti per la convivenza civile; il bilanciamento deve avvenire prendendo in considerazione i valori essenziali, tra i quali innanzitutto la dignità [della gestante come del bambino], non in via astratta ma contestualizzandoli nelle relazioni in cui questi valori emergono e richiedono riconoscimento e tutela", non potendo prevalere "una valutazione meramente astratta, del tutto scollata dalla peculiarità del caso concreto, a discapito della continuità affettiva dei bambini nati dalla gestazione di sostituzione con i genitori sociali".

L'ordine pubblico internazionale, in altri termini, è nozione "sintetica" e "pluralistica" (in quanto comprende al suo interno una molteplicità di valori e principi, talora in concorrenza tra loro) che mal si presta ad interpretazioni "monistiche" come quella che vorrebbe esaurirla nell'ambito di un unico principio o valore, quale può essere, appunto, quello del superiore interesse del minore o della protezione dell'infanzia. Ed invece occorre rilevare come nell'ambito della surrogazione di maternità vengano in rilievo molteplici valori e beni giuridici (la dignità e l'integrità fisica e psichica della donna gestante, la non commerciabilità della gestazione, la dignità del minore che non permette di identificarlo con l'oggetto di un contratto) in relazione ai quali si pone l'esigenza di comparare l'interesse del minore, probabilmente da intendere in senso più lato rispetto a quanto fanno normalmente i sostenitori della teoria che non ci si sente di condividere appieno, i quali tendono a considerarlo unicamente dal punto di vista della continuità affettiva con i genitori sociali, omettendo di considerare altri punti di vista, ugualmente importanti, come quello inerente al legame simbiotico che inevitabilmente si instaura tra il bambino e la donna che lo porta in grembo per nove mesi e che la pratica della surrogazione di maternità più o meno irreparabilmente pregiudica, per non parlare poi dei profili – anch'essi da non sottovalutare in riferimento al *best interest of the child* – di valutazione della competenza genitoriale dei membri della coppia committente, i quali, avendone i mezzi, potrebbero ricorrere all'estero alla surrogazione di maternità proprio al fine di aggirare i limiti e i controlli imposti dalla normativa nazionale in tema di adozione⁵⁵.

D'altronde, anche l'idea per la quale l'interesse del minore deve essere sempre accertato in concreto ai fini del giudizio di conformità con l'ordine pubblico va rivisitata in senso critico se, per tale via, si pretende di attribuire al giudice il potere di disapplicare (o anche solo di ignorare), in relazione ai singoli casi, norme e istituti di diritto positivo dettati dal legislatore proprio in vista della protezione dell'infanzia. Una visione tanto "individualizzante" dell'ordine pubblico, che concentri l'attenzione esclusivamente sull'interesse di "quel" singolo minore di cui la decisione giudiziaria si occupa senza aver riguardo a quelle esigenze di carattere generale che il "filtro" dell'ordine pubblico intende comunque salvaguardare, non solo si porrebbe in tensione dialettica rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge⁵⁶ per gli esiti potenzialmente "disapplicativi" della normativa interna (e per di più di principi e istituti fondamentali del nostro diritto di famiglia) che questo approccio inevitabilmente determina, ma incoraggerebbe altresì il fenomeno del "turismo procreativo", minando l'effettività di quegli istituti o di quelle norme che, come l'adozione o il divieto di maternità surrogata, intendono garantire nel modo più congruo nonché prevenire situazioni di pregiudizio per i minori, con conseguente abbassamento delle garanzie di questi ultimi in una prospettiva generale.

6. Contrarietà all'ordine pubblico della maternità di sostituzione: problemi relativi allo status filiationis del nato a seguito di procedura surrogatoria realizzata all'estero

Il tema della compatibilità della surrogazione di maternità rispetto ai principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della legge 40, come si ricordava, viene affrontato

⁵⁵ È questo ad esempio quanto accaduto nel caso giudiziario deciso da Cass. civ., sez. I, sent. 11 novembre 2014, n. 24001, più sopra riferito e sul quale si ritornerà nel prossimo paragrafo.

⁵⁶ Per l'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, infatti, "I giudici sono soggetti soltanto alla legge".

dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 24001/2014. La prospettiva seguita dalla Suprema Corte nel valutare la conformità del rapporto di filiazione costituitosi all'estero coi genitori committenti è, come si è visto, quella di una indagine "in astratto" del superiore interesse del minore, distante dall'approccio "fattualistico" e "concreto" seguito dalla Corte d'Appello di Bari nel precedente del 2009 e sostenuto, anche se con argomenti non del tutto condivisibili, da una parte della dottrina.

Il caso sotteso alla pronuncia in esame si inserisce nell'ambito della più generale problematica del cosiddetto "turismo procreativo". Nella fattispecie, una coppia di coniugi italiani si era recata in Ucraina per ivi accedere alla surrogazione di maternità mediante fecondazione assistita eterologa. Nella specie, si era trattato di una surrogazione "totale" di maternità, nel senso che i gameti da cui era derivato l'embrione poi impiantato nell'utero della madre surrogata appartenevano a terze persone, diverse tanto dai membri della coppia committente quanto dalla madre uterina o portante. E ciò in violazione della stessa legge ucraina, la quale consente la surrogazione "eterologa" di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. I coniugi, così facendo, eludevano non solo la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità in tutte le sue forme), ma anche la disciplina nazionale sull'adozione internazionale, giacché è risultato che i coniugi in questione avevano superato già da tempo l'età in cui è consentita l'adozione di un neonato e, in passato, per ben tre volte, erano state respinte le loro domande di adozione "per grosse difficoltà nell'elaborazione di una sana genitorialità adottiva". In considerazione della mancanza di qualsiasi legame biologico con il minore (sia da parte di padre che da parte di madre) e del tentativo di elusione della legge italiana, il Tribunale per i minorenni di Brescia, dopo aver sospeso i coniugi dall'esercizio della potestà genitoriale, dichiarava lo stato di adottabilità del minore con collocamento del medesimo presso altra coppia tra quelle in lista per l'adozione nazionale. Dopo la conferma della decisione in appello i coniugi proponevano ricorso per cassazione, ma la Suprema Corte respingeva il ricorso, confermando la decisione dei giudici di merito di sottrarre il minore alle cure dei genitori "sociali" per avviarlo all'adozione.

Nel motivare la propria decisione, la Cassazione, dopo aver precisato il significato della nozione di ordine pubblico ai fini del riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di rapporti di famiglia, esamina con accuratezza le ragioni della contrarietà dell'istituto della maternità surrogata con i principi fondamentali del nostro sistema giuridico, mettendo in evidenza come, nel nostro ordinamento, madre è colei che ha condotto la gravidanza e poi partorito secondo il chiaro disposto dell'art. 269, comma 3 c.c. e che il divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 della legge 40 tende a rafforzare questo principio, da ritenersi di ordine pubblico in quanto in primo luogo il divieto di *surrogacy* è assistito dalla previsione di una sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali, e poi perché "Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". Inoltre, secondo il giudice della nomofilachia, un problema di compatibilità del divieto di maternità surrogata col principio del superiore interesse del minore sancito dall'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia neppure si pone, poiché "Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che

tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto".

La Suprema Corte mette così in risalto il carattere "sintetico" e "pluralistico" della nozione di ordine pubblico, tale da non esaurirsi nella pura e semplice esigenza di tutela del minore isolata dal complesso degli altri valori e interessi di pari rango che vengono in considerazione nella fattispecie esaminata e con i quali si rende necessario un equo temperamento, ed inoltre prospetta l'insostenibilità sul piano teorico di soluzioni ermeneutiche che in nome dell'interesse "in concreto" del minore (ossia, dell'interesse particolare alla continuità affettiva del singolo minore della cui decisione si tratta) finiscono con l'attribuire al giudice il potere di "disapplicare" in relazione a singoli casi norme e istituti che il legislatore, nell'esercizio non arbitrario della sua discrezionalità, ha introdotto in via generale proprio a tutela della prole.

Nonostante la correttezza delle considerazioni circa la contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e circa l'impossibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre "committente" priva di qualsivoglia legame biologico con il nato, la soluzione cui perviene la Corte di Cassazione nel ritenere il minore in stato di abbandono, e quindi adottabile, lascia perplessi per due ordini di ragioni.

In primo luogo, tale soluzione appare non in sintonia con i principi enunciati in materia dalla Corte Edu. Se, da un lato, stante la mancanza di un legame biologico, nel caso di specie, tra il bambino ed ambedue i genitori "sociali", non poteva dirsi lesa il diritto del minore al rispetto della propria vita privata (comprendente il diritto all'identità personale sotto il profilo del legame di filiazione alla luce di quanto statuito dal giudice europeo dei diritti umani con le sentenze *Mennesson e Labassee c. Francia*), dall'altro lato non si può non considerare che, in una ipotesi come quella decisa dalla Suprema Corte, un profilo di possibile violazione dell'art. 8 CEDU si poneva con riferimento non tanto al diritto all'identità personale del minore quanto piuttosto rispetto al diritto dei genitori "sociali" al rispetto della loro vita familiare, diritto che è stato sicuramente vulnerato da una interpretazione del diritto interno che conduce alla conseguenza pratica di privare i medesimi della prole generata attraverso procedura surrogatoria all'estero⁵⁷. Conclusione, quest'ultima, confermata dalla successiva pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che rileva una violazione dell'art. 8 CEDU in un caso di surrogazione "totale" di maternità realizzata all'estero del tutto analogo a quello deciso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 24001/14.

⁵⁷ Infatti, occorre ricordare che la Corte EDU, nelle citate pronunce *Mennesson e Labassee c. Francia*, ha escluso il superamento, da parte dello Stato francese, del margine di apprezzamento consentito dall'art. 8 CEDU in riferimento al rispetto della vita familiare dei genitori "sociali", in dipendenza del fatto che il mancato riconoscimento del rapporto di parentela da parte delle autorità francesi non aveva impedito, di fatto, ai ricorrenti di trasferirsi in Francia poco dopo la nascita dei bambini e lì vivere assieme a loro in condizioni paragonabili, in linea di massima, a quelle che vivono le altre famiglie, senza pericolo per i bambini di essere separati dai loro genitori in ragione della loro posizione giuridica in Francia. Nel caso dei coniugi italiani, invece, si è addivenuti proprio alla separazione dei bambini (di cui il Tribunale per i minorenni dichiarava lo stato di adottabilità) dai loro "genitori" di sempre con conseguente interruzione di ogni relazione affettiva tra questi ultimi e il minore.

In secondo luogo, manca nella pronuncia della Cassazione qualsivoglia approfondimento della questione inerente alla riconoscibilità del rapporto di filiazione dal lato paterno. Infatti, la ritenuta contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, se da un parte impedisce di dare ingresso nel nostro Paese al legame di filiazione instauratosi all'estero con la madre committente, dall'altra – come esattamente colto da una parte della giurisprudenza di merito⁵⁸ – non comporta di per sé anche il mancato riconoscimento della relazione filiale con il padre “sociale”. A tal proposito bisogna osservare che, mentre con riferimento alla maternità non si può prescindere dal legame di tipo naturale tra madre e figlio dato dalla gestazione (a ciò ostando il principio di tutela della maternità sancito dall'art. 31, comma 2 Cost.⁵⁹), il concetto di paternità, come abbiamo visto, nel nostro ordinamento può sussistere anche in mancanza di un legame biologico con il nato, specialmente dopo che è venuto meno nel nostro sistema giuridico il divieto di fecondazione eterologa.

Ne segue che il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre sociale nell'ambito di una surrogazione “eterologa” di maternità realizzata all'estero, sia essa totale o parziale, non è tale da pregiudicare la coerenza interna dell'ordinamento (come lo sarebbe invece il riconoscimento di una maternità, genetica o puramente intenzionale, sganciata da ogni legame biologico con il nato), ma al contrario si armonizza con il principio della responsabilità procreativa, che nell'ambito della PMA (anche eterologa) determina un'assunzione volontaria di paternità per effetto del consenso ritualmente espresso a tali tecniche⁶⁰.

In conclusione, va detto che il limite dell'ordine pubblico, che pure impedisce di dare ingresso nel nostro ordinamento al rapporto di filiazione con la madre committente in caso di surrogazione di maternità realizzata al di fuori del territorio nazionale, non impedisce invece il riconoscimento del rap-

⁵⁸ Cfr. Trib. Napoli, decr. 1 luglio 2011, annotata su *Il Corriere del merito*, n. 1/2012 e Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, riportata in *Dir. fam.* 2013, 2, 532.

⁵⁹ Secondo Trib. Forlì precitato, “corrisponde a un principio di diritto naturale insito anche nel nostro ordinamento e rientrante nell'ambito dell'art. 31, 2° c., Cost., oltre che alla realtà del processo naturale di procreazione, il fatto che la madre debba essere individuata nella donna che ha permesso, tramite la gestazione, che l'iniziale fecondazione progredisce fino al punto di consentire la nascita di un essere umano. Per contro non pare si possa parlare di maternità nel caso in cui non esista un legame naturale di gestazione fra madre e figlio, in virtù del mero iniziale atto di fecondazione, che costituisce atto necessario ma non sufficiente a donare la vita, o, tanto meno, del mero desiderio di una donna di fungere da madre a un bambino generato con il seme del proprio compagno”.

⁶⁰ Al riguardo Trib. Napoli, decr. 1/07/2011, rileva come il principio di responsabilità nella procreazione di cui all'art. 30, comma 1 Cost., il quale costituisce il principio guida in materia di rapporto di filiazione, “si attegga in maniera differente nella procreazione naturale rispetto a quella medicalmente assistita. Nella prima, infatti, la paternità è attribuita sulla base del mero dato biologico senza dare peso alla componente volitiva che accompagna l'atto sessuale, nella seconda il consenso ritualmente espresso al ricorso a tali tecniche determina un'assunzione volontaria di paternità”. Da qui l'ordine, rivolto all'Ufficiale di stato civile, di trascrivere i certificati di nascita statunitensi attestanti il rapporto di parentela con il ricorrente, padre “sociale” dei minori nati con ricorso a surrogazione eterologa di maternità negli Stati Uniti (Colorado). Alla stessa conclusione, con argomenti ampiamente sovrapponibili, perviene il Trib. di Forlì, il quale con la pronuncia del 25 ottobre 2011 sopra citata, se da un lato rifiuta la trascrizione del certificato di nascita straniero (per contrarietà all'ordine pubblico) nella parte in cui riconosce la donna committente (ma priva di ogni legame genetico o biologico con la prole) quale madre dei nati da surrogazione eterologa parziale all'estero (nella specie due gemelli generati a Mumbai dal seme del marito della donna e ovociti di donatrice ignota con gestazione ad opera di una terza donna), dall'altro ordina all'Ufficiale di stato civile di trascrivere il predetto certificato nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione con il marito, padre biologico dei minori.

porto di filiazione instauratosi all'estero con il padre committente, sia egli o meno genitore biologico del nato.

Una volta riconosciuto il rapporto di filiazione dal lato paterno, sarà poi possibile anche un "recupero" del rapporto di filiazione con la donna committente in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. b) della l. 184/1983, allorché la donna, unita da vincolo di coniugio con il padre legale del bambino, chieda di adottare il figlio del coniuge, oppure in virtù dell'art. 44, comma 1, lett. a) allorché, rimasto il minore orfano di padre, la madre "sociale" faccia valere il "preesistente rapporto stabile e duraturo" instaurato (di diritto nell'ordinamento straniero, ma solo di fatto nell'ordinamento italiano) con il primo al fine di ottenerne l'adozione. In ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione, è da escludere, in quanto contrario ai principi fondamentali del nostro sistema giuridico (soprattutto il principio del *best interest of the child* e poi il principio di responsabilità nella procreazione) e alla giurisprudenza della Corte Edu, che il mancato riconoscimento giuridico degli effetti di una maternità surrogata eseguita in Stato estero, possa condurre di per sé solo e in via automatica alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore con conseguente allontanamento dello stesso dalla famiglia costituita dai genitori "committenti".

7. Dalla surrogazione di maternità alla "doppia maternità" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Torino

Con decreto del 29 ottobre 2014⁶¹, la Corte d'Appello di Torino ha riconosciuto la possibilità di ottenere la trascrizione in Italia dell'atto di nascita di un minore nato in Spagna da una coppia "same sex" formata da due donne mediante il ricorso alla fecondazione eterologa. Nella specie, una donna italiana e una spagnola, unitesi in matrimonio in Spagna nel 2009, avevano avuto un bambino a Barcellona: la donna italiana aveva messo a disposizione il proprio ovulo, il quale, dopo essere stato fecondato con il seme di un donatore, veniva trasferito nell'utero dell'altra donna, che portava a termine la gravidanza. Abbiamo, quindi, sia la fecondazione eterologa mediante la donazione di seme da un soggetto esterno alla coppia sia la scissione fra la madre genetica (la donna italiana cui risale l'ovocita fecondato) e la madre biologica (la donna spagnola che ha condotto la gestazione).

Quest'ultimo aspetto ripropone nel contesto della fecondazione eterologa qui praticata, sebbene di maternità surrogata in senso stretto non possa parlarsi⁶², il problema – ricorrente nell'ambito delle tecniche surrogatorie – della duplicazione/disarticolazione della figura materna e della connessa necessità di individuare la donna alla quale attribuire la qualifica legale di "madre". Ed è per questo che

⁶¹ Corte App. Torino, sez. famiglia, decr. 29 ottobre 2014, con nota di M. GATTUSO, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in *Articolo29* (www.articolo29.it). Vedi anche nota di G. NOTO LA DIEGA, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Dir. civ. cont.*, 19 gennaio 2015 (www.dirittocivilecontemporaneo.com). Si segnala peraltro che attualmente pende avverso il citato decreto un ricorso straordinario per cassazione, proposto su iniziativa della Procura Generale presso il Tribunale di Torino con provvedimento del 5 marzo 2015.

⁶² Rispetto alla surrogazione di maternità manca nella fattispecie l'elemento dell'estraneità della donna gestante rispetto alla coppia "genitoriale", con la conseguenza che non vi è qui una "cessione" del nato a terzi e, quindi, un allontanamento del bimbo dalla madre che l'ha portato in grembo con tutti i problemi che ne derivano dal punto di vista etico-giuridico.

ce ne occupiamo, seppure succintamente, all'interno di questo saggio dedicato alla surrogazione di maternità.

D'altro canto, si pongono nella fattispecie considerata problematiche ulteriori, dal punto di vista sia etico che giuridico, derivanti dalla atipicità del contesto familiare in cui il minore si trova ad essere inserito, caratterizzato da legami parentali di tipo "omogenitoriale" in cui, alla mancanza della figura paterna, si affianca la presenza di due "madri", di cui una in senso biologico e l'altra in senso genetico, compartecipi di un progetto di "genitorialità" condivisa.

Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Torino la questione che si poneva era dunque quella della trascrivibilità nei registri di stato civile italiano del certificato di nascita spagnolo attestante il rapporto di genitura con la madre genetica del bambino. Mentre il giudice di primo grado aveva escluso la trascrivibilità dell'atto di nascita estero per contrarietà con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, rilevando che tra i principi fondanti il nostro assetto ordinamentale vi sono "le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie", la Corte d'Appello è pervenuta alla soluzione opposta (favorevole alla trascrizione), valorizzando l'interesse del minore a vedersi riconosciuto il legame con la madre genetica sotto il profilo dell'identità personale e dello *status* del bambino nello Stato italiano⁶³, tanto più che, dopo il divorzio delle due co-madri, la mancata trascrizione del certificato di nascita avrebbe comportato conseguenze rilevanti in ordine alla libera circolazione del minore e della donna italiana, la quale in Italia non avrebbe avuto titolo per spostarsi e tenere con sé il bambino.

La verifica di compatibilità dell'atto di nascita estero con l'ordine pubblico internazionale viene condotta dal giudice torinese con esclusivo riferimento all'interesse del minore, valorizzando nella fattispecie, nel contesto di una interpretazione conforme alla CEDU, i principi affermati da Corte Edu, *Mennesson e Labassee c. Francia*, in ordine al diritto al rispetto della vita privata, comportante per gli Stati parte – come si è già visto – l'obbligo di riconoscere legalmente il rapporto di filiazione della prole generata mediante *surrogacy* con il genitore biologico a tutela del diritto all'identità personale del nato. Vengono richiamate altresì le sentenze del giudice europeo (in particolare, Corte Edu 19/02/2013, *X e altri c. Austria*) che estendono la nozione di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU alle unioni stabili tra persone dello stesso sesso e alla prole convivente con esse; ma il principio è evocato in via puramente teorica, a mo' di *obiter dictum*, dal momento che la Corte d'Appello non si sofferma sul fatto se in concreto vi sia stata violazione (anche) del diritto del minore e delle co-madri al rispetto della loro vita familiare, circoscrivendo invece il suo ambito d'indagine al solo diritto al rispetto della vita privata del minore, la cui ritenuta violazione costituisce, invero, la *ratio essendi* della decisione. Inoltre, con formulazione poco chiara, il giudice torinese ricorda che la sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa posto dalla legge 40 (Corte cost. n. 162/2014) "ha ribadito, sotto il profilo sostanziale dei valori e dei principi,

⁶³ Al riguardo la Corte torinese rileva come in caso di mancato riconoscimento il minore non avrebbe in Italia "un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche, ricreative; oltre all'incertezza giuridica in cui si troverebbe nella società italiana il minore verrebbe anche privato dei rapporti successivi" con la madre genetica.

l'estensione del confine della 'vita familiare' che sinora riguardava la coppia eterosessuale, ai figli generati sia naturalmente sia con la procreazione assistita anche eterologa"⁶⁴.

La Corte torinese fa dipendere la (ritenuta) conformità con l'ordine pubblico del certificato di nascita straniero, nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione (anche) con la madre genetica, dalla semplice verifica del migliore interesse del minore nel caso concreto. In tal modo, finisce con il seguire un approccio "monistico" che sostanzialmente identifica l'ordine pubblico internazionale con il *best interest of the child* senza considerare che, nella fattispecie, per effetto della trascrizione, si sarebbe dato ingresso nell'ordinamento ad una doppia maternità in contrasto con principi fondamentali del sistema interno quali sono appunto quello della maternità naturale legata al parto (che – come visto – trova il suo fondamento legislativo nell'art. 269 c.c. e, a livello costituzionale, nell'art. 31 Cost.) nonché con il principio di bigenitorialità (desumibile anch'esso da una pluralità di norme di rango tanto ordinario quanto costituzionale), il quale implica come necessario corollario che ciascun bambino debba avere legalmente una e una sola madre e analogamente uno ed un solo padre⁶⁵.

⁶⁴ In realtà, la citata pronuncia del giudice delle leggi non solo non si occupa della questione relativa alla estensione della nozione costituzionale di "famiglia" al di là dei confini della coppia eterosessuale coniugata, ma nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto di eterologa di cui all'art. 4, comma 3 della legge 40 ribadisce espressamente la sussistenza di tutti gli altri limiti (sia oggettivi che soggettivi) di accesso alle tecniche di PMA (riferibili quindi adesso anche alle tecniche eterologhe), previsti dagli artt. 4, 5 e 6 della legge 40, fra i quali – per quanto qui rileva – la presenza di una patologia causa di sterilità e infertilità medicalmente accertata non altrimenti eliminabile (art. 4, comma 1) e il requisito della diversità di sesso dei membri della coppia (art. 5): condizioni e limiti che impediscono in tutta evidenza e tuttora l'accesso alle tecniche di PMA eterologa alle coppie "same sex". Da ciò deriva anche che il consenso espresso da una coppia "same sex" alla fecondazione artificiale eterologa è da ritenersi nullo in quanto promanante da soggetti per legge non legittimati ad esprimerlo e, pertanto, analogamente a quanto messo già in risalto a proposito della surrogazione di maternità, non idoneo a consentire l'instaurazione del rapporto di genitura ai sensi dell'art. 8 della legge 40.

⁶⁵ Il medesimo procedimento argomentativo – incentrato sulla valorizzazione dell'interesse della prole nel caso concreto, letto alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Edu e con espresso richiamo alle pronunce del giudice europeo in tema di maternità surrogata, ma perveniente ad una soluzione ancora una volta in contrasto col menzionato principio costituzionale di bigenitorialità – viene seguito anche dalle pronunce con le quali, di recente, la Corte d'appello di Milano (sentenza del 16 ottobre 2015) e la Corte d'appello di Napoli (ordinanza del 30 marzo 2016) hanno ordinato all'ufficiale di stato civile italiano la trascrizione di alcuni provvedimenti giurisdizionali stranieri di adozione piena e legittimante del figlio biologico – ottenuto a mezzo di fecondazione eterologa – di una donna in favore della convivente dello stesso sesso con la quale aveva contratto matrimonio all'estero. Sebbene nell'ambito di una fattispecie – quella del riconoscimento nell'ordinamento interno degli effetti giuridici di una adozione legittimante coparentale realizzatasi nell'ambito di ordinamenti giuridici stranieri (nella specie, quello spagnolo nel caso deciso dalla Corte milanese e quello francese nel caso deciso dalla Corte d'appello napoletana) – obiettivamente diversa rispetto a quella presa in esame dalla Corte d'appello di Torino nella pronuncia in commento, le due Corti di merito, nel "valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persone, ritenute coniugate per lo Stato [straniero], della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale", hanno posto in rilievo come "ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita. La Corte EDU ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione, di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e alle relazioni instaurate con le figure

Il principio di bigenitorialità costituisce invero l'ossatura delle disposizioni del codice civile dedicate alla filiazione (artt. 231 ss.); queste muovono, a ben vedere, tutte dal presupposto che il figlio abbia un padre e una madre. Eloquente, sotto questo aspetto, l'art. 250 c.c., il quale, nel disporre al primo comma che "Il figlio nato fuori dal matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'art. 254, dalla madre e dal padre, anche se uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento", dichiara espressamente che il figlio non può che avere un padre e una madre. L'art. 269, comma 3 c.c., a sua volta, nel dichiarare che la donna che ha partorito "si assume essere madre", conferma che di madre per l'ordinamento giuridico italiano non può che essercene una sola e da identificare nella gestante. Lo stesso principio trova conferma nella legislazione speciale, e precisamente nella legge sulla procreazione medicalmente assistita, la quale, nell'affermare che "... possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi" (art. 5), esprime una chiara opzione contraria all'omogenitorialità nell'ambito delle tecniche riproduttive artificiali⁶⁶.

Nella stessa direzione si muovono, d'altronde, le disposizioni costituzionali in materia di matrimonio e di famiglia (artt. 29, 30, 31 Cost.). In particolare, si osserva che la nozione di "genitori" ricorrente nei primi due commi dell'art. 30 Cost., lungi dall'essere una nozione *gender neutral*, trova specificazione nei due concetti di "paternità" e di "maternità" richiamati rispettivamente dall'art. 30, u. c. e dall'art. 31 Cost. Anche l'art. 37 Cost., sancendo a proposito dei diritti della donna lavoratrice che "Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione", conferma il principio di bigenitorialità insieme con il principio dell'unicità della madre. Altri indici costituzionali importanti a conferma del principio di bigenitorialità si ricavano, ancora, dal primo e dal secondo comma dell'art. 29 Cost. A questo proposito bisogna, infatti, ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 138/2010, ha chiarito che la nozione di matrimonio assunta dai costituenti nell'elaborazione dell'art. 29 Cost. (per cui "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare") non poteva che essere quella del codice civile del 1942 che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi devono essere persone di sesso diverso", rilevando come "In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione, che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti [rispetto all'uomo, *n. d. A.*] nel rapporto coniugale" (cfr. punto 9 del *Considerato in diritto*). Ebbene, se la nozione di matrimonio, per la nostra Costituzione,

genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare, e ciò ha fatto anche nelle sentenze in cui si è occupata di riconoscimento della sussistenza di una vita familiare tra il minore e le figure genitoriali nelle ipotesi di maternità 'surrogate' non consentite dagli ordinamenti nazionali (vedi le sentenze *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192, *Labassee c. Francia* ric. n. 65941, emesse nel 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015)" (in questi termini, Corte app. Napoli, ord. 30 marzo 2016, che ripropone pedissequamente il corrispondente punto di motivazione utilizzato da Corte app. Milano, sent. 16 ottobre 2015).

⁶⁶ Cfr. più diffusamente in argomento E. BILOTTI, *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in *Dir. civ. cont.*, I, III, ottobre/dicembre 2014.

presuppone la diversità di sesso dei coniugi, anche in considerazione della sua basilare funzione familiare comportante la generazione della prole (come emerge dall'art. 30, comma 1 Cost. secondo cui "E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio"), è giocoforza ritenere che nella famiglia (la quale nel matrimonio fra persone di sesso diverso rinviene il suo momento fondativo ai sensi dell'art. 29, comma 1 Cost.), i figli debbano avere, ove possibile, un padre e una madre⁶⁷.

Merita a questo punto mettere in rilievo che i citati principi di bigenitorialità e della maternità naturale legata al parto – che costituiscono il fulcro attorno al quale è costruita l'intera disciplina della filiazione, sia naturale che *artificiale* – sono stati definiti dal legislatore ordinario e inseriti in Costituzione proprio a garanzia del superiore interesse del fanciullo e, pertanto, non sono suscettibili di essere rimessi in discussione dall'interprete in relazione ai casi particolari sulla base di una valutazione dell'interesse "in concreto" del minore medesimo del tutto "libera", in quanto sganciata dai criteri valutativi offerti dall'ordinamento.

La verifica di compatibilità con l'ordine pubblico avrebbe, quindi, dovuto condurre la Corte d'Appello (come era stato fatto dal giudice di prima istanza) a negare la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo nella parte in cui riconosce il rapporto di filiazione del minore con la madre genetica, dal momento che il nostro ordinamento – con principio di carattere generale sottratto alla "discrezionalità" del giudicante nella sua applicazione ai casi concreti – identifica nella donna gestante la madre quale soluzione meglio rispondente all'interesse del nato. A diversa conclusione non avrebbe potuto orientare, sotto altro aspetto, la giurisprudenza della Corte Edu, non solo per l'inconferenza del precedente richiamato (relativo ad un caso di maternità surrogata) rispetto al caso di specie (che è quello di una PMA eterologa da parte di una coppia "same sex" femminile)⁶⁸, ma ancor prima per l'assorbente considerazione che un'interpretazione dell'art. 8 CEDU quale è quella prospettata dalla Corte d'appello di Torino (che, pur in mancanza di un precedente specifico del giudice europeo dei diritti dell'uomo, ha ritenuto che il diritto all'identità del minore, in quanto manifestazione del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU, imponga il riconoscimento giuridico ad opera degli Stati contraenti del rapporto di filiazione instauratosi all'estero tra il minore e la co-madre genetica nel contesto di una relazione omogenitoriale), si pone obiettivamente in contrasto con i principi costituzionali in materia di rapporti di filiazione e di famiglia, anch'essi integranti la nozione di ordine pubblico, al punto da non consentire alla norma CEDU suddetta di integrare, quale norma interposta, il parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1 Cost.⁶⁹. La mancata integrazione del parame-

⁶⁷ Sul fondamento legislativo e costituzionale del principio di bigenitorialità cfr. P. CAVANA, *Questione del "genere", diritti del minore e procreatica*, in F. FACCHINI (a cura di), *Natura e cultura nella questione del genere*, Bologna, 2015.

⁶⁸ E difatti, le sentenze *Mennesson* e *Labasse c. Francia* avevano affermato il principio secondo cui lo Stato ha l'obbligo – pena la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del rispetto alla vita privata del minore – di riconoscere il rapporto di filiazione con il padre biologico nell'ambito di una fattispecie sensibilmente diversa (quella della surrogazione di maternità), in cui non si poneva un problema di doppia paternità o, come nella specie, di doppia maternità, che ricorre invece nei casi di fecondazione artificiale eterologa a cui abbiano avuto accesso coppie omosessuali.

⁶⁹ A questo proposito non sarà inutile ricordare come la Corte costituzionale, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha precisato che le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte Edu, concorrono ad integrare quali fonti interposte di diritto internazionale pattizio, per il tramite dell'art. 117,

tro di costituzionalità ad opera della norma convenzionale evocata, nel caso di specie, avrebbe dovuto impedire al giudice di porsi, a monte, la questione della praticabilità di una interpretazione conforme, rispetto all'art. 8 CEDU, del limite dell'ordine pubblico ai fini della trascrizione del certificato di nascita e, alla luce dei principi di bigenitorialità e della maternità naturale legata al parto, confermare il provvedimento del Tribunale di Torino, che all'esito del giudizio di primo grado si era giustamente rifiutato di riconoscere il rapporto di filiazione con la madre genetica e aveva conseguentemente negato la trascrizione dell'atto di nascita⁷⁰.

comma 1 Cost., il parametro del giudizio di legittimità costituzionale a condizione che esse stesse siano a loro volta conformi a Costituzione. Invece, "nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo nei modi rituali ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano" (così, Corte cost. n. 348/2007, punto 4.7 del *Considerato in diritto*). Se la norma CEDU non dovesse integrare il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 Cost. poiché a sua volta in contrasto con norme della Costituzione, verrebbe correlativamente meno per il giudice l'obbligo di interpretazione conforme della disciplina nazionale alla CEDU, risolvendosi tale obbligo – ove per assurdo lo si ritenesse anche in questa specifica ipotesi sussistente – in una interpretazione della normativa interna *contra Constitutionem*. Per un commento sul tema del rapporto tra CEDU e Costituzione nel sistema delle fonti del diritto e, più in generale, sul modo di operare della teoria dei "controlimiti" rispetto alle fonti interposte di diritto internazionale, v. M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. Cost.*, 5, 2014, p. 3899.

⁷⁰ Un approccio analogo a quello seguito dalla Corte d'Appello di Torino, seppur con riferimento ad una fattispecie sensibilmente diversa, si riscontra in una recente pronuncia del Tribunale di Palermo (Trib. Palermo, sez. I civ., decr. 13/04/2015, con nota di G. CASABURI, *Luci ed ombre di un recente provvedimento del Tribunale di Palermo*, pubblicata il 14 maggio 2015 su *Articolo29*, www.articolo29.it). Il Tribunale di Palermo, nella specie, ha riconosciuto il diritto di due minori, generati nel contesto di una unione affettiva tra due donne mediante il ricorso alla PMA eterologa, di mantenere un rapporto stabile e significativo con la madre sociale, priva di legame biologico e genetico con gli stessi, prevedendo in caso di separazione dei "genitori" dello stesso sesso un calendario preciso che consenta a questa di tenere con sé i figli alcuni giorni alla settimana. A questa soluzione il giudice palermitano è pervenuto sulla base di una interpretazione dell'art. 337 ter c.c. (che riconosce al figlio minore "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori") conforme all'art. 8 CEDU, volta ad estendere l'ambito applicativo della disposizione codicistica "sino a delineare un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, ricomprendendo per tale via anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare *de facto* significativo e duraturo". Tale interpretazione, secondo il Tribunale palermitano, si impone anche per il caso della "separazione personale della coppia omosessuale che ha convissuto con i figli minori di uno dei due, instaurando un rapporto di genitorialità sociale con l'altro", dovendo essere garantito anche nel contesto di una famiglia "same sex" il diritto del minore alla "doppia figura genitoriale" in caso di crisi della coppia. Nel provvedimento del giudice palermitano, pur ampiamente motivato, manca, però, come in quello della Corte d'Appello di Torino, ogni indagine sulla compatibilità della norma CEDU invocata rispetto ai principi costituzionali al fine di verificarne l'attitudine ad integrare il parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 Cost. E per di più la pretesa interpretazione evolutiva del concetto di bigenitorialità e di famiglia proposta dal giudice palermitano (comprensiva del genitore sociale "same sex") si traduce nei fatti in uno svuotamento del contenuto assiologico dello stesso, risolvendosi il principio di bigenitorialità, così inteso, nel suo esatto opposto, vale a dire nel principio dell'omogenitorialità, e contraddicendo, in tal modo, la concezione dei legami familiari e dei rapporti di parentela risultante e dalla legislazione ordinaria e dalla trama delle disposizioni costituzionali in tema di famiglia e di genitorialità (avuto riguardo in particolare agli artt. 29, 30, 31 e 37 Cost.). Si segnala, infine, che, investita del gravame proposto avverso il provvedimento del Tribunale, la Corte d'Appello di Palermo, con ordinanza depositata il 31 agosto 2015, ritenendo di non poter interpretare in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato l'art. 337 ter c.c. "a causa dell'univocità del dato testuale, a fronte del quale, fra i soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e

Ma al di là degli aspetti più propriamente giuridici, occorre considerare che la presente vicenda suscita molteplici e delicati interrogativi intorno al potenziale “manipolativo” insito nelle tecniche eterologhe, in quanto tecniche capaci di determinare artificialmente situazioni che non esistono in natura (quale è appunto quella di una madre che è tale in senso genetico, ma non anche biologico, o viceversa) e, in tal modo, di incidere sulla concezione stessa dei rapporti di filiazione, contribuendo a conferire legittimazione culturale a modelli familiari “atipici” – come quelli omogenitoriali – che, oltre ad essere disancorati dal dato naturale, risultano forse non del tutto funzionali a garantire il pieno ed equilibrato sviluppo della prole⁷¹.

8. Considerazioni conclusive

Era inevitabile che lo sviluppo delle tecniche di fecondazione artificiale portasse prima o poi a ripensare le stesse nozioni di maternità e di paternità. Il fenomeno della surrogazione di maternità o, come preferiscono dire altri, della “gestazione per altri”, chiama in causa proprio il senso di questa essenzialissima esperienza di relazione su base biologico-affettiva rappresentata appunto dalla gravidanza e senza la quale sarebbe stato arduo fino a qualche tempo fa concepire l’evento stesso della maternità. Da qui la difficoltà nel delineare già sul piano definitorio il fenomeno in questione, perché, se da un lato, la dizione di “maternità surrogata” sembra presupporre un concetto di maternità che ad alcuni pare ancora troppo ancorato a riferimenti biologici, dall’altro la dizione “gestazione per altri” sembra sminuire, viceversa, l’importanza che la gestazione riveste nella costruzione del legame madre-figlio che, come è noto, comincia ad instaurarsi nella fase prenatale.

È indubbio che la pratica della surrogazione di maternità comporta una prima esperienza di distacco e di abbandono, che per la donna gestante e partoriente potrebbe anche non essere (troppo) dolorosa nella misura in cui è concordata ed eventualmente compensata, ma che per il bambino può risultare traumatica in quanto da lui appunto sempre subita e mai accettata. Questo peculiare aspetto della vicenda, si riflette senz’altro sulla definizione civilistica dell’accordo di *surrogacy*, che alla coscienza giuridica moderna ripugna certamente di qualificare come un contratto, non potendo evidentemente un essere umano divenire oggetto di cessione fosse anche a titolo gratuito, ma che d’altro canto non è più agevole inquadrare nella più indistinta categoria dei negozi giuridici non patrimoniali (nella specie, di diritto familiare), atteso il principio di tipicità che tradizionalmente governa la materia dei rapporti familiari e l’impossibilità, nel nostro ordinamento, di negoziare lo *status* di figlio.

Quando, dunque, si discute di quale possa essere il superiore interesse del minore, bisogna essere consapevoli che la gestazione per altri per il bambino è già in sé un male per l’esperienza del distacco

significativo, non rientra l’ex partner del genitore biologico”, alla luce degli stessi parametri di costituzionalità evocati dal giudice di primo grado, ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, perché valuti la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 337 ter c.c. “nella parte in cui – in violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma primo (sub specie in violazione dell’art. 8 CEDU, quale norma interposta), della Costituzione – non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all’interesse del minore conservare rapporti significativi con l’ex partner del genitore biologico”.

⁷¹ Per un approfondimento, sul terreno della psicologia, della tematica dell’omogenitorialità in relazione all’interesse della prole, anche alla luce dei recenti studi sulle famiglie omogenitoriali, cfr. V. CIGOLI, E. SCABINI, *Sul paradosso dell’omogenitorialità*, in *Vita e Pensiero*, 3, 2013.

dalla partoriente (per lui prima madre) a cui è costretto, per il pericolo di mercificazione di cui può diventare oggetto nonché per la possibilità di trovarsi al centro di conflitti, anche violenti, tra madre sostituta e genitori committenti sulla spettanza della potestà genitoriale. Il divieto di maternità surrogata posto dal legislatore costituisce quindi in sé una prima forma di tutela dell'interesse del minore; tuttavia, in un contesto, come quello attuale, di società globale e interconnessa in cui è sempre più agevole varcare i confini nazionali, il divieto sancito dalla legislazione domestica finisce col rivelarsi sovente una misura insufficiente.

Una volta che il divieto di maternità surrogata sia stato violato ovvero aggirato nelle forme del turismo procreativo, si pone allora il problema di evitare ulteriori ingiustizie in danno del minore, cercando un punto di equilibrio tra l'esigenza di reprimere le condotte illecite poste in essere dagli adulti (ovviamente in funzione della prevenzione di futuri abusi) e la necessità di difendere il minore nato da surrogazione di maternità dal trauma di un ulteriore distacco. Si tratta, in altri termini, di trovare un punto di equilibrio tra l'interesse generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata e l'interesse particolare e concreto del bambino nato, suo malgrado, da maternità surrogata a non essere discriminato rispetto agli altri bambini nel godimento dei propri diritti fondamentali a motivo delle peculiari circostanze del suo concepimento.

Trovare un punto di equilibrio tra queste due esigenze non è affatto semplice e, forse, è in questo ambito che, più che in ogni altro, si presenta ineludibile l'intervento chiarificatore del legislatore. Bisogna invece osservare che quest'ultimo finora ha inteso affidare la risoluzione del problema ad un mero divieto – quello contenuto nell'art. 12, comma 6 della legge 40 – della cui violazione non si è preoccupato di precisare tuttavia le conseguenze sul piano civilistico, rimettendo all'interprete la risoluzione delle conseguenti questioni ermeneutiche e applicative.

Se sul piano del diritto interno, può dirsi ormai raggiunto un certo consenso sulla soluzione intesa a riconoscere lo *status* di madre in capo alla partoriente, quale soluzione che per una specifica opzione espressa dal legislatore nazionale viene reputata come la più consona ad assicurare l'interesse del minore in uno con quello della madre gestante, molta incertezza permane invece sul versante del diritto internazionale privato tutte le volte in cui la coppia di potenziali genitori decida di recarsi all'estero al fine di dare luogo ad una pratica surrogatoria vietata nel territorio nazionale. La fattispecie surrogatoria perfezionatasi all'estero pone, infatti, non pochi problemi di regolamentazione giuridica per l'ordinamento nazionale, involgendo delicate questioni inerenti al rapporto tra ordinamenti sovrani che, sulla specifica materia della surrogazione di maternità, possono aver compiuto legittimamente scelte differenti, e costringe l'operatore giuridico interno ad operare scelte il più possibile coerenti con l'interesse del minore, riguardato attraverso il prisma dell'ordine pubblico.

Conciliare le esigenze di legalità con quelle dell'interesse particolare del minore concepito con modalità non ammesse dalla legge non è questione di poco momento, come è stato significativamente posto in risalto, fra l'altro, nella loro opinione dissenziente dai giudici europei Raimondi e Spano nell'ambito della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* della Corte Edu. I giudici di minoranza, in quella occasione, nel contestare la decisione della maggioranza, rilevarono che, nel valutare la legittimità della scelta di uno Stato di non riconoscere effetti giuridici ad una maternità surrogata realizzata all'estero, non si possa non tener conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate nel momento in cui si deve stabilire se si sia sviluppata o meno una vi-

ta familiare *de facto*⁷². Si tratta di una considerazione che, sebbene non condivisa dalla maggioranza dei giudici europei nel caso giudiziario che si concluse – come si è visto – con la condanna del nostro Paese ad opera della Corte Edu, va al cuore del problema inerente la interrelazione e, direi addirittura, la coimplicanza, sul piano logico-giuridico, tra rispetto dell'ordine pubblico e interesse del minore e che potrebbe indurre a rivedere certe posizioni dottrinali le quali tendono invece a contrapporre i due termini della questione, come se al di fuori del perimetro della legalità possa esservi un'autentica tutela del *best interest of the child*. E' forse questo l'equivoco di fondo che porta una parte della dottrina e della giurisprudenza nostrane a distinguere e talora a contrapporre ordine pubblico in astratto e ordine pubblico in concreto, con riferimento precipuo alla questione del superiore interesse del minore.

⁷² Sostengono a questo riguardo i giudici di minoranza: “Sottolineiamo che l’articolo 8 § 1 [della CEDU, n.d.A.] non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una «vita familiare» tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all’ordine pubblico” per indi concludere “la posizione della maggioranza equivale, in sostanza, a negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla gestazione surrogata. Se è sufficiente creare illegalmente un legame con il minore all’estero perché le autorità nazionali siano obbligate a riconoscere l’esistenza di una «vita familiare», è evidente che la libertà degli Stati di non riconoscere effetti giuridici alla gestazione surrogata, libertà comunque riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte (*Menesson c. Francia*, (n. 65192/11), 26 giugno 2014, § 79, e *Labassee c. Francia*, (n. 65941/11), 2 giugno 2014, § 58), viene annientata” (v. § 8 dell’opinione dissenziente allegata alla sentenza della Corte Edu sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*).

The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour

Lorenzo Del Savio, Giulia Cavaliere*

ABSTRACT: Moral arguments pertaining to commercial surrogate pregnancy have been framed as questions on the appropriate scope of markets. Should pregnancies be conceived and regulated as services that can be exchanged in markets? It has been argued that surrogacy is an exceptional form of labour, and hence inappropriately commodified, because of its nature. Commercial surrogacy involves the bodies and identities of women in a most invasive manner, it negatively affects motherhood and it inappropriately treats babies and surrogates as commodities. We find these arguments wanting: the nature of gestational surrogacy does not make it an exceptional form of labour, and indeed the commodification of pregnancy may disrupt oppressive conceptions of human reproduction. We argue instead that surrogacy does raise major moral concerns insofar as it may exacerbate extant patterns of domination and exploitation based on international inequities and gender-based discrimination. However, the moral problems of surrogacy extend to wage labour more generally. In other words, surrogate pregnancy is not an exceptional form of labour, but human labour is an exceptional commodity.

KEYWORDS: Surrogacy; Market; Labour; Commodification; Freedom.

SUMMARY: 1. Surrogacy and the future of human reproduction. - 2. Altruistic surrogacy vs. the market. - 3. The debate on the scope of markets. - 4. The pro-commodification presumption: welfare, knowledge, liberty. - 5. Pregnancy is special. - 6. Labour is special. - 7. Conclusions.

1. Surrogacy and the future of human reproduction

Fertilisations, pregnancies and upbringings are necessary activities for the continuation of human society through the production of new individuals, i.e. biological reproduction. Such reproductive activities have been organised in different manners in different times and places, and indeed, reproductive relationships have been a key topic of comparative anthropology ever since its foundation¹. In several contemporary societies, institutions such as health systems, families and schooling orchestrate reproduction within human groups, including genetic relatives, broader kinship groups and the larger society. In some contexts, reproductive services have been, as

* Lorenzo Del Savio: Research Fellow, Division of Biomedical Ethics, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Giulia Cavaliere: PhD Candidate, Department of Social Science, Health & Medicine, King's College London. Essay selected by the Steering Committee among submissions to the Call for papers on Surrogacy.

¹ Systems of kinship are a major research topic of early anthropological studies starting with L.H. MORGAN, *Systems of consanguinity and affinity of the human family*, Vol. 218, Washington, 1871.

it were, outsourced: in societies that have abolished slavery this essentially means that reproductive services can be purchased and exchanged in markets. Along with families, schools and health systems, markets have become another institution that organises human reproduction. A relatively new development is the emergence of pregnancy markets.

Since the development of In Vitro Fertilization (IVF), it has become possible to disentangle sexual intercourse, genetic parenthood and pregnancy, thus opening up new venues to reshape reproductive institutions, including parenthood². One of the new possibilities that assisted reproduction technologies have opened allows women to carry a foetus that is not their genetic offspring, or a foetus that resulted from the ectopic fertilisation of their gametes. A 'surrogate' is a woman that becomes pregnant, and carries and delivers a child on behalf of others³. 'Surrogacy agreements' establish that the pregnant woman will surrender her legal right of motherhood to a third party⁴.

Surrogacy agreements can take different forms, including: *gestational surrogacy* and *partial surrogacy*. Whereas in the former the child is genetically unrelated to the surrogate, in the latter the child is the genetic offspring of the surrogate and a donor. Despite some divergences, surrogacy can be compared to adoption, with the important difference that the future parents could be the partial or full genetic parents of the adopted child, thereby allowing couples that cannot conceive naturally, and homosexual couples⁵, to have genetically related children. This particular use of IVF challenges established conceptions regarding parenthood, and has hence attracted considerable attention in public debates. Legal cases have arisen concerning the enforceability of surrogacy agreements (e.g. The 'Baby M' case⁶ and more recently the case of Baby Gammy⁷), as several pieces of legislation are based on the Roman law principle "Mater semper certa est", which, until surrogacy, corresponded neatly with what was technically feasible⁸.

In addition, the technological separation of conception and pregnancy has facilitated the commodification of pregnancy. Partial surrogacy was possible before IVF, but IVF allows both gestational surrogacy and a thorough isolation of pregnancy from sexual intercourse, thereby easing its commodification. Those who find surrogacy unsettling, oscillate between condemning reproductive technologies

² C. PALACIOS-GONZÁLEZ, J. HARRIS, G. TESTA, *Multiplex parenting: IVG and the generations to come*, *Journal of medical ethics* 40/11, 2014, 752-758.

B. R. SHARMA, *Forensic considerations of surrogacy—an overview*, *Journal of clinical forensic medicine*, 13/2, 2006, 80-85.

³ F. SHENFIELD, G. PENNING, J. COHEN, P. DEVROEY, G. DE WERT, B. TARLATZIS, *ESHRE task force on ethics and law 10: surrogacy*, *Human reproduction*, 20/10, 2005, 2705-2707.

⁴ *Ibidem*.

⁵ So far homosexuals can opt for partial surrogacy only, due to technological difficulties in producing artificial gametes. However, there have been advancements in cellular reprogramming that may make it possible, see D. CYRANOSKI, *Rudimentary egg and sperm cells made from stem cells*, *Nature News*, 24/12, 2004, doi:10.1038/nature.2014.16636.

⁶ A.L. ALLEN, *Privacy, surrogacy, and the Baby M case*, *The Georgetown Law Review*, 76, 1987, 1759-1792.

D.L. HOFMAN, *Mama's Baby, Daddy's Maybe: A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, *William Mitchell Law Review*, 35/2, 2008, 449-468.

⁷ S. CALLAGHAN, A.J. NEWSON, *Surrogacy, motherhood and baby Gammy*, *Bionews*, 766, 2014.

⁸ B.R. SHARMA, *op. cit.*

as such and condemning the resulting commodification⁹. It is, however, helpful to distinguish between these two sources of unsettlement. Surrogate pregnancies can be carried out in non-commercial forms, for instance by a volunteer, who may be a relative or a close friend of the prospective parents. This type of surrogate agreement is called “altruistic surrogacy”. However, it is surrogacy in its “commercial” form that stirs most controversy. Indeed, some legislation treats altruistic and commercial surrogacy very differently, and they are generally more restrictive in the case of commercial surrogacy¹⁰.

2. Altruistic surrogacy vs. the market

Italy and the United Kingdom represent interesting examples as Italian and British legislators have opted for different types of regulations of surrogate agreements. Whereas in Italy surrogacy is banned outright, in the UK altruistic surrogacy is tolerated. In Italy, assisted reproduction services are regulated by Law 40 (issued in February 2004)¹¹. Before Law 40, surrogate services were unregulated. Paragraph 6 of Article 12 prohibits surrogacy (including altruistic forms of surrogacy) and the commercialisation of embryos and gametes. In addition, the Article establishes a penalty for engaging in surrogacy by organising, publicising or undertaking it. In Italy, the penalty amounts to detention from three to twenty-four months and a fee from € 600,000 to € 1,000,000¹². This legislation echoes Article 42 of the Italian Code of Medical Deontology (1998). This Article prohibits, among other services, all forms of surrogate pregnancy and the commercialisation of gametes, embryos and fetuses. As a consequence, surrogate pregnancy agreements are not considered valid in court, i.e. they are void¹³. In the UK, the legal treatment of surrogate services differs from Italy. The *iter legis* of surrogacy in the UK started in 1982 with the establishment of a committee for the investigation of social, ethical and legal questions raised by the development of IVF and the progress of embryology science. The committee produced The Warnock Report, named after the committee chair Professor Mary Warnock. The Report was published two years later and provided legal basis for what later became the Human Fertilisation and Embryology Act (1990)¹⁴. The Report illustrates the ethical arguments in favour of and against surrogacy and questions concerning parenthood of a child conceived through surrogacy. It concludes that the risks for the surrogate mother and the children thus conceived outweigh the benefits of this service for infertile couples. Their recommendation at the time was to «render criminal the creation or the operation in the United Kingdom of agencies whose purposes

⁹ See for instance the position of the Catholic church, which criticises reproductive biotechnologies «for failing of accepting and respecting the human condition as it was created» (Post-Synodal Apostolic Exhortation *Amoris laetitia* of the HOLY FATHER FRANCIS, 2016, §56).

¹⁰ V. KRISHNAN, *Attitudes toward surrogate motherhood in Canada*, Health Care for Women International, 15/4, 1994, 333-357.

¹¹ L 40/2004 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

¹² L 40/2004 Art. 12.6.

¹³ A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002.

R. MASTROIANNI IANNI, *La surrogazione di maternità: una questione controversa*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 7/1, 2015, 103-119.

¹⁴ DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (“The Warnock Report”), July 1984, Cmnd 9314.

include the recruitment of women for surrogate pregnancy or making arrangements for individuals or couples who wish to utilise the services of a carrying mother» and to criminalise professionals and other people who «knowingly assist in the establishment of a surrogate pregnancy»¹⁵. The committee also maintained that all surrogate agreements should be considered illegal and thus unenforceable in court. These recommendations were eventually formalised in the Surrogacy Arrangements Act of 1985, which regulates gestational surrogacy practices in the UK. The Act criminalised any attempt by third parties to initiate, participate, advertise or facilitate payments for surrogate services¹⁶. In addition, the Act follows the initial position of the Warnock Report: no legally-binding agreements can be stipulated in the UK and the surrogate mother has the right to change her mind at any time during the pregnancy and after the birth of the child, even when she is not the child's genetic mother. Parenthood matters in surrogacy agreements are resolved by parental orders. Until the last update to the HFEA Code of Practice (October 2013), if the commissioning parents intended to become the legal parents of the child, they either had to adopt the child, or to apply for a parental order to reassign the parenthood of the child¹⁷. Despite the initial position of The Warnock Report and of the prohibition of commercial surrogacy in the subsequent Surrogacy Arrangements Act, surrogacy in its altruistic form is allowed in the UK.

Why would a country adopt different legislation for commercial and altruistic surrogacy? In treating altruistic and commercial surrogacy alike, the Italian legislator opted for a sharp condemnation of the practice of surrogacy itself. For the UK legislator it matters that in one case it is *markets* that organise surrogacies, and in the other case informal agreements that do not involve commodification. The significance of the distinction made by the UK legislation is the focus of this paper. What makes markets of surrogacy special? How is pregnancy different from other goods and services that are exchanged in the market? Is the market an appropriate institution to organise reproductive services? Pregnancy markets affect human well-being for two reasons essentially. Firstly, they affect several human relationships that we may (or may not) want to preserve. These relationships include the couple, the family and parenthood. Secondly, pregnancy-related reproductive services have so far been (and in the immediately foreseeable future will be) essentially gendered: pregnancies can only be carried out by female human beings. Women have been suffering from discrimination and male domination in most extant societies. Such domination and discrimination can be affected by how reproduction is organised, and indeed, the control of reproductive capacities has always been instrumental for the continuation of patriarchal power¹⁸. With commercial surrogacy, pregnancies become a segment of the reproductive market, and a form of what has been called 'clinical labour': this is expected to affect women's liberty and well-being¹⁹.

¹⁵ Ibidem. p. 47

¹⁶ Surrogacy Arrangements Act 1985.

¹⁷ Surrogacy Arrangements Act 1985; as of 1 October 2013, the HFEA updated the Code of Practice and the guidance notes of surrogacy agreements were affected. According to this updated version, the surrogate remains the legal mother upon birth, but if she is not married or in a civil partnership one of the intended parents can be the other legal parent of the child when born. CH(13)01.

¹⁸ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge, 1988.

¹⁹ M. COOPER, C. WALDBY, *Clinical Labor. Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Durham-London, 2014.

The aim of this article is to provide a new perspective on this debate. Following Satz, we argue that the moral questions of commercial surrogacy need to be framed as questions pertaining to the appropriate scope of markets (Section Three)²⁰. In Section Four we review arguments in favour of commodification and explain why making commodification permissible ought to be taken as the default position. We then distinguish two different sets of challenges to the default position. Challenges based on *the nature of pregnancy* and the effects of its commodification on surrogates, babies and a number of social institutions that are allegedly worth-preserving are discussed in Section Five. Challenges based on issues of domination, exploitation and inequities towards women that depend on *contextual factors*, including economic inequalities and discrimination are the object of Section Six. In the same section, we argue that the first set of challenges fails to show that pregnancy should not be commodified. Instead, the second set of challenges captures some of the wrongs of commercial surrogacy of paramount moral importance. However, it is our intention to show that these wrongs do not apply solely to reproductive labour; and that although pregnancy is not an exceptional form of labour, its moral saliency is due to *labour* being an exceptional commodity. We conclude by explaining the advantages of this perspective in reasoning about policy, legislation and public debates on surrogate pregnancy.

3. The debate on the scope of markets

The moral issues surrounding gestational surrogacy have been discussed by a wide range of scholars, from philosophers²¹ to sociologists²² and legal experts²³. A common framework adopted in English-speaking moral and political philosophy constructs the normative questions pertaining surrogacy as questions on the appropriate scope of markets, ie. whether gestations are *the sort of things* that are appropriately bought and sold²⁴. A broad swath of social history in the last century can be interpreted as a struggle over the proper scope of commodification²⁵. For instance, welfare states have been seen as de-commodification that makes a number of resources available to citizens irrespective of

²⁰ D. SATZ, *Markets in women's reproductive labor*, *Philosophy & public affairs*, 21/2, 1992, 107-131.

²¹ E. S. ANDERSON, *Is women's labor a commodity?*, *Philosophy & Public Affairs*, 72/3, 1990, 71-92 a).

R.J. ARNESON, *Commodification and Commercial Surrogacy*, *Philosophy & public affairs*, 21/2, 1992, 132-164.

S. WILKINSON, *The exploitation argument against commercial surrogacy*, *Bioethics*, 17/2, 2003, 169-187.

²² M. Cooper, C. Waldby, op. cit.

²³ M. CRAWSHAW, E. BLYTH, O. VAN DEN AKKER, *The changing profile of surrogacy in the UK—Implications for national and international policy and practice*, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 34/3, 2012, 267-277.

E.S. SCOTT, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, *Law and Contemporary Problems* 72/3, 2009, 109-146.

B.R. Sharma, op. cit.

²⁴ R.J. Arneson, op. cit.

C. PATEMAN, Op. cit.

M.J. RADIN, *Market-inalienability*, *Harvard Law Review*, 100/8, 1987, 1849-1937.

D. SATZ, Op. cit.

E.S. SCOTT, Op. cit.

²⁵ K. POLANYI, *The Great Transformation*, Boston: Beacon Press, 1970;

R.M. TITMUS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, New York: Pantheon Books, 1971.

their means²⁶. The debate on surrogacy can be considered as another instance of this broader debate. This is also the approach we take here.

For the purpose of this paper, we define "commodity" as any good or service that is exchanged in a market. The concept of a market describes an ideal situation in which actors bargain on the price of a commodity as either producers or consumers. The price generated by such negotiation mediates between the competing interests of several buyers and sellers. Crucially, buyers and sellers respectively know how much (utility) they would gain from the commodity, and how much effort it takes to produce it. While extant markets are approximations of such an ideal, it is helpful to bear the model in mind for the discussion of the virtues and vices of markets. Markets are just one of several conceivable distributive institutions: others include families, networks of friends, political institutions, firms, etc. The tendency of Western societies during the last centuries has arguably been towards an extended marketisation of goods and services that were once produced, exchanged and distributed in different manners²⁷. The effects of marketisation on human well-being depend partly on the institutions that markets replace. Markets may replace undesirable institutions, and while this replacement is not a virtue of markets as such, commodification can sometimes be desirable in virtue of its disruptive effects²⁸. In the case of surrogacy, its repercussions for the structure of family, for instance in terms of genetic parenthood for homosexual couples, need to be analysed.

In the next section, we will review several arguments in favour of commodification, explain their strengths and weaknesses, and show why making commodification permissible should be taken as the default position.

4. The pro-commodification presumption: welfare, knowledge, liberty

Pro-commodification arguments in the debate on surrogacy closely reflect the general virtues that markets are thought to possess: their welfare-enhancing properties, their efficient employment of local knowledge, and the protection they guarantee to individual freedom.

Welfare. Prospective parents may find one of the few chances of parenthood and possibly the only chance of having genetically related offspring in surrogacy agreements. Homosexual couples and single people have the opportunity to become parents even in countries where adoption is restricted to heterosexual couples. Despite the risk of overstressing genetic parenthood, the practice of surrogacy seems to protect an important interest of prospective parents, their interest in being a genetic parent. At the same time, women of gestational age could benefit from this form of labour both socially and economically²⁹. Surrogate labour is a uniquely female type of clinical labour, which may allow

²⁶ GOSTA ESPING-ANDERSEN, *Politics Against Markets: The Social Democratic Road to Power*, Princeton: Princeton University Press, 1985.

²⁷ K. POLANYI, op. cit.

²⁸ One, possibly uncontroversial, example of emancipation through the expansion of markets may be the entrance of women in labour market in rich countries in the last decades of the XX century. The commodification of women labour force (including the outsourcing of household services that women had been providing within families) has been an important determinant of women's liberty.

²⁹ B. PARRY, *May the surrogate speak?*, OpenDemocracy, 2015a, <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/bronwn-parry/may-surrogate-speak> (last visited 26/04/2016).

women to take active part in market exchanges. Both authors that are wary of welfarist arguments and those who argue in favour of them agree on one point: even if women chose surrogate labour due to the absence of valuable alternatives, prohibiting surrogacy on these grounds would unduly harm the surrogates³⁰. Even if a person would not carry out a pregnancy were her background conditions better and her range of opportunities wider, prohibiting surrogacy inflicts a further harm upon her by barring a source of revenue which she finds attractive³¹. The mutual advantage of buyers and sellers is a general virtue of markets that pro-market theorists like to stress³². Although it does not trump other considerations, frustration of prospective parents and would-be surrogates' interests is a cost that should be imputed to banning commercial surrogacy.

Local knowledge. Bans on market exchanges frustrate buyers and sellers' preferences. However, buyers and sellers are often irrational, and they may fail to reflect on their real interests. Arguments for commodification based on welfare are not conclusive chiefly for this reason. Yet there is a further problem with prohibition of market exchanges: they impede the employment of useful local knowledge. A poor woman who decides to carry out a pregnancy for others is often depicted as a victim of circumstance who is unable to make a real autonomous choice³³. According to this narrative, she acts under psychological pressures due to poverty, and her preferences are unduly influenced by her condition. However, she is better placed than regulators in the evaluation of her opportunity costs and the relevant alternatives she has, including labouring in «poorly regulated sectors such as domestic service, toxic industries, or sex work, all of which are less economically rewarding and potentially even more precarious and hazardous than surrogacy»³⁴. This local knowledge would be wasted by the enactment of a ban on commercial surrogacy, i.e. such local knowledge will not be used to coordinate actions that may increase buyers and sellers' well-being.

Freedom. Markets leave ample sovereignty to individuals. Individual needs, wants and desires are what matters in market exchanges, and nothing more. Markets also satisfy the requirement of neutrality that prohibits fettering individual lives on the basis of partial views of what should be needed, wanted or desired. The exercise of individual sovereignty guaranteed by free markets is a further feature that appears in debates on surrogacy. The importance of preserving freedom of choice of surro-

³⁰ B. PARRY, op. cit, (a).

J.A. ROBERTSON, *Surrogate mothers: Not so novel after all*, Hastings Center Report, 13/5, 1983, 28-34 a).

S. Wilkinson, op. cit.

³¹ A. WERTHEIMER, *Two questions about surrogacy and exploitation*, Philosophy & public affairs, 21/3, 1992, 211-239.

³² Satz (1992) links pro-commodification arguments with fundamental theorems of welfare economics that show that markets are welfare-maximising. The clearing market-prices generate a distribution such that no other distribution can increase aggregate welfare without inflicting losses on at least some of the actors involved. The relationship between the theorem and virtues of real markets is however complex, as the theorem holds through for an all-encompassing market of goods and under very strict assumptions.

³³ E. BAUMHOFER, *Commodifying the Female Body: Outsourcing Surrogacy in a Global Market*, Thinking Gender Papers, UCLA Conference, 2012, 1-23.

E.S. Scott, op. cit.

³⁴ B. PARRY, op. cit, (a).

gate mothers has often been defended³⁵. To illustrate, banning or criminalising surrogacy is seen as undue restriction on women's autonomy and an unjustified interference of the state on their reproductive decisions based on partial views of what counts as appropriate reproductive behavior and motherhood. Feminist scholars have contrasting views on surrogacy³⁶. Some feminist thinkers who have engaged with the debate on the moral issues of surrogacy defend this practice on the basis of respecting women's rights to freedom and self-determination. The presumption in favour of freedom of choice of contemporary liberal societies and the struggles of feminist movements to grant women the freedom to dispose of their own bodies conflate here. These arguments are similar to those put forward in the context of assisted reproduction: procreative choices (including decisions of how, when and whether or not to reproduce) are considered by many to be among the most private choices that people make. For this reason, there exists a strong presumption in favour of liberty in this sphere, and against the limitation of this fundamental specification of freedom of choice³⁷.

The third set of arguments in favour of surrogacy is arguably sufficient to establish that permitting commercial surrogacy is the default moral position, which can be abandoned only if stronger arguments are devised. The commitment to individual liberty poses a high justificatory burden on those who want to prohibit behaviours that do not harm others. In this case, while surrogacy is a pretty invasive form of contractual exchange, as long as it involves consenting parties, there must be solid justifications for prohibition, and indeed for any interference³⁸. There are other cases of bans on potentially consensual commercial transactions: from the classical but somehow fanciful prohibition of selling oneself as a slave, to the prohibition of selling votes. However, these cases do not make other prohibitions any less problematic, and one reason they are 'classics' in normative reasoning is precisely the difficulty involved in their rational vindication. Such presumption in favour of liberty also explains why commodification, albeit lamented, is seldom prevented. Markets are the result of free exchanges between individuals, and those committed to the protection of individual sovereignty are

³⁵ R. MACKLIN, *Is there anything wrong with surrogate motherhood? An ethical analysis*, The Journal of Law, Medicine & Ethics, 16/1-2, 1988, 57-64.

C. Palacios-González, J. Harris, G. Testa, op. cit.

J.A. Robertson, op. cit. (a)

J.A. ROBERTSON, *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*, Princeton, 1996b.

³⁶ L.B. ANDREWS, *Surrogate motherhood: the challenge for feminists*, The Journal of Law, Medicine & Ethics, 16/1-2, 1988, 72-80.

I. PETERSON, *Baby M. trial splits ranks of feminists*, The New York Times, 1987, <http://www.nytimes.com/1987/02/24/nyregion/baby-m-trial-splits-ranks-of-feminists.html> (last accessed: 26/04/2016)

E.S. SCOTT, op. cit.

R. TONG, *The overdue death of a feminist chameleon: Taking a stand on surrogacy arrangements*, Journal of social philosophy, 21/2-3, 1990, 40-56.

³⁷ J.A. ROBERTSON, op. cit. (a).

J.A. ROBERTSON, op. cit. (b).

C.T. SISTARE, *Reproductive freedom and women's freedom: Surrogacy and autonomy*, Philosophical Forum, 19/4, 1987, 227-240.

³⁸ J.S. MILL, *On liberty*, London: Penguin, 2010.

ipso facto committed to the expansion of markets, if no stronger arguments can be put forward for interference.

In the debate on surrogacy, there are two general strategies to argue for prohibition, or interference with surrogacy markets. One strategy rests on the effects of commodification of pregnancy on surrogates or other parties, which allegedly makes pregnancy special. This strategy aims to show that selling oneself as a surrogate is akin to slavery, or that it harms third parties: surrogate babies or, more unlikely, society at large. The second strategy aims to question the structural features of contemporary societies that make surrogacy undesirable as it sustains or worsens forms of discrimination, domination and exploitation against women. We will show that these two strategies are profoundly dissimilar. The first set of arguments strives to support the view that pregnancy is not the sort of thing that should be commodified (we argue that the arguments put forward to support this view fail). The second set of arguments strives instead to support the view that pregnancy belongs to a broader category of services whose commodification is necessarily a site of conflict (we argue that these arguments are successful).

5. Pregnancy is special

Pregnancy may be a special service that should not be commodified because of its effects on mothers, babies, society in general, or any combinations of the three.

Surrogate mothers. Surrogacy may be exceptionally harmful to the surrogate from a physical, emotional and existential point of view. One instance of emotional harm may be caused by the disruption of the relationship that the surrogate establishes with the foetus while it grows in her womb³⁹. According to this view, the tie between the surrogate mother and the foetus she is carrying extends beyond the existence of genetic kinship and is part of a biological type of attachment to the future child. Moreover, emotional harm results from the repression of maternal feelings towards the foetus and from the disruption of the bond between the identity of a woman and her sexuality⁴⁰. Some scholars employ the notion of alienation to describe the surrendering of the product of a surrogate's labour to someone else⁴¹. Without denying that such separation may indeed be extremely harmful, the argument seems unduly paternalistic: as long as the surrogate consents to such psychological costs, there seems to be no ground to prohibit surrogacy agreements⁴². People do make psychologically painful decisions, including decisions pertaining to their relationships with other human beings,

³⁹ M. AGNAFORS, *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 17/3, 2014, 357-363.

⁴⁰ E.S. ANDERSON, op. cit. (a).

J. OKSALA, *Affective Labor and Feminist Politics*, *Journal of Women in Culture and Society*, 41/2, 2016, 281-303.

C. PATEMAN, op. cit.

⁴¹ E.S. ANDERSON, op. cit. (a).

E.S. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, *Health Care Analysis*, 8/1, 2000, 19-26, b).

A. VAN NIEKERK, ANTON, L. VAN ZYL, *The ethics of surrogacy: women's reproductive labour*, *Journal of medical ethics*, 21/6, 1995, 345-349.

⁴² G. DWORKIN, *Defining Paternalism*, in Coons and Weber (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press. 2013, pp. 25-39.

for reasons related to their jobs. Even admitting that particular biological mechanisms underpin the bond between (gestational) mother and child, this is hardly exceptional. Bonds between relatives or between partners are equally grounded on robust mechanisms, and what seems to matter is whether the bond is deeply felt or not, rather than the nature of the mechanisms that sustain it. The alienation of the product of personal work is a widespread feature of working life: scholars surrender their manuscripts' copyrights to editors, architects their projects to engineers and builders, and so on.

In addition to psychological harm and alienation, surrogate labour is considered exceptional because it causes physical harm to the surrogate due to the long term kind of commitment that a pregnancy necessarily entails. Prior to the beginning of the pregnancy, the surrogate has to take medications, and during the pregnancy she will have to modify her habits and comply with societal and legal behavioural requirements for pregnant women. However, practically every job has long term physical consequences, and requires compliance with socially sanctioned behaviours. Professional athletes who endure extremely severe and physically damaging training sessions and have to follow certain dietary and behavioural obligations set by their clubs, are an often quoted example in this context. Even if the case of athletes may indeed be a quite extraordinary case and as such prove nothing in the case of surrogacy, effects on long term health are known for most clerk jobs. For instance, there is evidence that the health of employees with low control over their working tasks is damaged by the stress that it causes, and that their life expectancy is shortened as a result⁴³.

Moreover, there is a further problem with singling out reproductive work as a special kind of service, incomparable with other physical and psychological performances required in ordinary working life. Interferences with personal choices in the reproductive sphere may be more censurable than other paternalistic interferences, given the long standing harms to women that the patriarchal grip on female reproduction has generated. Feminist scholars have objected that it is unclear how one can be at the same time in favour of the legalisation of abortion, yet against surrogacy⁴⁴. Indeed the argument that reproduction is a *sui generis* female service, and involves features of the female body that are of special concern for women's identity, seems to describe a societal judgement that in the past has conveyed harmful suppressions of women. If anything, it would be desirable that surrogacy *normalises* reproductive services. To repeat the point: such observations do not make surrogacy unproblematic, exactly as analogous observations regarding the non-exceptionality of sex work would not make prostitution unproblematic. They only show that the problem lies elsewhere or the focus must be directed elsewhere.

We have argued that there is nothing special in the psychological harms and alienation resulting from the severing of the surrogate-child tie, nor in the physical effects of pregnancy, nor in its particular relationship with women's identity. However, others may be concerned that the commodification of the human body in the form of surrogacy expresses an intolerable attitude towards human life. There are two sides to this concern: one side pertains to the surrogate's dignity, and is akin to the argument against slavery, the other pertains to the effects on society that such an attitude may have (and will be discussed below as it does not concern the surrogate as such).

⁴³ M. MARMOT, R. WILKINSON, eds. *Social determinants of health*, OUP Oxford, 2005, Ch.6.

⁴⁴ L.B. ANDREWS, op. cit.
E.S. SCOTT, op. cit.

According to this view, surrogates lose their dignity and are transformed into paid breeders and incubators for men's sperm⁴⁵. The dignity argument is also reflected in legislation and advisory documents⁴⁶ where surrogacy agreements are seen as harmful insofar as they violate the sacrality of pregnancy and reproduction, and transform women and reproductive labour in commodities. Most European countries such as Italy, France, Germany, Norway, etc. opted for a ban on surrogacy, mirroring the position taken on surrogacy in December 2015 in the Council of Europe's 'Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's Policy on the Matter'. In the report, the EU took stand on human rights and possible actions to promote them. Among other topics, the Report addresses the Rights of Women and Girls⁴⁷ and Article 114 condemns «the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments»⁴⁸.

Article 114 mentions some of the wrongs of surrogacy that will be discussed below, including exploitation and the effects of vulnerability on the quality of personal choices. However, we have shown above that the use of the body and its reproductive functions as commodities is hardly unique, and treating it as such may indeed harm women. There are traces of instrumentalisation of human beings in surrogacy, but these are equally present in any other job where the capacity and physical powers of the worker are sold to other human beings that need them.

The argument from dignity may have another source, namely the idea that surrogacy is degrading in a moral sense, i.e. it fails to treat surrogates as human beings should be treated, which echoes the Kantian imperative to treat persons not as means, but as ends in themselves. However, why would surrogacy be degrading? Prejudices and taboos surrounding reproduction are not valid reasons, and indeed, they harm women. Controversies over moral stands regarding other allegedly degrading activities such as the so-called "dwarf tossing" show that it can be problematic to constrain one's freedom on the basis of a supposedly degrading behaviour⁴⁹.

We believe that the harms discussed thus far do not single out surrogacy as a *sui generis* service that should be excluded from the market. As long as surrogacy agreements are voluntary, there are no reasons for prohibition. At the same time, prohibitions based on the alleged special nature of pregnancy may in turn damage women. However, if surrogacy harms third parties, the voluntary nature of such agreements is not enough to allow them. Surrogacy may, for instance, harm children.

⁴⁵ L.B. Andrews, *op. cit.*

⁴⁶ DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY, *op. cit.*

EUROPEAN COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Annual Report on Human Rights and Democracy in the World in 2014, 2014.

⁴⁷ EUROPEAN COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *op. cit.* Art 98 to 114.

⁴⁸ EUROPEAN COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *op. cit.* Art 114.

⁴⁹ G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, *Law and Philosophy*, 2005, 24/3, 305–319.

Children. The same principle that is employed to condemn paternalism, the Millian Harm Principle, allows interference on the grounds of harms to third parties⁵⁰. This may be another reason to ban surrogacy.

Some scholars indissolubly link the commodification of women's reproductive labour with the commodification of children⁵¹. Commercial surrogacy transforms children into commodities that can be bought and sold, thus losing their intrinsic value. In particular, English philosopher Anderson establishes a link between the commodification of children and the psychological distress that surrogacy agreements may inflict on them, as these agreements replace parental norms with market norms and property rights over children⁵². It is, however, helpful to keep the two issues distinct, i.e. commodification as such and the psychological consequences thereof.

To start with, it is unclear how surrogacy agreements could be described as commodification of *children*. Even if children are indeed bought and sold thanks to a surrogacy agreement, this does not necessarily make them a commodity in a morally objectionable sense. For instance, a surrogacy agreement does not make it possible for the adopting couple to resell the child. Whether or not a child is treated as property is not at stake here. Property is a complex concept, encompassing many different rights which any single property arrangement may or may not have (for instance, if one owns a listed building, one cannot tear it down). The question is whether or not the kind of rights that are given to surrogates and prospective parents over children are in any way harmful to them. To put it bluntly: even if surrogacy is a form of commodification of children, it does not equate with children being sold in supermarkets. The question is only whether replacing extant family norms (which again are themselves described as property norms by some theorists) with the particular property rights enshrined in surrogacy agreements harms children.

This is a serious concern. Yet it is, to a large extent, an empirical question. While it is beyond the scope of this article to review the complex literature on the matter, which includes empirical literature on adoption, a few words of caution are in order. The replacement of extant reproductive institutions based on families with surrogacy should be treated cautiously, just as any profound modification of established social habits and institutions should be treated cautiously. Established social habits and institutions may be profoundly defective and morally objectionable, however, they are at least stable and provide continuity which is much needed for human life and is threatened if everything is continuously to change⁵³. This does not mean that extant institutions ought not to be questioned in virtue of their existence. The potential wrongs of family life are widespread and well-known, and a cautious experimentalism in these matters seems to be the most balanced approach we can take.

⁵⁰ J.S. MILL, *op. Cit.*

⁵¹ E.S. ANDERSON, *op. cit.* (a).

E.S. ANDERSON, *op. cit.* (b).

M.J. RADIN, *op. cit.*

D. SATZ, *op. cit.*

⁵² E.S. ANDERSON, *op. cit.* (b).

⁵³ G.A. COHEN, *A truth in conservatism: Rescuing conservatism from the conservatives*, In O. Kazuhiro, *Finding Oneself in the Other*, Princeton, 2012.

Society. Polanyi argued that the expansion of market institutions to larger spheres of human life generates a reaction based on the myriad social relationships and human motivations which do not lend themselves to commodification⁵⁴. The countermovement of society against market expansion is motivated by these alternative social and psychological foundations of human sociality. Perhaps commercial surrogacy is just one step too far in the direction of commodification, as it pertains to a sphere of social life that human beings simply cannot bear to commodify.

A number of human relationships are simply not the sort of things that can be exchanged in markets⁵⁵. A simple example is friendship: if you pay a person to be your friend, he is not your friend. In such cases, it is not just inappropriate to commodify a particular relationship: it is in a sense also impossible. Commodification erodes features of friendship relationships, especially gratuity, that are thought to be essential for its existence. One worry may be that the very existence of commercial surrogacy subtracts from the gratuitous quality of the majority of pregnancies that happen outside of commercial relationships.

It may be hard to rationally make sense of these sorts of worries about commodification. They seem to signal a fundamental bias against changing the status quo, and in this case to the marketisation of reproductive institutions. A more general resistance to change does not make this sort of resistance against commodification any less relevant, as it may interfere with implementation of good policies or, on the contrary, sustain the enactment of forms of containment that are appropriate. However, some words of caution are again necessary. The claim that commodification is questionable because it jeopardises other forms of social relationships is dubious not only because these relationships may not be worth-preserving, but also because it may be, to a large extent, an excessive diagnosis. Bronwyn Parry criticises those anti-neoliberal attitudes that depict commodification as a force that leaves behind «a social desert of atomistic individuals warring against each other»⁵⁶. Such analyses often overlook what actually happens around market exchange. They may find rich and inventive ways in which humans reconstruct forms of sociality that make sense of their action. In the case of surrogacy, this extends to the informal and sometimes friendly bonding that may be established between the surrogate and the prospective parents. This is, in one sense, another form of the Polanyian countermovement.

Let us take stock of what we have argued, and what we have not argued, so far. We have shown that if there is anything that makes surrogacy special, it cannot be psychological and physical harm to surrogates. Moreover, arguments that single out surrogacy as degrading are suspicious as they fail to show that they do not rely on assumptions regarding women's sexuality and reproduction that have proven oppressive. Concerns with the well-being of children are of paramount importance and deserve further empirical scrutiny, and possibly experimentation. A good case for prohibition might be

⁵⁴ F. BLOCK, *Polanyi's Double Movement and the Reconstruction of Critical Theory*, *Interventions Économiques*, 38, 2008.

⁵⁵ M.J. SANDEL, *What money can't buy: the moral limits of the market*, London, 2012.

M.J. RADIN, *op. cit.*

⁵⁶ B. PARRY, *Narratives of neoliberalism: 'clinical labour' in context*, *Medical humanities*, 41/1, 2015, 32-37, (b).

constructed were harm to children is evidenced⁵⁷. But this would not make surrogacy special with regards to its commodification: the commercialisation of any social intercourse that harms third parties is a candidate for prohibition.

Finally, reactions to the commodification of spheres of life that were hitherto organised on a different basis do not offer guidance as such to the question whether pregnancy is the sort of thing that ought not to be commodified (albeit they are relevant for policy making). For these reasons we believe that there are no compelling arguments to make special exceptions to the default pro-commodification position for surrogacy.

What we did not argue, and what does not follow from our argument, so far is that surrogacy is morally unproblematic, that women cannot be seriously harmed by surrogacy, that the preferable legal and moral approach is its blanket liberalisation. All things considered, we believe that quite the opposite is true: surrogacy is not only a matter of moral disagreement, but it also represents a conflictual reality, with weaker parties at risk of being abused, exploited and dominated. Yet such issues extend more generally to waged labour: we will argue below that asymmetries between sellers and buyers are endemic to the labour market, as the long tradition of labour decommodification reminds us. This is not to say that all forms of labour expose workers to the same danger, nor that there are no specific challenges that surrogacy poses. Instead, this is to say that the sort of exceptionality that makes surrogacy morally problematic is the kind of exceptionality that makes labour a special commodity. There are goods and services whose marketisation intrinsically brings up conflict: human labour is this sort of thing. Again, whether or not marketisation in one place and at one point of history is considered emancipatory depends largely on what markets replace, but this does not exclude peculiar issues that labour commodification raises.

6. Labour is special

A long standing social critique tradition poses that *labour* should not be commodified. There are several interpretations of this claim, but they all stem from one concern about commodified labour, i.e. that labour markets are necessarily coercive. Indeed, the sale of labour has exceptional features that distinguish it from other market exchanges. Firstly, it always involves the very life of human beings, their bodies and their identity. This is peculiarly evident in the case of surrogate labour, but it is equally the case for other jobs. Secondly, most people *depend* on labour for their livelihood, i.e. they cannot sustain themselves without work. Such dependency places workers at a disadvantage with respect to the buyer of their work. The buyer, i.e. the employer, can exercise command on the worker as a result of this dependency. Some Marxist authors believe that such domination is the ultimate

⁵⁷ The case is however not straightforward. There is disagreement over whether individuals can be wronged by the actions that caused their existence (see for instance Derek Parfit's non-identity-problem in D. PARFIT, *Reasons and persons*, Oxford, 1984, Ch. 16 and its use in the context of the ethics of reproductive technologies in J.A. ROBERTSON, *Procreative liberty and harm to offspring in assisted reproduction*, *American journal of law & medicine*, 30/1, 2004, p. 7-40.

threat to freedom⁵⁸. However, even if such domination is not a threat to freedom as such, it makes it possible for workers to be exploited and abused.

What is the purpose of questioning the commodification of labour? The political aim of labour de-commodification is to loosen the dependency of people from work. How this is achieved depends on the context, e.g. the technological framework or the available legal instruments. For instance, de-commodification policies have supported the creation of new jobs (which makes workers scarce, thereby ameliorating their bargaining position) or the expansion of universal and unconditional welfare services⁵⁹. At present, the decommodification tradition has lost the widespread appeal that it once enjoyed. This happened partly due to an ideological decline, caused by the spread of different movements that actively campaigned for the equation of labour and other assets one may want to sell. Indeed, these movements claimed that labour is not exceptional after all⁶⁰. But it is also a result of past victories of the decommodification camp. Still, the problem with work re-emerges as decommodification policies are torn apart, and in cases that capture the public imagination. We argue that commercial surrogacy is one of these cases.

Legislations that make it unlawful to engage in commercial surrogacy, while allowing altruistic surrogacy, seem to be guided by the intuition that there is an intrinsic tension in surrogate labour. This tension does not lie within the practice of surrogacy itself, as we argued above, as is manifested in the permission of its altruistic form. The problem must be commodified labour, i.e. the concern that a woman may decide to carry out a pregnancy because she has no other valuable sources of subsistence. This is an instance of the problem with work, i.e. the exceptionality of labour markets due to the fact that what is for sale is ultimately human power, and the dependency of workers from labour. There is a long standing tradition of feminism that is sensitive to the entanglement of gender issues and labour. One instructive argument is offered by Kathi Weeks and by her interpretation of the Italian feminist movement that campaigned for a salary for housework in the '70s. Weeks argues that such campaigns targeted the gendered distinction between reproductive and productive work rather than advocating expansion of the labour market to affective, care, and reproductive work. These feminists were contesting the distinction between the reproductive and productive sphere in order to question labour. By requesting a salary for housework, they were rather calling for detaching the means of subsistence from work: i.e. decommodification of work⁶¹. The distinction between reproductive and productive works has since then subsided. Markets have expanded into spheres of social reproduction, affective work⁶², and mature economies switched to services. The question of work

⁵⁸ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford, California: Stanford University Press 1988, cit. In K. WEEKS, *The Problem With Work: Feminism, Marxism, Antiwork politics, and postwork imaginaries*, Duke University Press, Durham and London: 2011.

⁵⁹ The decommodification nature of welfare states refer is due to the fact that, by subtracting basic services from markets, they permit workers to survive independently from their salary, at least partially. Conditionality, i.e. the provision of services dependent on employment status, suspends such decommodification (see GOSTA-ANDERSON, op. cit.).

⁶⁰ P. MIROWSKI, *Never Let a Serious Crisis Go To Waste*, London, 2014.

⁶¹ K. WEEKS op. cit., Ch. 3.

⁶² M. HARDT, *Affective Labor*, *Boundary 2*, 1999.
J. OKSALA, op. cit.

has hence re-emerged as patterns of working, not working, and receiving a salary changed, but it also re-merged because technology now permits the outsourcing of parts of reproductive labour⁶³.

We argue that the problem of surrogacy is a manifestation of the more general problem with work. Challenges to the commodification of pregnancy and reproduction based on the exceptional nature of pregnancy do not capture the most problematic issues of surrogate labour. On the contrary, questions of domination of women, their exploitation and global inequalities should be the focus of the debate on the ethical issues of surrogate labour. However, in order to grasp how these contextual inequalities play out as morally problematic features of commercial surrogacy, it is of paramount importance to engage with the more general problem with work, i.e. that workers are dependent upon labour, and the more so the more they are disadvantaged.

International surrogacy epitomises such contextual inequalities, and countries worldwide have adopted different legislation to regulate this practice. States that have more liberal legislation in terms of assisted reproduction, such as the UK, Canada and Australia, allow the practice of altruistic surrogacy while banning its commercial version. Among the few countries that permit commercial surrogacy, such as India, Russia, South Africa, and a few US states (e.g. California, Massachusetts), some have opted for the prohibition of international surrogacy, limiting this market to their own citizens. The recent decision of the Indian government is telling in this respect: as of October 2015 the Indian government followed the request of two Supreme Court justices and banned commercial surrogacy services to foreign nationals⁶⁴. In countries where surrogacy is banned, travelling to benefit from the more liberal legislation of other states has become a known phenomenon. For instance, many Italian couples turn to other countries such as the United States, India or the United Kingdom in which surrogate services are not prohibited⁶⁵.

Advocates to liberal approaches to international surrogacy maintain that the prohibition of this practice is counterproductive and may even be vain. It is counterproductive because it prevents some women, and their families, from accessing a reliable source of income. It is vain because a restrictive legislation in country A would likely result in the migration of sellers to the more liberalised country

⁶³ M. COOPER, C. WALDBY, op. cit.

⁶⁴ B. PARRY, Op. cit. (a).

Express News Service, *No commercial surrogacy, only for needy Indian couples*, Govt tells SC, The Indian Express, 2015, <http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/govt-to-make-commercial-surrogacy-illegal-panel-to-decide-on-cases-of-infertile-couples/> (last accessed: 26/04/2016).

A. RABINOWITZ, *Paying for the baby: the trouble with renting a womb*, The Guardian, 2016 http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/28/paying-for-baby-trouble-with-renting-womb-india?CMP=Share_iOSApp_Other (last accessed: 28/04/2016).

⁶⁵ This form of medical tourism was firstly named by Knoppers and LeBris “procreative tourism” (see B.M. KNOPPERS & S. LEBRIS, *Recent advances in medically assisted conception: legal, ethical and social issues*, American Journal of Law & Medicine, 17, 1991, 329-360) and describes a phenomenon whereby citizens travel from one country where a reproductive service is not available to another with less restrictive legislations in order to obtain the kind of reproductive service they desire (G. PENNINGS, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, Journal of medical ethics, 28/6, 2002, 337-341).

In a recent survey (2012) the Italian institute “Osservatorio sul turismo procreativo” (“Reproductive tourism watch”) has found that only in 2011 over 30 Italian couples travelled to countries in which surrogate agreements are permitted (see G. SERUGHETTI, *Mamme mie!*, *Leggendaria*, 115, 7-10).

B⁶⁶. Interestingly, the rhetoric employed by the opponents of robust regulations of labour markets echoes this position. Such strategic arguments, however, do not resolve the problem with commodified labour: in the extant conditions, these may well be the best policy solutions, but they do not make surrogacy a win-win solution that equally promotes the interests of all parties. Moreover, depicting it as such is counterproductive in policy-making as it may harm the weaker parties.

One such depiction is sociologist Bronwyn Parry's contention that «many of the gendered and racialised accounts that we encounter regarding surrogates also act to prevent marginalised or poorer women from occupying the role of benefactor to women of a more privileged class»⁶⁷. The view of surrogacy contracts as mutually advantageous and even philanthropic is indeed a refreshing alternative to paternalist accounts of surrogacy, which Parry calls “narratives of neoliberalism” (i.e. anti-neoliberal accounts). However, the philanthropic account of surrogate labour hides the conflictual nature of commodified work, and in fact it does not stand in this case when extrapolated to other jobs: all privileged employers are in need of benefactors of one kind or another, that is, they need to hire employees.

In what sense is this perspective different from paternalistic narratives of neoliberalism? Many social scientists have pointed out the contextual inequalities that affect commercial surrogacy. However, without reference to the general problem of work, their normative assessment has to rely on the view that poorer women who decide to become surrogates are victims whose agency is curtailed by social circumstances, and whom should be protected by enlightened legislators or social activists. Bronwyn Parry argues that such approaches fail to treat women appropriately, and disregard their capacity for agency. On the basis of her fieldwork (interviewing surrogate mothers in India), she argues that poor women are capable of autonomous agency and that the ways in which surrogates make sense of their choices are of paramount importance and should not be dismissed as false consciousness⁶⁸. However, such a critique does not apply to the perspective advanced here. Any minimally sophisticated gendered and racialised account of surrogate labour is not merely a philanthropic cry of pain for the condition of vulnerable groups, but a description of structural inequalities that play out to affect the liberty and well-being of women in labour markets, including the surrogacy market.

7. Conclusions

We have argued that the exceptionality of commercial surrogacy lies not so much on its surrogacy side, i.e. pregnancy, but on its commercial side, i.e. labour. Legislation that prohibits commercial surrogacy but permits altruistic surrogacy implicitly endorses free labour over commodified labour. What makes altruistic surrogacy unproblematic is that which would make any work uncoerced, i.e. the independency of workers from their salary. Altruistic surrogacy would be better addressed as free surrogacy: a form of labour that is not coerced because survival is not among the motivations for carrying it out.

⁶⁶ See supra note 65.

⁶⁷ B. PARRY, op. cit. (a).

⁶⁸ B. PARRY, op. cit. (b).

This perspective is not meant to vindicate prohibitions of commercial surrogacy. Whether such legislation is desirable is largely an empirical question, which should also address whether altruistic surrogacy would become a cover for what is, in the end, commercial surrogacy in disguise. Despite such indeterminacy with respect to policy, our perspective has several distinct advantages in comparison to other analyses. Anti-commodification exceptionality arguments based on the nature of pregnancy may feed attempts to re-naturalise reproduction, thus lending legitimacy to oppressive conceptions of the social role of women. Whereas pro-commodification non-exceptionality arguments may instead foster an undue optimism towards reproductive labour markets, thus concealing the conflictual nature and the wrongs of reproductive labour. Our argument, that what makes commercial surrogacy morally problematic is what makes any commodified work problematic, avoids these two pitfalls. It recognises the liberating aspects of markets, which equalise the sphere of human reproduction to other spheres, thereby disrupting views on the sacrality of reproduction that have beset women's freedom in patriarchal societies. But it also does not buy into the narratives according to which surrogacy is just one of the many types of market exchange, explaining wrongs to women due to inequalities and discrimination without reference to paternalistic accounts of what makes such structures questionable. That is, it explains why contextual inequalities matter morally in discussions about surrogacy, without committing to the view that surrogates are victims, that their agency is curtailed, that they are not in a position to make choices that correspond with their life plans and promote their interests.

Within feminist thought, there are harsh discussions on commercial surrogacy. Some activist groups are vehemently opposed to it. In their opinion, surrogacy may well liberate women from the patriarch, but it delivers them to the market⁶⁹. Others caution that such opposition, if conducted on the basis of the exceptional nature of pregnancy and the special significance of pregnancy for women, might reinforce oppressive conceptions of the role of women. Our perspective cuts through these views: they are both partially right, but the problem lies elsewhere, namely in the manners in which contextual inequalities impact on labour markets, any labour market.

The labour decommodification perspective also enlightens broader social debates pertaining to the proper scope of markets. There has been a post-economic crisis revival of reflections on the foundations, values and consequences of coordinating an ever larger number of social exchanges through markets. Critiques come from disparate traditions, and merge political discourses that are often thought of as fiercely opposed. The debate on surrogacy offers a telling instance of these mergers. Conservatives and communitarians, preoccupied with the subversive effects of marketisation, pair up with socialists concerned with domination; liberal progressives that may oppose neo-liberalism in social policy find themselves with right-libertarians under the banner of individual sovereignty. The position of the Catholic Church on surrogacy is perhaps paradigmatic in blending the two strands of anti-commodification arguments as it claims that such practice is unnatural, while cautioning against «the exploitation and commercialization of the female body»⁷⁰. The labour decommodification perspective separates these different strands of anti-commodification arguments, thereby highlighting the strategic risks incurred by activists concerned with the effects of markets on domination and ex-

⁶⁹ See: <http://www.cheliberta.it/2015/10/29/utero-in-affitto-noi-diciamo-no/> (last accessed: 24/04/2016).

⁷⁰ *Amoris laetitia*, op. cit. §54.

exploitation that believe anti-commodification sentiments based on communitarian or conservative beliefs can be employed without committing to their oppressive sides.

One final noteworthy feature of the perspective that we have presented pertains to its reach. The argument that labour, not surrogacy, is exceptional, entails that these issues are encountered wherever there are structural inequalities and commodified labour. Whether this is a useful perspective is, necessarily, going to be controversial.

Surrogacy

Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista

Susanna Pozzolo*

SURROGACY: ISSUES FOR A DEBATE IN (A) FEMINIST PERSPECTIVE

ABSTRACT: The essay tries to offer a feminist view of the 'surrogacy'. It would suggest some relevant points by which to analyse the possible vantages and disadvantages of that practice for women, clarifying if it could be intended as a practice of emancipation from patriarchy, a mean of women empowerment, or not. Which role for the law in a global market?

KEYWORDS: feminism; surrogacy; patriarchy; genetic; propriety.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dal patriarcato all'uguaglianza? – 3. La GPA ha un valore morale intrinseco? – 4. Ci sono vantaggi per le donne? – 4.1. Liberazione o outsourcing? – 4.2. Sottogruppi. – 5. Vantaggi e svantaggi. – 5.1 Un caso di eguaglianza valutativa? – 5.2 L'outsourcing è un vantaggio? – 6. Leggi di mercato e ruolo del diritto, spunti per una riflessione.

* Professore Associato, Università degli studi di Brescia. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri. L'Autrice desidera ringraziare Paola Parolari per il confronto teorico sull'argomento e l'aiuto critico che ricevuto anche nella rilettura di questo testo, nonché Giacomo Viggiani e Anna Lorenzetti per l'interessante scambio di idee avuto durante la sua elaborazione. L'Autrice ritiene di dover ringraziare anche Daniela Danna e gli altri/le altre partecipanti al seminario di discussione sulla GPA tenutosi presso l'Università Bocconi il 12 aprile 2016 organizzato dal gruppo BESt.

1. Introduzione

Della gestazione per altri (GPA), nota anche come maternità surrogata¹, si parla troppo poco e male. Il dibattito italiano degli ultimi tempi è stato poverissimo e banalmente diviso fra ideologici favorevoli e contrari, senza sollecitare, chiedere o proporre alcun approfondimento.

Il mio contributo vorrebbe essere un tentativo di analisi volto a sollecitare il dibattito, offerto da una prospettiva femminista, cioè da un punto di vista che mira all'emancipazione o, come si usa dire, all'*empowerment* femminile. Senza entrare nel dettaglio della polemica sull'essentialismo², assumo qui solo che le donne, con le loro differenze, possano essere pensate come gruppo³. Tenendo conto che le identità sociali sono costruite da una pratica discorsiva collettiva che si sviluppa in relazione a un contesto determinato, dal quale sono condizionate ma che contribuiscono anche a creare. Un contesto dove le interazioni sociali offrono interpretazioni concorrenti fra loro e dove dunque il *gruppo donne* non è qualcosa di uniforme o monolitico, ma può essere identificato. Le donne insomma, almeno a un certo grado di astrazione, ritengo che possano essere pensate *come un punto di vista*. Penso cioè che si possano considerare unite a un certo livello di interessi comuni⁴. Nulla di più. Non ho alcuna pretesa di esaustività nell'affrontare la questione e neppure i temi qui sollevati, non mi propongo un'analisi ad ampio raggio perché ritengo che il tema sia troppo complesso da esaurire

¹ "Surrogacy", "utero in affitto", "utero en alquiler", "subrogación gestacional", "subrogación uterina", "gestación por sustitución", "gestación subrogada", "gestation pour autrui". L'uso di diversi termini per riferirsi al fenomeno nelle diverse lingue, sebbene indichi sempre la situazione nella quale una donna sviluppa una gravidanza per un'altra donna, sia questa seconda la madre-genetica o non lo sia, in taluni casi mirano a separare nominalmente la 'gestazione della gravidanza' dall'attribuzione dell'aggettivo 'madre', che in taluni casi si vuole riservare alla sola madre-genetica, mentre alla madre-biologica, cioè colei che porta in grembo il nascituro/a, si riserva il titolo di 'gestante'. L'origine della terminologia 'maternità surrogata' così come le implicazioni sociali e politiche sono state affrontate nel dibattito femminista (M. STANWORTH, *Reproductive Technologies and the Deconstruction of Motherhood*, in Id., *Reproductive Technologies: Gender, Motherhood, and Medicine*, Cambridge, 1987; C. SNOWDON, *What Makes a Mother? Interviews with Women Involved in Egg Donation and Surrogacy*, in *Birth*, 21, 2, 1994, pp. 77-84; B. KATZ ROTHMAN, *Recreating Motherhood*. New Brunswick, NJ, 2000). Un 'surrogato' indica qualcosa che sostituisce l'originale e di solito ne segnala anche una differenza nel valore: la madre biologica, colei che gestisce la gravidanza e partorisce, è considerata un surrogato della madre genetica o di quella intenzionale, se sono diverse. In queste pagine non mi occupo della GPA tradizionale che prevede l'inseminazione dell'ovulo della madre biologica (o gestante), pratica in disuso in favore della GPA c.d. 'gestazionale' dove l'ovocita fecondato non è della gestante.

² Estesa è la letteratura in argomento, ad esempio, cfr. A. PHILLIPS, *What's wrong with essentialism?*, LSE Research online, consultabile all'indirizzo <https://core.ac.uk/download/files/67/216427.pdf> (ultima consultazione 11/06/2016); A. STONE, *Essentialism and Anti-Essentialism in Feminist Philosophy*, in *Journal of Moral Philosophy*, 1, 2, 2004, pp. 135-153.

³ Sull'uso del 'gruppo' cfr. ad esempio I.M. YOUNG, *Equality of whom? Social Groups and Judgments of Injustice*, in *The Journal of Political Philosophy*, 9, 1, 2001, pp. 1-18. Su questi aspetti può essere utile una riflessione sull'intersezionalità (ad esempio il numero 38 della rivista *Signs* del 2013 è dedicato appunto a *Intersectionality: Theorizing power, Empowering Theory*).

⁴ I.M. YOUNG, *op. cit.*

qui, con tanti soggetti coinvolti e diversi livelli di problematicità. Vorrei solo contribuire alla discussione, partecipare al dibattito, indicando alcune questioni a mio parere rilevanti⁵.

2. Dal patriarcato all'uguaglianza?

La pratica della gestazione per altri è antica⁶ e non è mia intenzione qui ricostruirne una storia, ma credo sia importante sottolineare come essa nasca nell'ambito di una cultura omosociale⁷, con l'obiettivo di trasmettere i geni del padre – del patriarca – alla prole, attraverso l'uso di una donna diversa dalla moglie, per poi allevare la prole nella famiglia paterna, escludendo la madre biologica (la gestante o *birth mother*). Anticamente probabilmente non era neppure necessario fingere, come oggi accade – e non solo per superare il divieto ma anche per ragioni sociali –, che la moglie del padre fosse la madre biologica (colei che sviluppa la gravidanza)⁸, giacché la rilevanza sociale delle donne è cosa relativamente recente. Ciò che contava era essere figli del padre ed esser cresciuti nella sua famiglia⁹.

La tecnologia moderna ha permesso di sviluppare la pratica della GPA tramite inseminazione artificiale, fino a rendere apparentemente simili la posizione dell'apportatore di sperma e quella

⁵ Per esempio, non considero qui la prospettiva con la quale se n'è discusso nel recente confronto sulla c.d. Cirinnà in Italia, in relazione cioè alle coppie dello stesso sesso maschili. Mi limito a dire che sono d'accordo con chi ha sottolineato come continuare a vietare l'adozione alle coppie dello stesso sesso non possa far altro che sospingere questi genitori intenzionali verso una maggior richiesta di GPA. Cfr. S. NICCOLAI, *Adozioni gay, ipocrisie e contraddizioni*, in *Supplemento a Il manifesto*, 8 marzo 2016. In tema cfr. anche Id., *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, 2 febbraio 2016, disponibile all'indirizzo <http://www.costituzionalismo.it/articoli/539/> (ultima consultazione 12/06/2016).

⁶ Per esempio nella Bibbia, Rachele disse: «Ecco la mia ancella Bilhà; vieni da lei, così che partorisca sulle mie ginocchia (*'al birkay*) e anche io sia edificata da lei» (*Genesi* 30,3), M.V. Avanzinelli, *Sterilità e fecondità delle donne bibliche, Storia delle donne*, 1, Firenze, 2005, pp. 75-88, p. 76.

⁷ Cioè una cultura dove sia il sociale che il politico ruotano *solo* intorno all'uomo; sulle culture omosociali da ultimo cfr. L.G. TIN, *L'invenzione della cultura eterosessuale*, Palermo, 2010. G. RUBIN, *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in L. NICHOLSON (ed.), *The Second Wave: A Reader in Feminist Theory*, New York, 1997, pp. 27-62. E.K. SEDGWICK, *Between Men: English Literature and Male Homosocial Desire*, New York, 1985.

⁸ Talvolta si confonde denominando 'biologica' la madre genetica. Tuttavia è opportuno distinguere, poiché la madre biologicamente connessa al neonato/a è colei che partorisce, mentre quella genetica è colei che ha apportato l'ovulo poi sviluppatosi nella madre biologica che ha gestito la gravidanza. Chiamo dunque *biologica* la madre gestante giacché è questa la donna che ha una connessione fisica che potrebbe dirsi "totale" con il nascituro, attraverso la gravidanza, condividendo ossigeno, sangue, cibo con il/la bambino/a. La semplice definizione di 'gestante' mi pare invece volta a suggerire surrettiziamente un suo ruolo residuale, di mera custode di qualcosa d'altri, di chi 'gestisce' ma non è "proprietario" del bene conservato.

⁹ Mentre scrivevo mi è venuta in mente la storia personale di Leonardo da Vinci che sebbene non sia un caso di GPA mostra bene come la figura materna avesse un ruolo di sfondo, non di rilievo sul piano pubblico. Leonardo era figlio nato fuori dal matrimonio di un ricco notaio, tal Piero da Vinci, e di una contadina, tal Caterina. Visse i primi 5 anni a casa della madre, gli anni appunto che si ritiene i piccoli della specie abbisognino delle cure materne, per poi trasferirsi direttamente nella cittadina di Vinci ed essere lì allevato nella famiglia paterna.

dell'apportatrice di ovuli¹⁰. Invero solo apparentemente, giacché è profonda la differenza fra ottenere lo sperma e ottenere l'ovocita: mentre si ottiene con facilità il liquido maschile, l'estrazione dell'ovocita dal corpo femminile è un'operazione complessa e molto impegnativa per il corpo della donna. Quest'ultimo dev'essere preparato¹¹ sottoponendolo a stimolazione ovarica, con iniezioni quotidiane (per almeno dieci giorni) per stimolare le ovaie a produrre più ovociti contemporaneamente¹², poi si devono aggiungere vari prelievi di sangue e un certo numero di ecografie, nonché *dulcis in fundo* almeno un'anestesia, che quando non è totale dev'essere molto profonda per l'estrazione degli ovociti¹³. Dunque, mi pare sia bene sottolineare subito come, sotto questo profilo almeno e in questo tipo di trattamento, non ci sia effettivamente uguaglianza nella posizione maschile e femminile: per l'uomo si prevedono 5 minuti di serenità, mentre per la donna si profila un invasivo trattamento medico.

È interessante comunque notare come l'attenzione socialmente prestata ai geni e a i semi, una volta considerati alla stregua di un qualsiasi altro bene di cui si può essere proprietari e disporre¹⁴, trasmetta la percezione di un eguagliamento delle posizioni: c'è chi apporta i geni attraverso l'ovulo e chi li apporta attraverso lo sperma. Due posizioni equidistanti che s'incontrano nell'embrione fecondato, così si perdono e non si percepiscono più le differenze, che vengono riassunte nell'obiettivo di avere un embrione "proprio", sia nel senso genetico sia nel senso proprietario.

La situazione che si profila può essere letta in diverso modo. Considerando l'ottica femminista di cui dicevo sopra, si potrebbe pensare ad essa come a un caso di *empowerment* femminile: giacché determina un fenomeno di eguagliamento, parificando la donna all'uomo, in particolare la madre intenzionale con il padre intenzionale, poiché finalmente entrambi possono trasmettere i propri geni. Oppure, all'opposto, la situazione può rappresentare un ulteriore passo nel solco del patriarcato: poiché l'uguaglianza della madre intenzionale è ottenuta posizionandola *nel ruolo* e *nel luogo* del padre, giacché, una volta ceduto l'ovulo, *attende* anch'essa che un'altra donna *gestisca* la gravidanza e partorisca una prole della quale vuole essere genitore.

Questa presunta uguaglianza dovrebbe mettere nella stessa situazione i genitori intenzionali dinanzi alla donna gestante, verso la quale invece mi pare si delinei un rapporto di *differenza*. È importante non dimenticare la madre biologica (colei che partorisce) e riflettere o, meglio, far luce sul *rapporto*

¹⁰ Poiché, tolti i pochi casi di altruismo, normalmente non si tratta di donazioni di gameti, né di sperma né di ovociti, meglio usare un altro termine che dia conto della situazione (giacché invero i gameti vengono banalmente venduti come qualsiasi altro bene sul mercato).

¹¹ Un trattamento speciale (leuprolide) che può provocare effetti secondari come la tachicardia o l'abbassamento della densità ossea. Nel frattempo anche il corpo della ricevente deve essere preparato, sincronizzando i due cicli mestruali in modo che la ricevente sia pronta ad accogliere gli embrioni fecondati. In questo caso i trattamenti mirano al blocco delle ovaie e a "convincere" il corpo di essere in stato di gravidanza.

¹² Giacché naturalmente la donna ne produce uno al mese e qui ne servono di più, con il rischio di causare la sindrome da iperstimolazione ovarica (OHSS), che può condurre anche alla morte.

¹³ Le donne che subiscono questo trattamento per ovviare a una loro infertilità insufficiente o per la fecondazione in vitro cercano di ottenere 7 o 8 ovociti non di più, ma chiaramente le donne che vendono i loro ovuli sono indotte a produrne molti di più.

¹⁴ B. KATZ ROTHMAN, *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in *The American Journal of Bioethics*, vol. 14, issues 5, 2014. L'ottimo libro di D. DANNA, *Contract Children*, Stuggart, 2015 offre interessanti analisi e documentata bibliografia; S. POZZOLO, *Locatio ventris*, forthcoming in *Bioderecho*.

di differenza che si genera nei suoi confronti. L'attenzione posta sui geni e sui semi, infatti, intesi quali beni di proprietà liberamente impiegabili nel mercato, contribuisce a ricostruire e a far percepire il ruolo della madre biologica come fosse quello di un mero contenitore, destinato a custodire qualcosa che non le appartiene¹⁵. Qualcuno parla addirittura di *babysitting prenatale*, sottolineando appunto come la donna gravida abbia in grembo qualcosa di non suo¹⁶.

L'attenzione sulla genetica, tipica della società contemporanea, che tanto bene dovrebbe portare all'umanità, mi pare finisca, forse paradossalmente, per indebolire l'importanza delle relazioni umane a favore di quella che viene attribuita alla proprietà dei semi e dei geni¹⁷. È il legame genetico cui si attribuisce tutto il valore, ciò che definisce la proprietà dell'"oggetto", non il rapporto di gestazione, non i rapporti umani.

La configurazione della GPA che si va sviluppando e la percezione che se ne diffonde (almeno nei paesi della domanda) infatti mette al centro della scena i *prestatori di geni*, sono loro i *genitori* appunto, rigettando sullo sfondo la madre biologica (colei che gesta e partorisce)¹⁸. Questo mi è parso il punto di vista assunto in diversi dibattiti cui ho assistito e in certo modo mi pare di ritrovarlo pericolosamente anche nella giurisprudenza che si va affermando ultimamente¹⁹.

3. La GPA ha un valore morale intrinseco?

Come ho in qualche modo anticipato, non penso ci possano essere sguardi neutri, sguardi da nessun luogo o dall'isola che non c'è. Dunque ribadisco che il mio punto di vista è situato e vuole, cerca di, essere *femminista*, nel senso che si muove in una prospettiva che giudica e valuta i comportamenti in base alle potenzialità di liberazione, di emancipazione delle donne.

Con questa prospettiva in mente, mi sono inizialmente chiesta se ci fosse qualcosa che mi inducesse a valutare come intrinsecamente buona o cattiva la pratica della GPA²⁰.

¹⁵ Gli studi ben documentano la necessità di offrire alle surrogate trattamenti psicologici per *sostenerle* nella scelta di considerarsi *luoghi momentanei* per bambini d'altri genitori, cfr. D. DANNA, *op. cit.*, pp. 119-171. «Only someone who is in desperate need for money will do surrogacy, otherwise carrying someone else's baby for nine months is not something which is really acceptable. So only someone who is really desperate come [...] to surrogacy», in N. BERTSCHI, *Leihmutterschaft*, Stampfli Verlag, Bern, 2014 citato in Danna, *op. cit.*, p. 133. È interessante notare anche la necessità di un supporto psicologico di ampio respiro per rinforzare l'idea della surrogazione come scelta etica, come impegno altruista nei confronti di chi chiede la surrogazione di maternità; cfr. http://www.surromomsonline.com/ultima_consultazione_11/06/2016.

¹⁶ <http://www.smh.com.au/national/surrogacy-babysitting-or-baby-trading-20160226-qn4qt3.html> (ultima consultazione 11/06/2016)

¹⁷ Su medicalizzazione, fertilità e costruzione sociale cfr. L. LOMBARDI, *Reproductive technology in Italy between gender policy and inequality. Can we speak of "social infertility"?*, in *About Gender*, 9, 1, 2016.

¹⁸ Non prendo qui in considerazione il caso in cui non c'è connessione genetica con la madre, o addirittura con nessuno dei genitori intenzionali: nel primo caso chiaramente non siamo fuori dall'ambito patriarcale, giacché l'obiettivo è banalmente ancora quello di perpetuare i geni del padre con l'aiuto di una terza donna che vende l'ovulo, oltre alla gestante che affitta l'utero. Nel secondo caso siamo in una situazione ben difficile da distinguere dall'acquisto di neonato. B. KATZ ROTHMAN, *Recreating Motherhood*, cit.

¹⁹ Cfr. S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, relazione presentata al convegno *Le disuguaglianze di genere nel diritto italiano*, Dipartimento C. Beccaria, Università degli Studi di Milano, 14-15 gennaio 2016, forthcoming in *Politeia*.

²⁰ S. POZZOLO, *Locatio ventris*, cit.

Da un punto di vista morale, sebbene possa destare perplessità, sviluppare una gravidanza e una maternità per un'altra donna, uomo, famiglia, non mi pare sia di per sé una pratica condannabile. Voglio dire, sebbene possa essere difficile separare i soggetti del binomio madre-biologica/madre-sociale in un contesto che vede il passaggio di un bambino/a dalle mani di una donna a quelle di un'altra, non mi pare che la GPA si caratterizzi come una pratica *sempre* negativa, come lo è per esempio invece il 'tradire' oppure l'uccidere' o altri comportamenti umani assimilabili. Ci sono tutta una serie di contesti che potremmo immaginare dove la GPA può essere ricostruita come un dono o, comunque, come un'attività che non reca danno a nessuno²¹.

Rimane però da chiedersi e da riflettere sul perché si registra un crescente interesse per la GPA rispetto ad altre soluzioni possibili volte a soddisfare il desiderio di genitorialità²², ma per ora non mi soffermo su questo, farò qualche cenno più avanti.

Come ho detto poc'anzi, lo sguardo dall'isola che non c'è ci dice poco: il giudizio va dunque posizionato. E allora ciò di cui occorre tener conto è *dove* e *come* si svolge la pratica della GPA, bisogna cioè inserirla nel contesto e, in particolare, nel nostro contesto contemporaneo.

4. Ci sono vantaggi per le donne?

Trovo che la parte più difficile di una riflessione etica sia quella di individuare le domande giuste, non so se ci sono riuscita in questo caso, ma la questione che mi torna in mente continuamente è la seguente: senza mettere in discussione che la tradizione della GPA sia patriarcale, quella contemporanea offre qualche vantaggio per le donne (come gruppo)? Cioè, le nuove modalità cambiano qualcosa tale per cui da un punto di vista generale – ossia dal punto di vista delle donne considerate come gruppo – c'è qualche vantaggio per le donne? Le nuove possibilità tecnologiche hanno trasformato una pratica patriarcale in qualcosa che invece oggi libera le donne?

È chiaro che si possono certamente individuare dei vantaggi particolari, cioè per singole donne: ora per la donna che vuole essere madre, ma per qualche ragione non partorisce, ma può perpetuare i suoi geni nella prole; ora per la donna che con la GPA aiuta una sorella o un'amica e ne ottiene un godimento morale oppure per la donna che ottiene un guadagno dalla consegna della prole ai genitori committenti²³. Ma per le donne (come gruppo) in generale?

4.1. Liberazione o *outsourcing*?

Un certo femminismo dell'uguaglianza potrebbe sostenere che sganciando la maternità dalla genitorialità si liberano le donne dalla necessità della gravidanza (pur perpetuando i propri geni)²⁴.

²¹ Resta aperta la discussione sulla reazione dei figli dinanzi alla verità, ma questo apre un settore diverso di discussione, che forse dovrebbe considerare anche i bambini adottati, credo insomma che mi porterebbe lungo un altro percorso rispetto a quello scelto per queste pagine.

²² Sarebbe necessaria forse una riflessione sull'induzione dei desideri, sulla costruzione sociale della scala dei valori. A questo proposito, oltre ovviamente a rinviare alla letteratura sulle preferenze adattive, mi pare interessante rinviare alle considerazioni di N. FRASER sulla produzione e soddisfazione dei 'bisogni' espresse in *Fortune del femminismo*, Verona, 2014, capitolo 2, pp. 69-102.

²³ Nel primo caso si tratta di GPA altruistica, nel secondo commerciale.

²⁴ Un femminismo forse alla Simone de Beauvoir.

Sinceramente trovo questo argomento molto debole, basta considerarne gli effetti sulle donne come gruppo: a fronte di ogni donna che “si libera”, se ne obbliga un’altra, giacché tale *liberazione* implica semplicemente uno spostamento del peso da una donna ad un’altra. Dunque non si tratta in questo senso di un’emancipazione, non c’è una maggior condivisione con l’altro sesso, “semplicemente” si *delocalizza* lo sforzo su un’altra donna che “si obbliga”: non mi pare si possa parlare di *empowerment*, ma solo di *outsourcing*²⁵.

Qualcosa di simile a quanto è avvenuto con i lavori domestici, quando alcune donne, di alcune fasce sociali, hanno potuto *liberarsi* dal carico di lavoro attribuendolo ad altre donne, di altre fasce sociali. Dunque, anche se alcune donne, un numero maggiore forse che in passato, a un certo punto si sono liberate dai lavori casalinghi, non c’è stata una liberazione per le donne come gruppo, non si è operata un’uscita dallo schema patriarcale che attribuisce il lavoro domestico alle donne. Semplicemente alcune di loro hanno profittato di uno scorrimento sociale di tipo economico che ha permesso di “obbligare” altre al proprio posto²⁶. Un’emancipazione avrebbe preteso un diverso equilibrio fra donne e uomini nei compiti di cura e fatiche casalinghe. Mi pare che lo stesso in un certo senso e grado stia avvenendo con la GPA: le donne più ricche delocalizzano la produzione di prole sulle donne più povere²⁷. Ciò, fra le altre cose accentua problemi di razzismo e di classe²⁸.

4.2 Sottogruppi

Potremmo considerare però separatamente i sottogruppi delle donne che scelgono di essere surrogate e delle madri che commissionano la gravidanza.

4.2.1. Le donne che soddisfano la domanda

Le donne che decidono di prestarsi per la surroga di maternità, tolti i casi di altruismo di parenti e amiche, si muovono sul piano economico. Si tratta dunque di una transazione commerciale.

²⁵ S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione?*, cit.

²⁶ Certo, qui è interessante sottolineare l’effetto positivo dell’ingresso delle donne nel mondo del lavoro “ufficiale”, esterno, fenomeno importante sul piano dell’emancipazione, anche se per ora non risolutivo, come i dati dimostrano. Sul tema del lavoro, in particolare connesso alla crisi economica degli ultimi anni, e l’emancipazione femminile cfr. *About Gender*, 2, 4, 2013: *We want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa*.

²⁷ Per certi aspetti anche l’adozione aveva generato un fenomeno di questo tipo, poiché la “fornitura” di bambini viene così delocalizzata in gran parte nei paesi più poveri, adesso anche la “produzione” in senso stretto. Non mi pare però si possano considerare sullo stesso piano i due fenomeni: l’adozione si occupa di bambini già esistenti e abbandonati, mentre la GPA si occupa di produrre su domanda bambini nuovi. Cfr. CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, Vasant Kunj, 2014 disponibile all’indirizzo https://drive.google.com/file/d/0B-f1Xldg1JC_ZmlsZXQwY3VvcW8/view?pli=1 (ultima consultazione 11/06/2016).

²⁸ Su questi aspetti rinvio per un approfondimento ad un’altra occasione, ma cenni si trovano in S. POZZOLO, *Locatio ventris*, cit., e materiale interessante nel testo di DANNA già citato. Guardando alla nostra storia mi vengono in mente le *balie* che allattavano la prole delle loro padrone. Quelle in effetti erano madri surrogate, giacché sostituivano la genitrice in alcune attività biologiche importanti, pur non essendo madri biologiche della prole di cui si prendevano cura (talvolta meglio delle “vere” madri), mentre le madri biologiche di cui si parla qui non sono affatto una surroga di madre, anzi (cfr. DANNA, *op. cit.*, quando discute i termini in cui si parla di questa pratica).

In un saggio di qualche anno fa Letizia Gianformaggio discuteva criticamente la tesi difesa da Carmel Shalev²⁹. All'epoca non si trattava ancora né della vendita di ovuli né della possibilità di perpetuare i geni della madre intenzionale (attraverso la fecondazione di un suo ovulo prelevato e introdotto nel ventre della gestante). La discussione ruotava intorno al diverso trattamento della madre surrogata di tipo tradizionale³⁰ rispetto al donatore di sperma. «[I]f men are to donate sperm and receive money for that transaction, then surrogacy should also be allowed as an analogous transaction for women»³¹? Shalev sosteneva dovessero essere trattati dal diritto in modo uguale³². La prospettiva liberale dalla quale parlava Shalev nega la rilevanza delle differenze biologiche fra uomo e donna, ragion per cui il diritto deve essere cieco dinanzi al soggetto, solo così si rispetta l'autonomia della donna. Nei dibattiti del tipo Gianformaggio-Shalev la questione di sfondo verte sul problema che si crea quando la madre biologica (la donna che partorisce) ripensa la sua decisione e si rifiuta di cedere il figlio/a ai genitori committenti. Se il contratto è da considerarsi chiuso al momento dell'accettazione, prima ancora che ci sia l'embrione, la gestante non può ripensare da sé i termini dell'adempimento se non violando il contratto. Gianformaggio sottolineava come il diverso trattamento in relazione ai diritti riproduttivi, che consentiva alla donna gravida di decidere se proseguire nel cedere il figlio/a dopo che il parto fosse avvenuto, mentre non consentiva al donatore di accampare altri diritti sul suo seme una volta venduto, non fosse affatto una discriminazione verso la donna. Giacché il diverso trattamento di ovulo e sperma³³ derivava dalle differenze esistenti fra l'uno o l'altro, soprattutto veniva sottolineato il diverso modo di ottenerli e usarli, tale per cui non si potevano banalmente mettere sullo stesso piano³⁴.

Gli studi ci dicono che i contratti, anche quelli fatti *bene*, sono formulati in modo da non lasciare grandi margini di decisione alle donne che si prestano per la GPA commerciale³⁵ – che, ricordo, nel contesto del quale stiamo ragionando usa l'ovulo della madre committente³⁶ –, se a ciò si somma che queste donne sono in posizione di debolezza e precarietà, si intuisce facilmente come problemi di

²⁹ Cfr. ad esempio C. SHALEV, *Birth power: the case for surrogacy*, New Haven, 1989.

³⁰ Nella GPA tradizionale la madre biologica coincide con la madre genetica.

³¹ CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, cit., p.16.

³² C. SHALEV, *op. cit.*; l'autrice difende la tesi lungo tutto il testo ma, ad esempio, pp. 120-123; L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto*, 36, 1996, 1, pp. 53-71, ora in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, pp. 201-221.

³³ GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, p. 213.

³⁴ Scriveva GIANFORMAGGIO, «non solo la maternità gestazionale, ma anche quella genetica differisce essenzialmente dalla paternità genetica: e non è forse proprio questo riconoscimento a giustificare la differenza prescrittiva, cioè il diverso trattamento giuridico dell'inseminazione artificiale da quello dell'accordo di surrogazione, proprio in virtù dell'attribuzione all'ovulo e allo sperma di un diverso "ruolo normativo"?», *op. cit.*, p. 214.

³⁵ Cfr. D. DANNA, *op. cit.*; K. ORFALI, P. A. CHIAPPORI, *Transnational Gestational Surrogacy: Exploitative or Empowering?*, in *The American Journal of Bioethics*, 14, 5, pp. 33-50, 2014.

³⁶ Discorso in parte differente si dovrebbe fare nel caso dell'acquisto di ovulo di una terza donna. In questo caso, da una prospettiva di liberazione dal patriarcato non vedo alcuna differenza rispetto a quella tradizionale, giacché ciò che si perpetua sono i geni del padre attraverso l'ovulo di una donna ancora diverso dalla madre intenzionale e da quella gestante. Questo tipo di pratica è una delle più diffuse peraltro, poiché offre il vantaggio di non presentare un legame genetico fra gestante e nascituro.

sfruttamento possano darsi attraverso questo tipo di contrattazione nel mercato globale³⁷. Ma non è solo una questione economica. Occorre riflettere sullo sfruttamento che si determina con l'oggettivazione del corpo femminile, con il suo mero uso, indipendentemente dal prezzo.

4.2.1.1. Quale oggetto del contratto?

Fra le tante questioni rilevanti di cui si discute intorno alla GPA commerciale³⁸, un altro aspetto importante verte su quale sia l'oggetto della transazione: l'affitto dell'utero o la vendita di neonato?

Sia l'uno che l'altro (s)oggetto del contratto non mi paiono suggerire nulla di buono nel senso della liberazione per le donne. Tuttavia potremmo distinguere e avere un diverso approccio a seconda dei due casi.

a) Una volta chiarito e compreso che la gravidanza non è semplicemente la custodia dell'embrione e poi del bambino, come fa una borsa con un oggetto prezioso, ma è invece un processo che coinvolge completamente il corpo della madre, con tutti i rischi ben noti, in un'unione inscindibile di quelli che saranno due esseri solo dopo un tempo relativamente esteso di necessaria e totale condivisione, potremmo pensare che l'affitto dell'utero somigli a qualcosa che sta fra la donazione del sangue e la vendita di un rene o di un pezzo di fegato³⁹. In una posizione cioè che usa o cede parti del corpo, sì, ma che non comporta la morte della persona stessa, anche se ne mette talvolta a rischio la vita.

Nella direzione allora di considerare la pratica come un'attività che va regolata anziché vietata, c'è chi si muove per inquadrare l'attività della GPA nell'ottica della disciplina del diritto del lavoro⁴⁰. Ho difficoltà a vedere chiari i termini di questo inquadramento giuridico e confesso che la vendita di parti di sé decisamente non mi pare moralmente approvabile. Tuttavia, da un lato, ogni cosa di cui si occupa il diritto viene ad essere automaticamente "giuridificata", aprendo la porta a possibili ulteriori regolazioni e bilanciamenti di valore. D'altro lato, sappiamo anche che il sistema capitalistico è una splendida macchina per produrre profitto: questa è la sua funzione. È chiaro dunque che dal punto di vista della *mera possibilità* economica e/o giuridica non ci sono limiti che impediscano tali contratti, si può fare tutto, il punto è se ci piace ciò che facciamo. In quest'ottica una riflessione sui valori veicolati dalle regole è importante, anche per tentare di stabilire, invece, alcuni limiti, altrimenti saran-

³⁷ Molto formale appare qui il discorso di chi sottolinea la consapevolezza delle normative da parte di chi firma un contratto, anche di questo tipo. Ma soprattutto in quell'argomento emerge come lo scambio di denaro neutralizzi il compromesso morale e il rapporto relazionale fra i genitori committenti e la donna gestante, trasformando il tutto appunto in una mera transazione d'acquisto. In questa prospettiva infatti la richiesta di regolamentazione e soprattutto le clausole volte a stabilire l'obbligo di esecuzione del contratto da parte della madre biologica servono a mettere in chiaro fin da subito i ruoli dei *proprietari* dell'embrione e della madre che "lo custodisce".

³⁸ Ad esempio, può essere un lavoro la GPA? Cfr. D. DANNA, *op.cit.*, pp. 129 e ss. A. PANDE, "At Least I Am Not Sleeping with Anyone": Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India, in *Feminist Studies*, 36, 2, monografico dedicato a *Re-Inventing Mothers*, 2010, pp. 292-312.

³⁹ Dove la vita costa un rene come in Nepal, http://espresso.repubblica.it/dossier/2007/05/24/news/ho-comprato-un-rene-in-nepal-1.3674?refresh_ce; <http://www.focus.it/scienza/salute/il-mercato-nero-degli-organ-secondo-l-oms03092013-7844> (ultima consultazione per entrambi 11/06/2016); *Kidney Trafficking in Nepal*, The Asia Foundation, 2015.

⁴⁰ Sul punto cfr. M. COOPER, M. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuove forme di manodopera*, Roma, 2015; B. CASALINI, *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, in *Cambio*, V, 9, giugno, 2015, pp. 29-36.

no banalmente le regole conformi al movimento del mercato a determinare come si configura la vita collettiva⁴¹.

b) Per contro, potremmo pensare che il limite è *in re ipsa* se l'oggetto del contratto è la vendita di neonato: un'azione che si pone al di là di ogni valutazione etica ed economica. Certo, a meno di non aprire di nuovo la porta alla schiavitù⁴². Moralmente però mi pare davvero difficile da giustificare⁴³.

A fronte di questi aspetti problematici, peraltro qui solo accennati, occorre comunque considerare che le donne che si prestano per la surroga di maternità commerciale ne ricevono un guadagno che per loro è fondamentale⁴⁴, e probabilmente considerano quest'attività meno lesiva della loro dignità rispetto ad altre a loro disposizione⁴⁵, come la prostituzione od occupazioni grosso modo assimilabili⁴⁶. Sappiamo bene dunque che molte "scelgono" di offrirsi per la GPA e non sono coartate fisicamente⁴⁷. Certo, qui si può rilevare un vantaggio, ma credo che occorra comunque riflettere sulle condizioni di scelta prima di dar per risolta la questione, e con essa il tema dell'autonomia delle donne⁴⁸. La questione non può essere affrontata in queste poche pagine, ma è chiaro che se con 'autonomia' pensiamo alla situazione individuale in cui una persona ha la capacità di essere pienamente se stessa e in grado di vivere la propria vita secondo regole che sola si è data, mossa da motivazioni esclusivamente interne al di fuori di ogni tipo di condizionamento esterno, allora nessuno di noi è autonomo. Dalla famiglia in cui nasciamo agli amici che ci riserva il caso, ci troviamo tutti entro un contesto sociale che ci condiziona in varia misura, ci insegna a vivere secondo certe regole: ci fa conoscere l'autorità. La società si fonda sulla parziale eteronomia, anzi sul binomio autonomia/eteronomia. In certi casi, prevalentemente quelli determinati da condizioni economiche precarie (ma non necessariamente), però lo spazio autonomo è fortemente ridotto dalla necessità, sicché, se anche non si è costretti con la forza fisica a svolgere un'attività, non significa che essa rientri pienamente nel nostro spazio di autonomia: così come la scelta di farsi schiavi per fame, ad esempio, difficilmente può esse-

⁴¹ Credo che chi propone una regolamentazione della GPA dovrebbe riflettere attentamente su questi aspetti.

⁴² Ossia a un istituto che prevede la vendita di persone.

⁴³ Alcuni/e avvicinano la GPA alla schiavitù (della donna che si presta alla surroga), ma credo occorra distinguere: se è vero che ci sono alcune realtà dove i due concetti si sovrappongono, credo che in astratto siano da distinguere, come ho detto posso immaginare contesti dove la surrogazione si caratterizza come un dono, non credo possa farsi lo stesso con la schiavitù.

⁴⁴ A. PANDE, *Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker*, in *Signs*, 2010, 35, 4, pp. 969-992.

⁴⁵ Cfr. <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/03/india-surrogate-embryo-ban-hardship-gujarat-fertility-clinic> (ultima consultazione 11/06/2016).

⁴⁶ Mentre una donna posta in stato di gravidanza in questo modo poco ovvio può essere comunque accettata nel gruppo sociale di appartenenza, restando una madre e una moglie nell'ambito di una famiglia peraltro normale, certamente non potrebbe dirsi lo stesso se andasse a lavorare in qualche night club come ballerina o spogliarellista.

⁴⁷ In paesi come la California o il Canada il compenso per la madre gestante può essere anche relativamente elevato, e comunque in paesi come l'India il suo guadagno può essere anche quadruplo rispetto a quello annuale della famiglia.

⁴⁸ Sul tema dell'autonomia e della vulnerabilità c'è molta letteratura disponibile, mi sembra interessante qui rinviare a M. ALBERSTON FINEMAN, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, 2004; Id., *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 60, *Emory Public Law Research Paper* 10-130; M. EICHNER, *Dependency and the Liberal Polity: On Martha Fineman's the Autonomy Myth*, in *California Law Review*, 93, 4, 2005, pp. 1285-1322.

re descritta come libera e autonoma. O, almeno, non può esserlo senza destare perplessità, neppure se è fatta per denaro, sebbene sia certo che libertà e autonomia siano oggi socialmente viste come qualità di chi ha controllo individuale sui propri guadagni complessivi. Ritornerò fra poco su questo aspetto (§ 4.2).

4.2.2. Le madri genetiche

L'altro gruppo di donne è quello delle madri-genetiche. Con la nuova tecnologia anche la donna della coppia di genitori committenti può perpetrare i propri geni nella prole partorita dall'altra donna. In questa nuova possibilità credo si possa vedere un vantaggio per questo sottogruppo. Si può affermare che, finalmente, la donna viene parificata all'uomo: la moderna surrogazione le offre gli stessi vantaggi del padre, *assimilandola* nella posizione maschile⁴⁹. Le madri intenzionali chiaramente hanno un desiderio di genitorialità e di avere figli propri, la mia sensazione però è che, per ora almeno, per le donne ciò che incide pesantemente a favore di questa scelta non sia l'appartenenza genetica quanto le difficoltà che si incontrano in altri percorsi⁵⁰, non ultimo nell'adozione: per i tempi d'attesa e le incerte procedure, per l'età degli adottati, per i rischi di avere bambini traumatizzati⁵¹ e così via. I problemi dell'adozione tradizionale sono vari, ma è preoccupante il calo della domanda⁵². Secondo dati UNICEF ci sono 160 milioni di bambini abbandonati nel mondo. È importante riflettere sulle ragioni che inducono ad abbandonare l'adozione per intraprendere altri cammini, ragionare su un sistema che, da un lato, considera gli individui come vuoti a perdere e, d'altro lato, dopo aver magari tardato troppo la gravidanza, spinge per affittare il corpo di una donna (mediamente povera) per soddisfare il desiderio di genitorialità. A mio parere sarebbe urgente procedere a un ripensamento dell'istituto dell'adozione⁵³, senza la qual cosa è difficile, credo, pensare di intervenire efficacemente sugli altri fronti del mercato riproduttivo⁵⁴.

⁴⁹ Certo, facendo qui astrazione dal diverso contributo fisico che le viene richiesto rispetto al padre.

⁵⁰ Sul tema della riproduzione assistita in Italia cfr. anche M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo*, Aracne, Roma, 2015.

⁵¹ Sul tema difficile dei problemi connessi alle adozioni e ai fallimenti adottivi cfr. ad esempio J. GALLI, F. VIERO, *Fallimenti adottivi. Prevenzione e riparazione*, Roma, 2001.

⁵² Cfr. http://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-uma-ni/2015/08/26/news/adozioni_internazionali_dimezzate_in_italia_dal_2010_e_in_spagna_c_e_il_sorpasso_del_le_fecondazioni_assistite-121668394/?refresh_ce (ultima consultazione 11/06/2016).

⁵³ Solo per ricordare un caso drammatico fra i tanti di bambini abbandonati nel mondo, a Kinshasa è presente un numero impressionante di ragazzine di 14 o 15 anni che non sono mai state a scuola. Sono abbandonate e vivono per la strada vendendo il proprio corpo per pochi dollari, soffrendo esperienze indicibili. Nella stessa città, capitale del Congo, ci sono più o meno 13.600 minori che vivono per la strada, il 26% sono ragazzine che si prostituiscono, il 6% di loro ha meno di 12 anni <http://lepersoneeladignita.corriere.it/2011/12/04/i-bambini-di-kinshasa-che-si-vendono-per-un-dollaro/> (ultima consultazione 11/06/2016).

⁵⁴ Si calcola un mercato globale della riproduzione, stimato per difetto, in più di 6 miliardi di dollari l'anno. U.R. SMERDON, *Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India*, in *Cumberland Law Review*, 39, 1, 2009; S. MOHAPATRA, *Achieving Reproductive Justice in the International Surrogacy Market*, in *Annals of Health Law*, 21, 1, *Special Edition 2012*, 2012.

5. Vantaggi e svantaggi

A questo punto mi pare interessante provare a riflettere sul vantaggio degli ultimi due sottogruppi di donne – le surrogate per scelta e le madri genetiche committenti – comparandoli con i vantaggi/svantaggi delle donne considerate come gruppo in senso più ampio.

5.1. Un caso di eguaglianza valutativa?

Mi pare si possa sintetizzare il vantaggio delle madri committenti nel poter divenire anche madri genetiche, dunque nella loro parificazione al padre donatore di seme. Questo modo di vedere le cose credo sottolinei l'*eguaglianza* senza far luce sul *movimento di eguagliamento*. Provo a spiegarmi.

L'argomento attira l'attenzione su e contribuisce alla percezione di un'eguaglianza ottenuta superando una differenza⁵⁵. Come aveva bene sottolineato Letizia Gianformaggio occorre però prestare attenzione alla trappola dell'*eguaglianza valutativa* (o *sameness*)⁵⁶, che credo giochi un ruolo anche in questo caso. Si dice infatti che, una volta ottenuta la possibilità di trasmettere i propri geni per entrambi, donna e uomo sono uguali, ma invero ciò che si è ottenuto è un posizionamento della donna *nel luogo* tipicamente maschile: *di colui che attende che la donna, un'altra ancora questa volta, sviluppi la gravidanza e partorisca la prole che perpetua i propri geni*. Non c'è stato un avvicinamento da posizioni differenti verso un centro mediano, piuttosto si è verificato uno spostamento della femmina-madre-genetica nella posizione (e nei valori) del maschio-padre-genetico attraverso l'uso del corpo di una seconda donna⁵⁷. Cerco di chiarire meglio. Notava Gianformaggio che «[c]'è un senso di "diverso" secondo cui dire "D (una donna, ad esempio) è diversa da U (ad esempio, un uomo)" non è lo stesso che dire "U è diverso da D", o che dire "D e U sono diversi". Essere "diverso" in questo senso è una proprietà assoluta, e non relativa, che include in sé lo standard, il criterio di riferimento. In-

⁵⁵ Fa notare Letizia GIANFORMAGGIO che mentre la 'differenza' può veicolare un significato descrittivo e un valutativo – "uomo e donna sono due diverse manifestazioni dell'umanità" oppure "la donna è diversa dall'uomo, che è la misura delle cose" –, la disuguaglianza veicola solo un senso valutativo volto a costruire una gerarchia. In particolare, GIANFORMAGGIO distingue due tipi di disuguaglianze basate su differenze prescrittive: «1) differenze generate da norme che impongono diritti e che sono ingiustificate, perché ritenute ingiuste, e meritevoli d'essere corrette; 2) differenze generate da norme che conferiscono poteri. Non si dice, difatti, che c'è una disuguaglianza quando una persona ha un dovere o un diritto, e un'altra non li ha, a meno che questa differenza non sia avvertita come carente di giustificazione; si parla comunemente, viceversa, di disuguaglianza, quando qualcuno ha un potere a cui qualcun altro è soggetto, od anche quando qualcuno ha un potere che qualcun altro non ha. Ne segue che mentre la differenza ha, come l'eguaglianza, tanto un significato descrittivo quanto un significato prescrittivo, la disuguaglianza ha solo un significato valutativo e socio-culturale. In natura, se si può dir così, ci sono eguaglianze e differenze, ma non disuguaglianze», *op.cit.*, pp. 202-203.

⁵⁶ L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁷ Credo cioè che anche in questo caso si verifichi un cambiamento, uno spostamento, che porta a riconoscere alla donna le stesse possibilità/poteri già riconosciute all'uomo assumendo queste ultime come quelle corrette, o neutre, o normali, senza tener conto delle eventuali specificità femminili che potrebbero mettere in discussione il modello, ma operando semplicemente un'eguagliamento del femminile al maschile: il criterio è l'uomo e non si pone in discussione la direzione di adattamento. Forse in una società non patriarcale non ci sarebbe stato questo tipo di interesse verso i semi, forse ci sarebbe stato un interesse maggiore verso le relazioni. Non ho una risposta ma non il problema è che non ci si è posti la domanda. Mi si consenta di rinviare a S. POZZOLO, *(Una) Teoria del diritto femminista. Genere e discorso giuridico*, in TH. CASADEI, *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015, pp. 17-39.

fatti la proprietà in questione non è la “differenza”, ma “la differenza da U”; non è “essere diversi”, ma “essere diversi da U”. U rappresenta tanto l’entità paragonata a D, quanto il criterio di paragone⁵⁸. Dunque quella che viene presentata come la descrizione di un’uguaglianza (o di una mera differenza) fra due (s)oggetti è invero la comparazione di un (s)oggetto con il criterio di misurazione. Poiché con la trasmissione dei geni materni tramite GPA l’uguaglianza ottenuta non ha portato sullo stesso piano il valore maschile e femminile, ma ha contribuito a veicolare il valore maschile della trasmissione del seme (e qui dei geni) insito nella pratica della surrogazione di maternità, si è determinata una situazione in cui donna e uomo non sono uguali, ma la donna è più simile all’uomo. Quando il criterio, il parametro dell’uguaglianza è uno dei due enti paragonati viene meno il senso relativo del confronto, dunque essere uguali o diversi dal criterio non è solo il risultato di una neutra comparazione, ma una valutazione del valore del (s)oggetto comparato rispetto al criterio di misurazione. Dunque, se possiamo comunque individuare un vantaggio per la madre genetica, la GPA determina a mio parere un enorme svantaggio per le donne come gruppo più ampio, giacché il movimento di eguagliamento che si verifica veicola, o contribuisce a creare e diffondere, la percezione della madre biologica quale mero contenitore. Una volta separati fra loro beni, relazioni, pezzi di corpo, non si tiene in considerazione che la gravidanza è un processo totale per il corpo e la mente della donna-madre-biologica, non si percepisce che la gravidanza è l’unione inscindibile di due corpi per un tempo relativamente esteso, cosa che comporta la modificazione fisica e chimica della donna stessa⁵⁹. Dunque, l’ago della *mia* bilancia, posizionato sulle potenzialità di liberazione della donna, ancora una volta non pende a favore della GPA. Anche osservando dal punto di vista delle madri genetiche, credo che il forte rischio di una riduzione a oggetto della donna (che io temo sia invero connaturato alla pratica) sia ben più negativo del vantaggio ottenuto, e certamente credo lo sia oggi per come la pratica si sta sviluppando nella società contemporanea⁶⁰. Gli elementi patriarcali della GPA si presentano nel valore che viene attribuito ai semi, ai gameti, che divengono centrali rispetto alle relazioni umane⁶¹. Forse in una società di tipo matrilineare l’interesse per la surrogazione sarebbe stato diverso o

⁵⁸ L. GIANFORMAGGIO, *op.cit.*, p. 203. Gianformaggio conclude scrivendo: «Quindi, mentre l’eguaglianza e la differenza descrittive e prescrittive rappresentano due relazioni comparative tra entità distinte, sulla base di un comune parametro, questo terzo significato dei termini eguaglianza e differenza esprime una relazione tra un oggetto misurato e l’unità di misura. Il secondo termine di paragone e l’unità di misura coincidono: fenomenologicamente se non concettualmente. Così “D è uguale a U” significa che D corrisponde al parametro costituito da U, e se U è un parametro non può, esso, essere diverso, né uguale. Essere uguali ed essere diversi perdono così il loro senso relativo per acquistarne uno assoluto, ed acquistare una connotazione decisamente valutativa. “Uguale” significa degno, mentre “diverso” significa inferiore. Questo significato di uguaglianza è la sameness, e la differenza è il segno dell’esclusione», *op. cit.*, pp. 202-203.

⁵⁹ «Women’s wombs don’t walk around separate from the woman. To be pregnant is a whole-body experience [...]. At birth, babies recognize their mother’s voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother’s day – new-borns, for example, tend to wake up at what was the pregnant women’s busiest times of the day. This is not a ‘surrogate’ relationship, but an actual lived one», B. KATZ ROTHMAN, *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy*, cit. pp. 36-37.

⁶⁰ Come ho già detto all’inizio, sebbene con alcune persistenti perplessità, il mio giudizio non è *necessario* ma legato al contesto, perché comunque si possono configurare casi non negativi entro l’ambito del *donò*.

⁶¹ D. WILSON, Whose body (of opinion) is it anyway? Historicizing tissue ownership and examining ‘public opinion’ in bioethics, in B. KATZ ROTHMAN, E. MITCHELL ARMSTRONG, R. TIGER (eds. by) *Bioethical issues. Sociological perspective*, New York, 2008, pp. 9-32, spec. p. 25.

non ci sarebbe stato affatto, nella società contemporanea però evidenzia l'oggettivazione di donna e bambino quali beni scambiabili nel mercato.

5.2 L'*outsourcing* è un vantaggio?

Un altro vantaggio da comparare e del quale occorre tener conto è quello dell'*outsourcing* della gravidanza. A questo proposito oltre a rinviare a quanto appena detto, cioè a un posizionamento maschile, credo vadano sottolineate, fra le altre cose, le condizioni di scelta. Come minimo cioè, ritengo occorra chiedersi dove e come avviene la delocalizzazione della gravidanza⁶².

I dati ci dicono che la delocalizzazione avviene verso paesi dove ci sono tassi di povertà importanti, come l'India ma anche l'Ucraina⁶³, oppure in altri luoghi dove comunque si intercettano fasce di donne la cui condizione economica è tale per cui si genera l'offerta⁶⁴. Ciò che emerge insomma è la condizione di relativa povertà e bisogno delle donne che "scelgono" di offrirsi per la surroga di maternità. Non si trovano donne a Beverly Hills che prestano il proprio utero, ma solo donne che comprano l'uso di un'altra disposta ad affittarlo in cambio di denaro.

Come ho ricordato, la pratica della GPA in certo modo aiuta queste donne relativamente povere⁶⁵ che altrimenti non avrebbero altre occasioni di lavoro altrettanto "dignitoso". Ma occorre precisare anche come il senso dell'aggettivo 'dignitoso' purtroppo sia diverso da luogo a luogo. Se probabilmente il termine ha un contenuto relativamente condivisibile quando applicato alla donna che ha portato avanti la gravidanza per un noto politico italiano o per Nicole Kidman, credo che maggiori problemi avremmo sulla definizione di 'dignitoso' una volta applicato a molte donne che, raccontano gli studi, sono usate come incubatrici dalle cliniche e poi lasciate senza la dovuta assistenza una volta ceduto "il frutto del loro lavoro"⁶⁶. Ciò non toglie che anche per queste donne, come per le altre più fortunate, la GPA possa essere preferibile alla prostituzione ad esempio. Ma non possiamo nasconderci dietro un dito e non considerare le condizioni della scelta, nonché gli effetti potenzianti i razzismi di classe e di razza⁶⁷. E allora, ancora una volta, questa pratica non mi pare emancipi le donne⁶⁸.

⁶² S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione*, cit.

⁶³ Che offre ovuli caucasici. «All'esterno dello spazio normativo europeo, si è sviluppato un mercato più apertamente monetizzato, rispondente alla domanda di oociti bianchi, caratterizzato da prassi cliniche e condizioni di assunzione più rischiose», M. COOPER, M. WALDBY, *op.cit.*, cit., p. 100.

⁶⁴ Cfr. <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/03/india-surrogate-embryo-ban-hardship-gujarat-fertility-clinic> (ultima consultazione 11/06/2016).

⁶⁵ I criteri di selezione sono tali da evitare le donne "troppo povere", ma è chiaro che sono aperti per le donne "mediamente povere".

⁶⁶ Ben documentato in D. DANNA, cit., rinvio alle indicazioni bibliografiche lì presenti.

⁶⁷ Fra i tanti cfr. M. COOPER, M. WALDBY, *op. cit.*

⁶⁸ Occorre notare come sia più facile trovare aspetti positivi nell'*outsourcing* dei lavori domestici. In questo caso le donne che lavorano per altre donne esprimono un'attività che coinvolge il loro corpo come qualsiasi altra occupazione, hanno un orario di lavoro, ferie, possono cambiare "padrone", si immettono insomma nel mercato del lavoro *standard* e ottengono così un reddito proprio con il quale possono emanciparsi, si rafforzano nel rapporto fra i generi.

6. Leggi di mercato e ruolo del diritto, spunti per una riflessione

L'analisi dalla prospettiva femminista che ho assunto non offre un giudizio positivo sulla GPA. Tuttavia la pratica esiste e si diffonde anche perché intercetta e soddisfa effettivamente dei bisogni che l'economia trasforma in prodotti e merci. Occorre tener conto del fatto che il mercato della procreazione è particolarmente ricco, ogni anno muove milioni di euro e dunque, stante il sistema capitalistico nel quale viviamo, è chiaramente difficile affrontare la questione nella prospettiva dell'*empowerment* delle donne senza considerare anche le leggi di mercato. Credo però sia importante cominciare ad accostarsi al tema inserendolo in un contesto più ampio di quanto il dibattito tende a fare di solito, stretto fra i "bisogni" di genitorialità, la libertà della contraente, i diritti del nuovo nato e magari anche condanne poco argomentate.

Cosa può fare allora il diritto? Credo che occorrerebbe lavorare su più fronti, per esempio anche su quello dell'adozione⁶⁹, della maggior consapevolezza della genitorialità, della produzione dei desideri che divengono bisogni, e credo che non vada sottovalutata la performatività del diritto, soprattutto da parte di chi propone una regolamentazione della GPA, giacché, anche senza volerlo, si può incentivarne la normalizzazione e la diffusione, dandole un'aura positiva solo perché regolata, senza alcuna seria riflessione e discussione sui valori e i soggetti coinvolti. Un'aura sulla quale, considerati soprattutto gli attuali termini commerciali entro i quali si sviluppa, avrei, come minimo, delle perplessità. Sulla GPA non si è ancora discusso abbastanza. In questo senso mi pare depongano sia la giurisprudenza sia alcune riflessioni proposte da insigni giuristi.

Sul fronte delle corti, voglio sottolineare come possa essere molto pericoloso per le donne considerate come gruppo l'atteggiamento che sta assumendo la giurisprudenza, sia nazionale sia europea, che con l'argomento del superiore interesse del minore finisce per superare il divieto imposto ai genitori da una norma di ordine pubblico⁷⁰. Questa mossa argomentativa delle corti, oltre ad essere ipocrita, perché non prende sul serio la vita delle donne e dei bambini, finisce per subordinare il valore di tutela della donna a una qualche lettura del principio del superiore interesse del minore, principio che non presenta uno stabile significato, e lo fa senza neppure sviluppare un minimo di argomentazione sulla questione. Le Corti non procedono a un bilanciamento dei principi: l'urgenza della soluzione, certo aggravata dall'inefficienza dei sistemi nazionali di tutela dell'infanzia, si risolve con un classico "all thing considered" che pondera fra loro il mero rispetto di una norma di ordine pubblico e quello dell'interesse del minore, la donna ancora una volta scompare. Se ciò che si bilancia è il rispetto *formale* di una norma e la tutela *sostanziale* della nuova vita, allora chiaramente si presenta un'opposizione costruita ad arte fra una visione formalista del diritto a un'altra *mite*⁷¹, volta a consi-

⁶⁹ C'è chi vede soprattutto nell'adozione internazionale una situazione di potenziale simile sfruttamento delle donne. Sicuramente, come ho cercato di porre in chiaro, ogni qualvolta un "bisogno" entra nel mercato diventa un "prodotto" e anche le adozioni fanno purtroppo parte di un mercato riproduttivo, in un senso più ampio di quello qui considerato. Tuttavia in questo caso, di solito almeno, sebbene certo non sempre, i bambini/e adottati sono già al mondo e non hanno sostegno familiare, non sono commissionati apposta e l'adozione sembra dunque delinearci come atto d'amore. Certo non possiamo nasconderci le difficoltà che portano una madre ad abbandonare la prole perché non è nelle condizioni di sostenerla, nonché su un altro fronte i costi che devono sostenere i genitori adottivi.

⁷⁰ S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione*, cit.

⁷¹ Penso a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

derare i *veri* valori coinvolti. Ma è davvero così? Il valore tutelato dalla norma di ordine pubblico non rileva? La dignità della donna e del bambino cedono nel bilanciamento? Non ho alcuna facile soluzione, ma trovo profondamente problematico questo operare e questo tacere.

Sul fronte dei giuristi, mi sembrano indicative le parole di Manuel Atienza a favore della GPA formulate alla Cattedra di Bioetica dell'Unesco dell'Università di Barcellona a inizio di quest'anno. Atienza scrive: «[s]i la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, la obligación de respetar su dignidad, se entiende cómo debe entenderse (no que esté prohibido tratar a otro o a sí mismo como un medio, sino *sólo* como un medio), se comprende yo creo con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad»⁷². Chiaramente il corsivo lasciato dall'autore è sospetto, usare un amico per raggiungere uno scopo privato, ad esempio ottenere informazioni o avere vantaggi economici, sarebbe un'azione morale se il nostro amico non lo avessimo usato *solo* per ottenere un guadagno o un vantaggio? La donna sconosciuta pagata per la GPA non è *solo* usata perché è anche pagata? Se quel 'solo' bastava a risolvere i dilemmi morali, dovevamo davvero pensarci prima.

Mi pare che il problema in fondo sia quello già evidenziato: una morale che si presenta neutrale, perché offerta dal punto di vista ideologicamente dominante, e non sufficientemente inserita nel contesto, una combinazione che può portare a conclusioni affrettate. È insostenibile la difesa della scelta della donna di prestarsi per la GPA sulla base dell'autonomia dei soggetti, che fonda la libertà decisionale sul proprio corpo, senza tener conto delle condizioni di scelta. Una libertà di scelta che qui non si vuole certo negare come principio generale, anzi, tutt'al contrario. Ma occorre considerare che le questioni morali qui discusse riguardano la vita di persone in carne ed ossa, occorre non dimenticare che l'utero non è una parte separabile dal corpo della donna, rammentare che il corpo non è una macchina che si possa smontare e lo spirito non è un'anima che lo riempie come il liquido in una bottiglia. Il corpo non è abitato da un individuo, esso è la persona stessa: ciascuno è ciò che è perché ha quello specifico corpo, che si è forgiato anche attraverso la cultura nella quale è immerso⁷³. E confido che oramai nessuno difenda una visione pietrificata della cultura che, a sua volta, è modellata dal continuo agire umano. Se è certo che la scarsità di organi per i trapianti dovrebbe sollevare maggiore indignazione, giacché oggi ciò dipendente in misura crescente dall'organizzazione umana, cioè da come la società ha deciso di trattare i suoi membri, altrettanto dovrebbe accadere, poiché non è certo un mero frutto del caso, per coloro che quel rene debbano invece venderlo per sopravvivere⁷⁴. Ma se questo non ci piace, allora non può che destare sospetto quella morale che propone il semplice principio kantiano di "libertà sul proprio corpo" per considerare moralmente lecita *qualsiasi* disposizione di esso in virtù dell'autonomia individuale, con l'evidente scopo di assolvere chi di quella disposizione profitta. Il solo limite evidenziato è che chi viene usato non sia così ridotto *solo* a mezzo per altri, ma possa esserlo in una misura che consenta di considerarlo ancora un fine in sé, come

⁷² M. ATIENZA, *El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias*, lezione alla Cátedra UNESCO de Bioética presso l'Università di Barcellona (Spagna) il 18 febbraio 2016, pp. 35-36, consultabile all'indirizzo <http://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168> (ultima consultazione 11/06/2016).

⁷³ D. WELTON (ed.), *Body and flesh*, Oxford; S. BORDO, *Unbearable Weight*, Berkeley-Los Angeles-London, 1993; J. BUTLER, *Bodies that Matter*, London, 1993.

⁷⁴ Cfr. M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 31.

sembra difendere Atienza. A me pare che per questa via si rimanga nel solco di una tradizione già ampiamente criticata in letteratura⁷⁵, dove l'astrazione anziché aiutare a sviluppare il discorso morale ne amplifica l'idealizzazione e la distanza dalla realtà dei soggetti. Non considerando il contesto si rischia di avallare la vendita di persone e di organi umani, giacché i bisogni si trasformano subito in beni godibili sul mercato.

Mi pare importante quindi sottolineare come dai luoghi e dai paesi dove si produce la domanda difficilmente si possa pensare di impedire la nascita dell'offerta nei paesi dove la GPA si pratica, e questo per le ragioni economiche cui si è già fatto cenno: fra le diverse attività che una donna in serie difficoltà economiche può svolgere mettere al mondo bambini sembra certo una fra le più dignitose.

Posto invece che noi ci troviamo in quella parte di mondo dove si determina la richiesta di GPA, credo occorrerebbe ragionare meglio sulle ragioni che la producono, ponderare sul bisogno di genitorialità, su come, quando e perché diventa impellente diventare genitori⁷⁶. Ci si dovrebbe interrogare ad esempio sull'organizzazione sociale che spinge per posticipare la gravidanza fino a quando si presentano problemi di sterilità. Sarebbe importante cioè valutare le cause e le spinte che favoriscono il formarsi della domanda per la GPA. Analizzare la genesi dei bisogni è fondamentale, giacché immediatamente si traducono in "prodotti" e in un circolo vizioso il mercato li assume per sollecitare maggiore domanda. Per esempio, è certo che il fenomeno dell'infertilità sia un dato, tuttavia esso varia da luogo a luogo e si distingue in infertilità fisiologica e infertilità sociale⁷⁷. La percentuale di infertilità ovviamente cresce con la maturità anagrafica⁷⁸ e dunque sarebbe interessante aprire una riflessione sulle ragioni che spingono molte coppie e soprattutto molte donne a posporre la maternità⁷⁹, anche per far luce sulla configurazione di quel desiderio di genitorialità che sembra poi non potersi affrontare in altro modo⁸⁰. Quando il desiderio diventa bisogno, diventa anche malattia e dunque ci si sco-

⁷⁵ O. O'NEILL, *Abstraction, Idealization and Ideology in Ethics*, Royal Institute of Philosophy Lecture, Series, 22, 1987, pp. 55-69.

⁷⁶ Ci si dovrebbe interrogare ad esempio sull'organizzazione sociale che spinge per posticipazione la gravidanza fino a quando si presentano problemi di sterilità.

⁷⁷ L. LOMBARDI, cit.; G.R. BENTLEY, C.G.N. MASCIE-TAYLOR (eds. by), *Infertility in the Modern World. Present and Future Prospects*, Cambridge, 2000-2004. *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, cit.

⁷⁸ G.R. BENTLEY, C.G.N. MASCIE-TAYLOR, *Introduction*, in *Ids.*, op. cit. Nello stesso volume cfr. F. MCALLISTER, L. CLARKE, *Voluntary childlessness: trends and implications*, dove si riporta che negli anni '90, circa un 20% delle donne nate nel '75 affermavano di non voler avere figli rispetto a un 11% delle donne nate nel '42; C.J. PATTERSON, L.V. FRIEL, *Sexual orientation and fertility*, notano come la percentuale di adulti senza figli sia alta fra le coppie dello stesso sesso.

⁷⁹ *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, cit., p. 12. Né mi pare possa rappresentare una soluzione, anzi, l'offerta di aziende da Facebook a Citigroup di coprire i costi per il congelamento degli ovociti delle dipendenti affinché possano ritardare la maternità, spacciandola per la chiave di volta dell'uguaglianza di genere:

<http://time.com/3509930/company-paid-egg-freezing-will-be-the-great-equalizer/>, <https://www.theguardian.com/technology/2014/oct/15/apple-facebook-offer-freeze-eggs-female-employees>, <http://www.forbes.com/sites/jmaureenhenderson/2014/10/15/dont-work-for-or-trust-a-company-that-pays-you-to-freeze-your-eggs/#6a61c3137487>, <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11163558/Apple-and-Facebook-just-got-darker-freezing-female-employees-eggs-is-anything-but-kind.html> (per tutti, ultima consultazione 11/06/2016).

⁸⁰ *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, cit., p. 12. B. CASALINI, op. cit., dove ci si interroga sul punto. Andrebbero analizzate anche le ragioni che portano a considerare l'infertilità come un grave difetto dinanzi a un pianeta sovrappopolato, un difetto che toglierebbe l'essenza dell'essere uomo o donna: negli uni fa perdere

pre anche più accomodanti nel trovare una soluzione. Così si finisce per giustificare più facilmente il ricorso alla GPA, che offre un neonato tutto nuovo, un equo scambio con la madre surrogata che, donna libera, si è vincolata in un contratto dal quale ha ottenuto un lecito guadagno. L'uso del corpo, pur rimanendo uso, viene così riconfigurato nell'ambito di una pratica di per sé positiva come è quella di partorire nuova vita⁸¹.

la virilità e nelle altre la completezza, l'integrità. In ogni caso ne ridurrebbe il valore morale. Cfr. S. POZZOLO, *Locatio ventris*, cit.; rinvio alla letteratura *Feminist Disability Studies*, vedi ad esempio M. G. BERNARDINI, *To be or not to be...disabled. Identità in bilico tra lotta per il riconoscimento e post-identity problem*, in *Ragion Pratica*, 45, 2015, pp. 493-509.

⁸¹ Ovviamente si presuppone poi che questa vita sia sempre sana. E quando non lo è? <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2734374/Surrogate-mother-twins-gave-birth-disabled-girl-told-woman-intended-child-didnt-want-dribbling-cabbage.html>; <http://liveactionnews.org/parents-try-to-force-surrogate-mother-to-abort-their-disabled-baby/> (per entrambi ultima consultazione 11/06/2016).

Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore

Barbara Sgorbati*

SURROGACY, WOMAN'S DIGNITY AND THE INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: This paper tries to explore the many ethical, social and legal issues surrounding surrogacy, focusing in particular on the implications concerning the interest of the minor involved, respect of women's dignity and the evolving definition of parenthood.

KEYWORDS: surrogacy, women's dignity, best interest of the child, parenthood.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La maternità surrogata tra scienza, etica e diritto – 2. Il quadro normativo in Italia e all'estero (cenni) – 3. Il rapporto negoziale tra coppia committente e madre gestante – 4. Surrogazione di maternità e interesse del minore – 5. Surrogazione di maternità e dignità della donna – 6. Il nuovo volto della genitorialità può essere considerato ancora un volto umano?

1. Introduzione. La maternità surrogata tra scienza, etica e diritto

Si rendono opportuni, in primo luogo, alcuni chiarimenti terminologici. I mezzi di comunicazione di massa, che di recente sembrano aver “scoperto” il fenomeno, ci hanno abituato a sentir parlare indifferentemente di c.d. “maternità surrogata” o di “sostituzione” (detta anche surrogazione di maternità o, all'inglese, *surrogacy*) “gestazione per altri” e “utero in affitto”.

Benché tutte queste espressioni facciano riferimento alla stessa pratica - che si inserisce nell'ambito delle tecniche di PMA (procreazione medicalmente assistita) e che richiede la collaborazione di una donna che si renda disponibile ad accogliere nel proprio utero l'embrione concepito da una coppia committente (con gameti della coppia o forniti in tutto o in parte da soggetti esterni, talvolta anche dalla stessa gestante) e a portare a compimento la gravidanza, rinunciando, al momento del parto, ad ogni pretesa di un ruolo genitoriale nei confronti del neonato per consegnarlo ai c.d. *intended parents* - le diverse terminologie sopra citate non sono, in realtà, del tutto equivalenti.

“Maternità surrogata” è, per così dire, la locuzione più “neutra” e semplicemente descrittiva; chi utilizza l'espressione “gestazione per altri”, invece, intende generalmente attribuire a tale fenomeno un'accezione positiva, accentuando il suo aspetto altruistico (come sottolinea opportunamente Camilla Chini, tale terminologia ha però il difetto di porre in secondo piano la figura della madre surrogata nonché di connotare a priori come altruistica una pratica che non sempre è tale¹); chi invece preferisce parlare di “utero in affitto” (locuzione che propriamente indicherebbe solo i casi in cui la

* *Avvocato del Foro di Piacenza. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.*

¹ C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, p. 174.

donna che porta avanti la gravidanza riceva un compenso economico) tende a darne un giudizio negativo, sottolineando il rischio di mercificazione del corpo della donna.

Accanto a queste differenze linguistiche, è bene ricordare la *surrogacy* può declinarsi in molte modalità e sfumature diverse: molto cambia nella sostanza - e dovrebbe probabilmente cambiare anche a livello di disciplina giuridica - a seconda che tra la gestante e la coppia committente vi sia un precedente rapporto familiare/affettivo oppure che la stessa venga selezionata tramite un'apposita agenzia, che vengano utilizzati gameti dei genitori committenti (che quindi sono anche genitori biologici), in tutto o in parte esterni alla coppia o addirittura della gestante (che in tal caso è anche madre biologica del nascituro); ancora, non è del tutto indifferente che alla maternità surrogata faccia ricorso una coppia tradizionale (coniugata o non), una coppia omosessuale o una persona singola.

Tutte queste variabili, infatti, incidono sia sui legami biologici tra il nascituro e i genitori, sia sulle sue prospettive di una serena crescita futura, e pertanto una seria disciplina della materia non dovrebbe ignorare le differenze tra le diverse manifestazioni del fenomeno in esame.

A parere di chi scrive, risulterebbe, infatti, non conforme al principio di uguaglianza una normativa che disciplini tutti questi fenomeni in modo identico, soprattutto qualora il legislatore decida di legittimare la pratica in questione.

Si vedranno in seguito le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano, fra gli altri, a prevedere un divieto assoluto di ricorrere alla maternità surrogata; si può certamente discutere se la scelta di una proibizione totale, con sanzioni severe, sia la più efficace, ma laddove si ritenga di consentire il ricorso a tale tecnica di PMA non sembra ragionevole una liberalizzazione indiscriminata, in nome dell'autodeterminazione dei singoli, senza tenere conto delle diverse conseguenze individuali, familiari, sociali e giuridiche derivanti dalle sue varieguate applicazioni.

Nel prosieguo del presente scritto si cercherà di illustrare le più importanti questioni etico-sociali, ma anche giuridiche, sollevate dal tema della maternità surrogata; si cercherà anche di affrontare l'ulteriore, delicato tema delle soluzioni adottate e da adottare quando un divieto come quello previsto dal legislatore italiano venga violato, sia all'interno del territorio nazionale, sia (come più spesso accade) ricorrendo alla pratica in questione in Paesi dove essa non è espressamente proibita o dove addirittura è regolata dalla legge.

Si pongono, al riguardo, problemi di non poco rilievo circa la tutela del bambino nato tramite surrogazione, nonché importanti questioni di coordinamento tra le diverse normative nazionali in un mondo sempre più globalizzato.

2. Il quadro normativo in Italia e all'estero (cenni)

Di recente i media italiani sembrano dare l'impressione che il divieto assoluto di ricorrere alla maternità surrogata renda il nostro un Paese "arretrato", incapace di riconoscere una piena autodeterminazione dei singoli nelle loro scelte affettive e di vita.

Non ci si soffermerà qui sull'inconsistenza di un'idea di "progresso" che si limita a recepire acriticamente come positive tutte le nuove possibilità fornite dalla scienza e dalla tecnica, o sullo scarso spessore di un concetto del diritto come mero regolatore di fenomeni di fatto e non come espressio-

ne dei valori fondamentali di una società civile; ci si limiterà ad osservare che l'Italia non è affatto isolata nella scelta di una "linea dura" di fronte al fenomeno di cui si discute.

Se è vero, infatti, che la legge n. 40 del 2004, con l'art. 12 che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro (oltre a sanzioni accessorie) "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza" la surrogazione di maternità, adotta una posizione particolarmente severa, è vero che anche molti altri Paesi europei, in genere indicati (non senza provincialismo) come modello di apertura ai "nuovi diritti", hanno fatto altrettanto.

In Francia, la maternità surrogata è tuttora vietata, benché a partire dallo scorso anno si sia registrato un deciso mutamento nell'orientamento della Corte di Cassazione circa l'iscrizione nei registri dello stato civile dei minori nati all'estero attraverso tale pratica: all'interpretazione molto rigorosa che fino a poco tempo fa considerava la pratica "fraudolenta" e pertanto non suscettibile di produrre effetti nell'ordinamento interno, è subentrata una tesi che ritiene opportuno, nell'interesse del minore, riconoscere il legame biologico con il padre che è ricorso alla gestazione per altri all'estero, seppure non automaticamente, bensì attraverso la verifica giudiziale della paternità².

In Svezia le conclusioni di una recente inchiesta ordinata dal Governo (che il Parlamento dovrebbe approvare nel corso dell'anno), si orientano nel senso del divieto di ogni forma di surrogazione, sia commerciale che altruistica (anche alla luce del fatto che per la legge svedese – come per quella italiana – la madre "legale" è la donna che partorisce) e dell'adozione di misure volte ad evitare che i cittadini svedesi si rivolgano a cliniche all'estero; l'inchiesta si è soffermata in particolare sul rischio che la legalizzazione della surrogazione "altruistica" possa indirettamente favorire quella "commerciale" e si è espressa criticamente sulla pratica in sé, in relazione alle delicate questioni mediche, etiche e giuridiche che solleva³.

Negativa pare anche la valutazione del Comitato Nazionale di Bioetica, che con la mozione del 18 marzo 2016 (seppure esprimendosi solo con riferimento alla maternità surrogata a titolo oneroso e rimandando ad altro parere l'esame della questione della gestazione per altri senza corrispettivo economico) ha ricordato che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali» che emergono dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta Europea dei diritti fondamentali⁴.

Neanche le istituzioni europee sono immuni da forti perplessità sui risvolti etici della c.d. gestazione per altri.

² S. LAURENT, *Comment la France évolue sur la gestation pour autrui*, http://www.lemonde.fr/lesdecodage/article/2015/05/20/gpa-pour-y-voir-clair_4636991_4355770.html (ultima visita 28.04.2016).

³ M. COOK, *Sweden could ban surrogacy*, <http://www.bioedge.org/bioethics/sweden-could-ban-surrogacy/11772> (ultima visita 26.04.2016); K. EKIS EKMAN, *All surrogacy is exploitation – the world should follow Sweden's ban*, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban> (ultima visita 26.04.2016).

⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Mozione Maternità Surrogata a Titolo Oneroso*, http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/Mozione_Surrogata_materna.pdf (ultima visita 28.04.2016).

Nel dicembre 2015, il Parlamento Europeo ha espressamente condannato la “pratica della maternità surrogata che è contraria alla dignità umana della donna, il cui corpo e le cui funzioni riproduttive sono utilizzati come delle merci”, considerando che tale pratica debba essere proibita.

E' interessante notare come il testo del rapporto⁵, nel primo periodo, non distingue tra gestazione per altri gratuita e g.p.a. a pagamento, condannando genericamente di «the practice of surrogacy»: non è chiaro se queste fossero le intenzioni dei redattori del rapporto, ma tale scelta sembra far intendere che si sia voluta esprimere una certa diffidenza verso la pratica in generale; nella seconda parte del paragrafo, invece, si chiede espressamente la proibizione della pratica quando comporti «reproductive exploitation» e l'uso del corpo umano «for financial or other gain», riferendosi quindi, a prima vista, alla sola surrogazione a pagamento. Peraltro, a parere di chi scrive, occorrerebbe tenere presente che il fatto che la gestante non riceva un compenso (e che quindi la surrogazione, in sé, sia gratuita o avvenga dietro rimborso delle sole spese effettivamente sostenute) non esclude che altri soggetti possano trarne un profitto economico e che quindi la pratica rientri tra quelle che, secondo il Parlamento Europeo, dovrebbero essere vietate.

Il 15 marzo 2016 la Commissione Affari Sociali del Consiglio d'Europa è stata chiamata ad esprimersi su un rapporto sui diritti umani e i problemi etici connessi alla surrogazione di maternità, la cui redazione era stata affidata alla ginecologa transgender e senatrice verde, di nazionalità belga, Petra De Sutter (la cui obiettività rispetto alle questioni da discutere è stata peraltro oggetto di forti riserve, dato che la stessa dirige in Belgio un'unità dove la *surrogacy* viene già praticata e collabora con una clinica indiana attiva in tale settore). A sorpresa, la relazione, che consigliava un'apertura almeno alla surrogazione c.d. “altruistica”, è stata bocciata, seppure sul filo del rasoio (16 voti a 14)⁶.

Curiosamente, mentre varie autorità nazionali e internazionali si orientano verso una valutazione quanto meno critica del fenomeno, i media italiani (i quali sembrano aver “scoperto” il tema solo di recente, in relazione al dibattito sul riconoscimento delle unioni civili tra coppie dello stesso sesso) sembrano “normalizzare” sempre di più una pratica che non solo nel nostro Paese costituisce tuttora un illecito penale, ma solleva interrogativi etici e giuridici di non poco rilievo.

Sovente, l'argomentazione preferita è quella secondo cui, poiché la c.d. gestazione per altri, sebbene vietata, viene di fatto praticata, la soluzione dovrebbe essere quella di eliminare il divieto.

Tale assunto, spesso condito da banale retorica “antiproibizionista”, ha naturalmente poco peso, in quanto è del tutto evidente che il fatto che un divieto imposto dalla legge venga ripetutamente violato o aggirato non è, in sé, ragione sufficiente ad abolire il divieto medesimo, quando questo (come in genere avviene per i precetti di tipo penale) sia stato posto a tutela di beni giuridici di importanza fondamentale.

⁵ EUROPEAN PARLIAMENT, *Annual Report on Human Rights in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, al paragrafo 114 “Condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments”.

⁶ M. RICCI SARGENTINI, *A sorpresa il Consiglio d'Europa boccia la relazione pro-surrogacy*, <http://27esimaora.corriere.it/articolo/a-sorpresa-il-consiglio-d-europa-boccia-la-relazione-pro-surrogacy/> (ultima visita 16/03/2016).

Si può e si deve, se mai, discutere di cosa debba accadere quando il divieto non viene rispettato e come possano o debbano essere regolati i rapporti tra i soggetti coinvolti, tutelando soprattutto il minore che si trovi suo malgrado ad essere il frutto di un'operazione che, almeno fino ad oggi, resta illecita.

Ulteriore tema è quello di quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui il divieto venga aggirato da una coppia la quale si rechi in un Paese straniero in cui la maternità surrogata è consentita, per poi fare rientro in Italia e chiedere il riconoscimento giuridico del rapporto genitoriale con il figlio così concepito.

Esistono, infatti, numerosi Paesi, anche europei, che riconoscono come legittima la pratica della gestazione per altri: nel Regno Unito, ad esempio, la maternità surrogata è lecita solo se effettuata a titolo gratuito e sono previste sanzioni per le attività di promozione, pubblicità o intermediazione; in Grecia è richiesta una preventiva autorizzazione da parte di un giudice che deve verificare la sussistenza dei requisiti di legge e l'assenza di benefici economici per la gestante; alcuni Stati facenti parte degli USA, come la California, hanno una disciplina di carattere prettamente giurisprudenziale piuttosto permissiva.⁷ Il c.d. utero in affitto è, poi, consentito o comunque praticato in diversi Paesi dell'Est Europa, come l'Ucraina, e dell'Asia, come India, Nepal e Thailandia.

Si pone, pertanto, il problema delle conseguenze giuridiche del c.d. turismo procreativo.

Premesso che non sembra risultare applicabile a questo tipo di fattispecie l'art. 12 L. 40/2004, in quanto l'art. 7 c.p. non lo contempla tra i reati commessi all'estero e perseguibili in Italia⁸, potrebbe eventualmente configurarsi il reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 c. 2 c.p. con riferimento all'indicazione, nel certificato di nascita rilasciato nel Paese estero, della madre committente anziché della gestante.

Al riguardo, gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali non sono omogenei.

La dottrina maggioritaria, infatti, resta ad ammettere la possibilità di attribuire la qualità di madre alla donna non gestante (ravvisando in ciò un'insanabile contraddizione rispetto alla regola generale dell'art. 269 c.c. secondo cui, com'è noto, è madre la donna che ha partorito), ritenendo che il concetto di madre non sia limitato al mero dato biologico ma comprenda anche lo stretto legame instaurato durante la gestazione, tende a ritenere configurabile il reato in questione; non così quella parte della dottrina che preferisce riferire l'attribuzione della qualifica di madre al dato biologico o quella che ritiene necessario, oltre all'apporto biologico, anche la decisione di generare una nuova vita e assumersene la responsabilità⁹.

Altrettanto variegata risultano le soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

In una pronuncia abbastanza recente, la Corte di Cassazione¹⁰ ha, ad esempio, affermato che la c.d. surrogazione di maternità è vietata nell'ordinamento italiano perché contraria all'ordine pubblico, dichiarando di conseguenza lo stato di adottabilità del minore nato da madre surrogata ucraina su commissione di una coppia italiana; il caso oggetto della sentenza era particolarmente grave, in

⁷ L. MAZZANTI E G. PAVAN, *La surrogazione di utero all'estero: profili di responsabilità penale*, http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche.asp/news_giuridica_11416 (ultima visita 15/03/2016), p. 2.

⁸ In questo senso L. MAZZANTI E G. PAVAN, op. cit., p. 3.

⁹ Per un'analisi delle varie posizioni, si veda ancora L. MAZZANTI E G. PAVAN, op. cit., p. 4.

¹⁰ Cass. 11 novembre 2014, n. 24001.

quanto la coppia aveva violato anche la legge ucraina, la quale prescrive che il figlio concepito mediante *surrogacy* debba avere almeno il 50% del patrimonio genetico della coppia committente (ovvero che debba essere figlio biologico di almeno uno dei due), ed aveva evidentemente fatto ricorso alla gestazione per altri per eludere la legge italiana sulle adozioni, essendo ormai troppo anziana per adottare un bambino in tenera età ed essendosi già vista più volte rifiutare l'idoneità all'adozione per motivazioni di carattere psicologico.

La Corte rilevava che nel nostro ordinamento madre è colei che partorisce e che la surrogazione di maternità si pone in conflitto con l'istituto dell'adozione, unico strumento a cui il legislatore demanda la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato¹¹.

In altri casi, sono state adottate soluzioni molto diverse: varie pronunce di merito¹² hanno fatto riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale per dare riconoscimento al ruolo di genitori "sociali" in capo a soggetti che si erano avvalsi della maternità surrogata all'estero.

Recentemente, poi, la Corte di Cassazione¹³ ha assolto dai reati di cui agli artt. 12 l. 40/2004, 495, 476 e 567 c.p. una coppia italiana il cui figlio era nato a seguito di maternità surrogata in Ucraina, con spermatozoi dell'imputato e ovuli di donatrice ignota, ritenendo non configurabili i reati contestati in quanto gli imputati si erano limitati a chiedere la trascrizione di un certificato di nascita emesso in conformità alla legge del Paese in cui il bambino era nato¹⁴.

Al riguardo si deve osservare che, sebbene risulti ammirevole l'intento di tutelare il più possibile i minori venuti al mondo mediante maternità surrogata, non sembra opportuno, alla luce del principio di uguaglianza, trattare in maniera uniforme tutte le ipotesi di "turismo procreativo".

Se, infatti, può ritenersi giustificato riconoscere comunque la maternità o paternità legale al genitore che abbia un legame biologico con il bambino, decisamente più problematico appare un riconoscimento generalizzato della genitorialità in capo a chi ricorra alla gestazione per altri all'estero servendosi di gameti non propri, in quanto ciò rischierebbe di comportare una ridefinizione della titolarità del legame parentale al di là della tradizionale alternativa tra genitorialità biologica e genitorialità adottiva.

Certamente tale binomio risulta già in parte superato a seguito dell'introduzione della possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa, ma in quel caso l'estraneità alla coppia dei gameti utilizzati può considerarsi in qualche modo "compensata" dal fatto che a portare avanti la gravidanza è la donna che poi sarà riconosciuta come "madre sociale"; con una legittimazione generalizzata della maternità surrogata, invece, una coppia o una persona singola potrebbe, di fatto, acquisire il ruolo genitoriale nei confronti di un minore senza aver con lo stesso alcun legame né biologico né gestazionale e senza ricorrere ad un procedimento di adozione.

¹¹ Si veda il commento di B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/12/contrarieta-allordine-pubblico-della-maternita-surrogata-e-dichiarazione-di-adottabilita-del-minore> (ultima visita 15.06.2016).

¹² Tribunale di Napoli, sent. 01.07.2011; Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

¹³ Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 1325 del 10.03.2016 (dep. 05.04.2016).

¹⁴ Si veda il commento di L. IZZO, *Utero in affitto: se nel paese estero è legale non c'è reato*, <http://www.studiocataldi.it/articoli/21658-utero-in-affitto-se-nel-paese-estero-e-legale-non-c-e-reato.asp> (ultima visita 07.04.2016).

Si tratta di un'innovazione di non poco rilievo, che meriterebbe di essere considerata più approfonditamente.

Pare opportuno segnalare, tuttavia, che una risposta al fenomeno del c.d. "turismo procreativo" sembra arrivare proprio dai Paesi che ne sono meta: di recente ad es. la Thailandia (anche sull'onda emotiva di alcuni casi particolarmente controversi) ha emanato una legge che consente il ricorso alla maternità surrogata solo a coppie sposate thailandesi o a coppie in cui uno dei coniugi sia thailandese, purché sposate da almeno tre anni, vietando del tutto la surrogazione "commerciale"¹⁵. Resta da vedere se tale normativa risulterà efficace allo scopo, perseguito dal legislatore locale, di evitare alla Thailandia di continuare ad essere chiamata "l'utero del mondo".

3. Il rapporto negoziale tra coppia committente e madre gestante

Discussa in dottrina è anche la natura del rapporto negoziale tra la coppia che aspira a realizzare il proprio desiderio di genitorialità e la donna che mette a disposizione il proprio utero per portare a compimento tale progetto.

Alcuni Autori¹⁶ correttamente rilevano la difficoltà di inquadrare come contratti (ovvero ex art. 1321 c.c., come accordi volto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale) gli accordi aventi ad oggetto la maternità surrogata, non potendo ricondurli ad un vero e proprio scambio economico e per le perplessità inerenti la disponibilità dei beni oggetto della transazione, ovvero gli embrioni e la messa a disposizione del corpo della gestante.

In questo senso si sono orientate anche alcune sentenze di merito¹⁷ (per la verità piuttosto risalenti), che hanno ritenuto nulli i contratti di surrogazione perché in contrasto con la Costituzione e con il principio di indisponibilità degli status personali, nonché per illiceità della causa e frode alla legge; accanto ad esse, tuttavia, altre pronunce¹⁸ (comunque precedenti alla positivizzazione del divieto oggi espressamente contenuto nella L. 40/2004) hanno adottato soluzioni assai meno rigorose, considerando il contratto di maternità surrogata come un contratto atipico da valutarsi secondo la meritevolezza degli interessi perseguiti, quali l'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori.

Parte della dottrina¹⁹ fa riferimento alla tradizionale discussione filosofica sulla indisponibilità del corpo umano e all'idea Kantiana per cui l'uomo non può essere proprietario di se stesso (perché se potesse essere oggetto di proprietà, sarebbe cosa e non persona), idea giunta fino a noi attraverso l'articolo 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la Biomedicina del 1997 (ai sensi del quale il corpo umano e le sue parti non possono essere fonte di profitto), per ritenere che la pratica della maternità surrogata debba considerarsi senz'altro illecita quando si configuri uno sfruttamento economico, un vero e proprio mercato (c.d. "utero in affitto").

¹⁵ *Thailand bans commercial surrogacy for foreigners*, <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717> (ultima visita 29.04.2016).

¹⁶ G. BATIA E ALESSANDRO PIZZO, *Il contratto di maternità per surrogazione. Profili giuridici*, <http://www.diritto.it/docs/22952-il-contratto-di-maternita-per-surrogazione-profil-giuridici> (ultima visita 15.03.2016).

¹⁷ Si veda ad es. Tribunale di Salerno, 15 novembre 1991.

¹⁸ Ord. Tribunale di Roma, 17 febbraio 2000.

¹⁹ C. CHINI, op. cit., p. 180.

Peraltro, il fatto che la donna si offra volontariamente di portare in grembo un figlio altrui non è sufficiente a garantire che la stessa abbia compiuto una scelta effettivamente libera e consapevole: come giustamente si osserva in dottrina²⁰, «il consenso (...) non garantisce, di per sé, l'assenza di strumentalizzazione».

Occorrerebbe, infatti, tenere sempre presente che di frequente le donne che si prestano a tali pratiche si trovano in una situazione di squilibrio economico e culturale rispetto ai committenti: non di rado si tratta di donne che vivono in Paesi in via di sviluppo o del c.d. Terzo Mondo (India, Thailandia, Nepal), non scolarizzate, spinte dal bisogno di provvedere alla propria famiglia²¹; anche quando la surrogazione viene praticata in Paesi occidentali quali gli Stati Uniti, si tratta frequentemente di madri single (o, per l'ovodonazione, studentesse), o comunque di donne che vivono in condizioni socio-economiche non paragonabili a quelle delle coppie committenti.

Un interessante studio del 2010²², basato su dati statistici relativi ai diversi Stati americani, riferisce che molte delle donne che scelgono di diventare madri surrogate probabilmente non hanno le risorse finanziarie né le conoscenze per avere un'adeguata assistenza legale e vengono rappresentate da un legale incaricato dall'agenzia, con il rischio di potenziali conflitti di interessi. Lo stesso rapporto (sebbene non possa fare riferimento a studi statistici adeguatamente dettagliati sul punto; altre fonti invece riportano addirittura che le *military wives* costituirebbero dal 15 al 20% delle madri surrogate²³) rileva l'elevata diffusione della gestazione per altri tra le mogli dei militari: donne che a causa dei frequenti trasferimenti dei partner hanno spesso difficoltà a trovare e mantenere un lavoro e che hanno l'esigenza di contribuire al bilancio di famiglie classificate come "low income"²⁴.

Talvolta, quindi, queste donne possono non essere in grado di comprendere tutte le implicazioni degli accordi stipulati, e certamente non sono in condizione di pagare le pesanti penali generalmente previste dai contratti nel caso in cui non adempiano a quanto pattuito.

Vi è da chiedersi se sia ragionevole, in simili circostanze, affidarsi alla libertà negoziale assoluta.

A parere di chi scrive, una soluzione orientata alla pura e semplice libertà di autodeterminazione delle parti, se può essere considerata accettabile in un sistema giuridico come quello americano, risulta incompatibile con la nostra tradizione giuridica, che prevede, in materie quali quella del lavoro, limiti alla contrattazione individuale proprio in ragione della disuguaglianza di conoscenze e di risorse economiche tra le parti e a tutela della parte più debole.

Sarebbe alquanto singolare, per non dire incoerente, scegliere una diversa strada per una materia che coinvolge ancora più profondamente la dignità e i diritti delle persone.

È stata suggerita, proprio in considerazione della disparità di condizioni economiche fra committenti e gestanti, una possibile similitudine con il contratto di baliatico, ovvero con il contratto, diffuso in

²⁰ C. CHINI, op. cit., p. 182.

²¹ P. SAXENA, A. MISHRA E S. MALIK, *Surrogacy: Ethical and Legal Issues*, in *Indian Journal of Community Medicine*, 2012 Oct. Dec; 37 (4): 211-213, analizzando i vari aspetti problematici della surrogacy, la descrivono espressamente come un mezzo con cui "a poor surrogate mother gets very much needed money".

²² M. GUGUCHEVA, *Surrogacy in America*, p. 23/40, consultabile all'indirizzo <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf> (ultima visita 10.06.2016).

²³ L.M. STEINER, *Who Becomes a Surrogate?*, *The Atlantic*, 25 novembre 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.theatlantic.com/health/archive/2013/11/who-becomes-a-surrogate/281596/> (ultima visita 17.06.2016).

²⁴ M. GUGUCHEVA, cit., p. 25.

tempi passati, con cui una donna si obbligava, dietro compenso, a svolgere un'attività di allattamento e cura corporale e materiale di bambini altrui, presso la propria casa o quella dei genitori che la assumevano.

Tuttavia, per quanto l'allattamento e la cura di un infante coinvolgono una sfera intima e delicata delle relazioni interpersonali, chi scrive non ritiene che tale fattispecie possa essere paragonabile a quella della surrogazione di maternità.

Ciò, innanzitutto, perché alla balia veniva delegata una funzione di nutrimento e accudimento di un figlio che chiaramente (senza che vi fosse alcuna possibilità di confusione) non era suo: altri lo aveva concepito, portato in grembo e partorito.

La *surrogacy*, al contrario, va a ridefinire il concetto stesso di maternità; e ciò che viene richiesto alla donna non è di "avere cura" di un bambino altrui, di svolgere una funzione "simbolicamente" o "praticamente" materna, come quella della balia, ma di crescerlo e nutrirlo all'interno del proprio corpo, di dargli la vita, di esserne, in sostanza, madre rinunciando ad esserlo: si tratta, con tutta evidenza, di una situazione alquanto diversa.

Ci si permette, inoltre, di osservare che il contratto di baliatico è andato in disuso non solo per ragioni economico-sociali, ma anche in conseguenza dell'acquisizione di una maggiore consapevolezza circa l'importanza del contatto diretto e della relazione tra la madre e il bambino nei primi anni di vita, anche attraverso l'allattamento (che difficilmente una madre oggi accetterebbe di delegare ad un'altra donna); sembra configurare una sorta di "regresso" rispetto a tali conoscenze e conquiste, allora, il fatto che con la maternità surrogata ci troviamo di fronte a donne che partoriscono per altri e non hanno quasi nessun contatto con il bambino che per nove mesi hanno portato in grembo; la prassi, in genere, prevede anzi di evitare l'allattamento al seno da parte della gestante, proprio per evitare la formazione di un attaccamento "indesiderato" da parte del bambino.

Si è già detto della difficoltà di inquadrare la maternità surrogata negli schemi contrattuali, anche per le perplessità relative alla previsione di un compenso e quindi alla mercificazione di qualcosa che fa parte della sfera più intima della persona e che si carica di significati psicologici, antropologici ed esistenziali di non poco rilievo.

Non a caso, diversi ordinamenti consentono la surrogazione di maternità solo se effettuata a titolo gratuito, eventualmente ammettendo la possibilità di un mero rimborso delle spese sostenute dalla gestante nel corso della gravidanza.

Secondo parte della dottrina²⁵, tuttavia, l'assenza di un corrispettivo non sarebbe dirimente rispetto alla questione della qualificazione giuridica dell'accordo come contratto o come negozio non patrimoniale, posto che la natura del negozio dipenderebbe non tanto dall'onerosità o meno della prestazione, quando dagli interessi e dai rapporti coinvolti; trattandosi in questo caso di rapporti familiari, l'accordo di maternità surrogata dovrebbe essere ricondotto alla figura del negozio familiare "atipico".

Tuttavia, in giurisprudenza²⁶ è stato affermato che tale accordo dovrebbe considerarsi nullo per mancanza del requisito dell'oggetto possibile e lecito, dato che il "contratto" avrebbe ad oggetto non

²⁵ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, pp. 162-163.

²⁶ Trib. Monza, 27 ottobre 1990, in *Giur. It.*, 1990, 5.

tanto la messa a disposizione dell'utero ai fini della gestazione, quanto la consegna del bambino e la rinuncia da parte della surrogata al riconoscimento del rapporto di filiazione, mentre è evidente che il nascituro non può essere considerato un bene giuridico e che gli status personali sono, a loro volta, indisponibili. Si tratta di una pronuncia risalente nel tempo ma che pare ancora attuale, in quanto fa luce sul significato dell'espresso divieto contenuto nella L. 40/2004, il quale peraltro sembra portare a ritenere la nullità di tale tipo di accordi anche per violazione di norme imperative²⁷.

Si deve comunque osservare che, qualora il legislatore decidesse di ammettere la sola gestazione per altri "altruistica", di fatto, potrebbe risultare non agevole verificare che non vi sia comunque, tra le parti, uno scambio economico al di là della mera compensazione delle spese; non solo, ma anche negli Stati in cui la gestazione per altri è ammessa solo se gratuita, le coppie committenti versano generalmente somme piuttosto ingenti ad agenzie e cliniche, con il rischio che, essendo coinvolti rilevanti interessi economici, vi sia comunque una mercificazione del ruolo della gestante.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi che dal già citato studio del 2010²⁸ emerge che le madri surrogate negli Stati Uniti ricevono in genere un compenso che va dai 12.000,00 ai 25.000,00 dollari a gravidanza, mentre il costo per i genitori committenti può variare da 40.000,00 a 120.000,00 dollari, con evidenti ed ingenti guadagni per le cliniche o le agenzie che gestiscono i rapporti tra le parti.

Consultando il sito internet di una delle tante società che si occupano di maternità surrogata²⁹, si può leggere (in un italiano imperfetto dovuto al fatto che la società ha base nell'Est Europa) che i compensi per la madre surrogata si aggirano intorno ai 30.000,00 Euro, ma che sono previsti circa 12.000,00 Euro di spettanze per attività di consulenza, organizzazione etc. svolte dall'agenzia, oltre a tutti i costi per i servizi medico-sanitari.

Una famosa agenzia americana, Extraordinary Conceptions³⁰ propone alle surrogate *benefit packages* da 40.000,00 a 50.000,00 dollari e, di recente, ha offerto un bonus di 1.250,00 dollari alle aspiranti surrogate che si sarebbero registrate entro il mese di giugno, nonché una *gift-card* di 1.000,00 dollari a coloro che avrebbero "presentato un'amica" interessata a diventare una surrogata: simili "promozioni" lasciano quanto meno sospettare che per l'agenzia siano in gioco interessi economici rilevanti e danno all'intera operazione un tono "commerciale" poco rassicurante in un'ottica di rispetto della dignità delle donne coinvolte.

Un possibile strumento per evitare tali rischi di mercificazione potrebbe consistere in una previsione normativa la quale esiga che tra la coppia committente e la donna gestante vi sia un precedente legame di carattere familiare o affettivo (si pensi ad una donna che si presti a portare a termine una gravidanza per conto della sorella o di una cara amica); in questo modo si potrebbe evitare l'insorgere di una sorta di "mercato" in cui far incontrare domanda e offerta, come già accade, invece, soprattutto negli Stati Uniti.

Tuttavia vi è da chiedersi se sia sufficiente, per rendere lecito e ammissibile un accordo di maternità surrogata, che non vi sia alcun tipo di scambio economico: anche in sua assenza, infatti, non si può

²⁷ In questo senso B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 165.

²⁸ M. GUGUCHEVA, cit., p. 26.

²⁹ <http://surrogacymed./maternita-surrogata/prezzi.html>.

³⁰ <http://extraconceptions.com>.

prescindere da un'ulteriore valutazione concernente quello che è e deve restare un bene preminente, ovvero la tutela dell'interesse del nascituro.

Correttamente parte della dottrina³¹ richiama, al riguardo, la letteratura scientifica sulla relazione che si instaura durante la gravidanza tra gestante e nascituro (indipendentemente dal legame genetico) e sui possibili rischi di disturbi derivanti dalla rottura di tale relazione: appare evidente che qualsiasi scelta legislativa non potrà prescindere dalle considerazioni circa il fondamentale interesse del minore a conservare uno dei legami più importanti della sua vita.

4. Surrogazione di maternità e interesse del minore

Una seria discussione sul tema della maternità surrogata non può prescindere dalla considerazione degli interessi del soggetto più debole (e pertanto, per definizione, più meritevole di tutela) tra quelli coinvolti, ovvero il bambino concepito mediante surrogazione.

Certamente, tutte le tecniche di PMA, inclusa la maternità surrogata, consentono di concepire e dare alla luce bambini che, altrimenti, non sarebbero mai nati; si potrebbe, pertanto, ritenere rilevante, ai fini della discussione, l'interesse di questi futuri/potenziali bambini a venire ad esistenza.

Tuttavia, a parere di chi scrive, un tale interesse, seppure non irrilevante dal punto di vista etico, non può essere considerato dirimente da un punto di vista giuridico, in vista della disciplina della pratica della surrogazione.

Si deve tenere presente, infatti, che nel nostro ordinamento il concepito non ancora nato gode di uno *status* giuridico particolare³², caratterizzato dalla "speranza di divenire persona" e dal riconoscimento di alcune aspettative legittime e di alcuni diritti (quali quello a nascere sano, con diritto ad ottenere – una volta nato – il risarcimento di eventuali danni subiti in gravidanza), ma non è ancora titolare di una piena soggettività giuridica (benché la L. 40/2004 si proponga di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»), che acquisirà solo con la nascita.

Ebbene, a maggior ragione non sembra potersi attribuire un'autonoma rilevanza agli interessi di chi ancora non è stato concepito, ma potrebbe potenzialmente essere concepito laddove si acconsentisse all'utilizzo di una determinata tecnica di PMA.

Peraltro, tra gli stessi figli nati da maternità surrogata, si registrano le voci di chi, come la blogger americana Jessica Kern³³, afferma che sia possibile essere grati di essere vivi ma allo stesso tempo avere seri dubbi etici sui metodi utilizzati per il proprio concepimento.

Concentrando l'attenzione sul tema dell'interesse del minore, poi, non si può non rilevare come con le tecniche di procreazione assistita eterologa, prima, e con la surrogazione di maternità poi, si siano diffuse nuove ipotesi di separazione dello status dal dato biologico, con conseguenti nuove necessità di riflessione sul tema del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini.

Le soluzioni adottate dai vari ordinamenti differiscono enormemente (si va da Francia e Spagna che garantiscono fortemente l'anonimato dei donatori di gameti, al Regno Unito che non ammette più le

³¹ C. CHINI, op. cit., pp. 186-187.

³² G. BUFFONE, *La tutela della vita nascente. Lo statuto giuridico del concepito al confine tra Soggetto e Persona*, consultabile all'indirizzo <http://www.altalex.com/documents/news/2007/11/15/vita-nascente-statuto-giuridico-del-concepito-e-confine-tra-soggetto-e-persona> (ultima visita 10.06.2010).

³³ <http://theothersideofsurrogacy.blogspot.it/>.

donazioni anonime, alla Germania che attribuisce al minore concepito con eterologa il diritto ad ottenere l'accertamento di uno status conforme al dato biologico³⁴), tuttavia non si può non osservare che tali tecniche (e a maggior ragione la maternità surrogata) rischiano di compromettere il diritto del minore ad un sereno sviluppo della propria personalità, proprio a partire dalla conoscenza delle proprie origini.

Nel tempo, infatti, si è acquisita una sempre maggiore consapevolezza dell'importanza per la persona di conoscere le proprie radici e la propria identità: ne è prova l'evoluzione della normativa italiana sulle adozioni.

Nel 2001 è stato introdotto nella L. 184/1983 l'obbligo per i genitori adottivi di informare il figlio (con i tempi e i modi ritenuti più opportuni) circa la sua condizione di adottato, nonché la possibilità per lo stesso, raggiunta l'età di venticinque anni (o di diciotto anni, per comprovate ragioni attinenti la sua salute psico-fisica), di accedere alle informazioni riguardanti la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici, dietro autorizzazione del Tribunale per i minorenni. L'accesso a tali informazioni restava, tuttavia, precluso nel caso in cui la madre avesse dichiarato, al momento della nascita, di non voler essere nominata.

Anche a seguito della sentenza CEDU 25.09.2012 (Godelli c. Italia), che ha riconosciuto il diritto alla conoscenza delle proprie origini come elemento del diritto alla vita privata ex art. 8 CEDU, la Corte Costituzionale³⁵ ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art 28 settimo comma della Legge 184/1983, invitando il legislatore a prevedere disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non essere nominata, salvaguardandone nel contempo l'anonimato.

Ci si è quindi, evidentemente mossi nel senso di una sempre maggiore valorizzazione del legame con le proprie origini biologiche e del diritto a poterle conoscere, finalizzato ad un pieno sviluppo dell'identità e della personalità dell'individuo; una tale esigenza, se ritenuta importante per i figli adottivi, sembra dover essere tenuta in considerazione anche nel caso dei figli nati attraverso le diverse tecniche di PMA, concepiti e/o partoriti da persone diverse dai genitori "sociali". Con la rilevante distinzione che, mentre nel caso dell'adozione il minore si trova a dover fare i conti con l'esperienza dell'abbandono, nel caso della PMA dovrà elaborare il fatto di essere stato generato con un procedimento "artificiale" e, nel caso della maternità surrogata, saprà di essere stato portato in grembo e partorito da una donna con cui, nella maggioranza delle ipotesi, non avrà mai avuto alcun contatto o avrà avuto contatti limitati.

Qualunque siano le opinioni concernenti le tecniche di fecondazione artificiale in genere e la gestazione per altri in particolare, non appare conforme al principio di uguaglianza (laddove la legislazione nazionale ammetta e regoli le pratiche in questione) che non venga contemplata la possibilità, per i figli così concepiti, di conoscere le proprie origini, conformemente a quanto previsto per i figli adottivi.

Un altro elemento interessante riguardante l'impatto della maternità surrogata sull'interesse del minore emerge da uno studio piuttosto recente del Centre for Family Research dell'Università di Cam-

³⁴ Sul tema E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, <http://dimt.it/2014/0610/il-diritto-alla-conoscenza-delle-proprie-origini/> (ultima visita 29.02.2016).

³⁵ Corte Costituzionale, sentenza 22 novembre 2013, n. 278 (in Gazz.Uff., 27 novembre, n. 48).

bridge³⁶, realizzato esaminando nel corso degli anni famiglie che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata o alla fecondazione eterologa (con donazione di ovociti o di gameti maschili) e famiglie avevano concepito naturalmente, il quale sembra evidenziare maggiori problemi psicologici nei bambini nati mediante g.p.a. rispetto a quelli concepiti con gameti di donatori, «suggesting that the absence of a gestational connection between parents and their child may be more problematic for children than the absence of a genetic relationship» Alla luce delle conoscenze scientifiche attuali, infatti, non appare di poco rilievo il fatto che, nella surrogazione di maternità, venga interrotto il rapporto di simbiosi sviluppato con la madre nel corso della gravidanza, periodo in cui (com'è noto) la gestante non si limita ad "ospitare" e nutrire il feto, ma instaura una serie di contatti e scambi di fondamentale importanza per lo sviluppo del feto e il benessere del bambino. Come ebbe a dire ormai non pochi anni fa Miriam Mafai³⁷, «si rompe così definitivamente un legame naturale, unico, nutrito di sangue e di sogni tra le madre e quello che una volta si chiamava "il frutto del ventre tuo"»

Un ulteriore tema da prendere in considerazione con riguardo all'impatto della surrogazione di maternità sull'interesse del minore concerne il rischio che essa venga utilizzata per aggirare le norme in materia di adozioni.

Non si può non rilevare che, tramite maternità surrogata, possono diventare genitori soggetti che non solo non sarebbero in grado di diventarli naturalmente, ma che non sarebbero nemmeno idonei all'adozione in base alle leggi nazionali e/o agli accordi in materia di adozioni internazionali: non solamente persone che non hanno i requisiti di età, vincolo matrimoniale, diversità di sesso attualmente previsti dalla legge italiana, ma anche (e questo è certamente il rischio più grave) soggetti non ritenuti idonei per ragioni di carattere psicologico o comportamentale.

Giungono alla mente alcuni gravi casi che hanno suscitato ampio dibattito in altri Paesi, come quello di un uomo di nazionalità australiana che ha confessato di aver concepito due bambine tramite maternità surrogata (in un Paese asiatico, con ovuli di una donatrice Ucraina) appositamente allo scopo di abusarne sessualmente³⁸ o quello della piccola concepita in Thailandia da una coppia australiana a cui è stato concesso l'affidamento nonostante le precedenti condanne del padre per abusi su minori³⁹.

Risulta del tutto evidente che un individuo con condanne per pedofilia, o affetto da gravi disturbi psichici o comportamentali, non verrebbe mai dichiarato idoneo all'adozione; allo stato, invece, non pare che un simile *screening* sia previsto in quei Paesi dove la maternità surrogata è consentita.

³⁶ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, E V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, 23 novembre 2012, consultabile all'indirizzo <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3586757/>.

³⁷ M. MAFAI, *La donna-cosa*, pubblicato da la Repubblica il 07.03.2007, consultabile all'indirizzo <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/03/07/la-donna-cosa.html> (ultima visita 16.06.2016).

³⁸ N. BUCCI, *Man pleads guilty to sexually abusing his twin surrogate babies*, <http://www.smh.com.au/national/man-pleads-guilty-to-sexually-abusing-his-twin-surrogate-babies-20160421-goc83m.html> (ultima visita 28.04.2016).

³⁹ M. SAFI, *Baby Gammy's twin can stay with Australian couple despite father's child sex offences*, <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/april/14/baby-gammys-twin-sister-stays-with-australian-couple-court-orders> (ultima visita 26.04.2016).

Ciò appare quanto meno contraddittorio, in quanto se è vero che la legge non può impedire ad un soggetto macchiatosi di gravi reati contro minori di concepire naturalmente un figlio (potendo solamente intervenire *ex post* in caso di comportamenti pregiudizievoli per il minore), essa può invece (e deve) intervenire quando il soggetto in questione intenda diventare genitore attraverso un procedimento che va al di là della mera natura, procedimento che gli affida un figlio non suo, concepito/partorito da altri.

Sotto questo aspetto, la maternità surrogata ha un esito simile a quello dell'adozione, pertanto non sembra irragionevole ipotizzare un analogo sistema di "filtro" delle richieste di accedervi, proprio al fine di evitare che la gestazione per altri diventi uno strumento per aggirare le norme in materia di adozione.

Si deve anche segnalare che, considerato che (com'è noto) *iter* e tempi per adottare un minore sono estremamente gravosi, potrebbe esservi il rischio che una maggiore facilità nell'accesso alla surrogazione di maternità ne favorisca la diffusione a scapito dell'adozione, con un evidente pregiudizio per i minori abbandonati in Italia e soprattutto all'estero.

Ad una più attenta analisi, peraltro, sembra di poter dire che la surrogazione di maternità (così come, in certa misura, la fecondazione eterologa, e ogni combinazione delle due pratiche di PMA) trovi le sue radici in una mentalità ben diversa da quella che fonda l'idea stessa dell'adozione: mentre infatti l'adozione è un rimedio volto a dare una famiglia ad un minore che ne è privo, le procedure di PMA sono volte a dare un figlio a dei genitori che lo desiderano, nell'ottica di quel "diritto alla procreazione" che (avvallato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza che ha eliminato il divieto di fecondazione eterologa) rischia di trasformarsi in un "diritto al figlio" ad ogni costo, con il grave pericolo di trasformare il (futuro) figlio da soggetto di diritti a oggetto di un diritto di altri.

Occorre vigilare attentamente, affinché il legittimo desiderio di realizzare le proprie aspirazioni ad una vita affettiva e familiare soddisfacente non si traduca in un arretramento rispetto alle conquiste di civiltà che hanno portato al riconoscimento del superiore interesse del minore come principio cardine del diritto.

5. Surrogazione di maternità e dignità della donna

Un punto centrale della discussione sulla c.d. gestazione per altri è se tale pratica possa essere considerata compatibile con il pieno rispetto della dignità della donna.

Occorre innanzitutto considerare che la *surrogacy* espone la gestante ad una serie di rischi non irrilevanti per la sua salute⁴⁰, rischi di cui non sempre la donna viene adeguatamente informata, soprattutto quando si tratta di una persona con un basso livello di istruzione e che vive in un Paese in via di sviluppo; non solo, ma vi è un reale rischio di sfruttamento delle donne da parte di partner e/o di organizzazioni senza scrupoli, attratti dai profitti creati dal mercato internazionale della P.M.A.

Anche nei Paesi più sviluppati, dove le condizioni della donna sono migliori e dove sono meno probabili casi estremi di sfruttamento, si deve comunque rilevare che vi è, in genere, una disparità socio-economica non irrilevante tra committenti e gestanti.

⁴⁰ Per una sintesi, si veda <http://www.cbc-network.org/pdfs/What-is-Wrong-with-Surrogacy-Center-for-Bioethics-and-Culture.pdf> (ultima visita 29.04.2016).

Un interessante studio (di taglio prettamente economico) sui diversi fattori che influiscono sul “mercato” dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti⁴¹, evidenzia tra l'altro come la maggior parte delle coppie committenti abbiano un buon livello di istruzione (il 91% ha frequentato il *college*, il 54% una *grad school*) e un buon livello di reddito (per il 64%, superiore a 50.000,00 dollari), mentre l'83% delle surrogate guadagna tra i 15.000,00 e i 50.000,00 dollari l'anno e solo il 39% ha frequentato il *college* (solo il 4% una *grad school*). Lo studio evidenzia come i compensi previsti per le gestanti (da 10.000,00 a 15.000,00 dollari, ma abbiamo visto che altri studi⁴² riportano dati differenti) non siano abbastanza elevati da costituire l'unica motivazione che spinge le donne a prestarsi come surrogate, ma siano sufficientemente elevati da rafforzare il convincimento di donne mosse da motivazioni altruistiche. Altre fonti⁴³ riportano che «the profile of a typical surrogate is a stay at home mom or part-time worker looking to contribute to her family's income, which is usually under \$60,000 a year».

Non è da escludere che anche un compenso non molto elevato possa essere sufficiente a motivare una donna che si trovi in una condizione di particolare difficoltà economica; non si può considerare del tutto irrilevante, inoltre, che tra le parti vi sia comunque, generalmente, una disparità non solo socio-economica ma anche culturale, che influisce sulla concreta capacità della parte “debole” (la surrogata) di valutare tutte le implicazioni, sia medico-sanitarie che legali, del contratto che sta stipulando.

Ecco allora riaffacciarsi il rischio che quella che viene talvolta rivendicata come una scelta di autonomia e libertà della donna possa invece trasformarsi in un'ulteriore occasione di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile.

Se ne erano, per la verità, accorte già verso la fine degli anni '80 alcune femministe americane,⁴⁴ le quali sottolineavano come le madri surrogate rischiassero di essere sfruttate, disumanizzate e ridotte a mere *commodities* nel mercato della riproduzione.

Non solo, ma a livello antropologicamente più profondo, quando a fare ricorso alla maternità surrogata sia un uomo single o una coppia di uomini, si assiste ad una totale rimozione del ruolo della madre e la donna viene ridotta a strumento per “dare figli” a figure esclusivamente maschili⁴⁵, con un forte rischio di svilire la dignità della figura femminile nella sua specificità e dignità, rendendola facilmente “sostituibile”: la femminista francese Geneviève Duché, ad esempio, arriva a paragonare la gestazione per altri alla prostituzione, sostenendo che siano entrambe «le produit de cette ancienne,

⁴¹ C.E.C.P. ZIL, *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, p. 22, consultabile all'indirizzo <http://econweb.ucsd.edu/~v2crawford/Zil06Essay.pdf>.

⁴² M. GUGUCHEVA, cit., p. 26.

⁴³ C. WHITE, *Surrogate Parenthood For Money Is A Form Of Human Trafficking*, Forbes, aprile 2014, consultabile all'indirizzo <http://www.forbes.com/sites/realspin/2014/04/04/surrogate-parenthood-for-money-is-a-form-of-human-trafficking/#130b88995749> (ultima visita 16.06.2016).

⁴⁴ J.F. SULLIVAN, *Brief by Feminists Opposes Surrogate Parenthood*, The New York Times, 31.07.1987, consultabile all'indirizzo <http://www.nytimes.com/1987/07/31/nyregion/brief-by-feminists-opposes-surrogate-parenthood.html> (ultima visita 16.06.2016).

⁴⁵ GLOSSWITCH, *The feminist history of surrogacy: should pregnancy give a woman rights over a baby?*, <http://www.newstatesman.com/politics/2015/05/feminist-history-surrogacy-how-much-right-should-pregnancy-give-woman-over-baby> (ultima visita 16.06.2016) sottolinea il rischio di «reinforce the age-old tradition of downplaying women's contribution to the creation of life while exaggerating men's».

très ancienne appropriation du corps des femmes par les hommes sur laquelle s'appuie le patriarcat et la domination masculine. Elles sont le contraire de la liberté et de l'autonomie des femmes. Elles s'inscrivent dans leur assujettissement et leur assignation au plaisir des hommes, qu'il soit plaisir sexuel ou celui d'être père sans femme». ⁴⁶ Duché cita Carole Pateman ⁴⁷, secondo cui la donna che stipula un contratto di maternità di sostituzione è remunerata non per aver portato in grembo un bambino, bensì per aver fornito a un uomo un "servizio" tramite l'uso del suo utero, ridotto ad un mero ricettacolo vuoto, suscettibile di essere ceduto. Ecco allora che in quest'accezione torna adeguata l'espressione "utero in affitto" (altrove considerata poco "politicamente corretta").

Altre studiosi ⁴⁸ hanno rilevato che la «surrogacy is likely to increase the commodification of all women», pur interrogandosi se non sia opportuno prevedere contratti legalmente applicabili per tutelare quelle «poor women with few economic options», per i quali la surrogazione potrebbe rappresentare un'opportunità economica, evitando che vengano sfruttate.

Un altro aspetto da tenere in considerazione è che gli accordi di maternità surrogata non si limitano a prevedere la "messa a disposizione" dell'utero della gestante, ma regolano in modo molto pervasivo la sua vita nel corso della gravidanza, giungendo a limitarne la libertà personale con modalità che appaiono poco compatibili con la dignità della donna.

Il quotidiano "Avvenire" ha di recente pubblicato un contratto firmato in una clinica dell'Est Europa e che si ha effettivamente portato alla nascita di un bambino ⁴⁹. Tale documento (una sorta di contratto-standard, simile a quelli in uso in molti Paesi) dimostra come questo genere di contratti siano molto dettagliati e stringenti per la donna, con una serie di prescrizioni riguardanti il luogo di residenza, i contatti con la coppia committente, lo stile di vita, l'alimentazione, le cure mediche etc. a fronte di un solo obbligo da parte dei committenti, ovvero quello di pagare il compenso pattuito. Obbligo che, peraltro, decade se il bambino nasce con «malformazioni fisiche o mentali causate da un comportamento colpevole della madre»; è facile immaginare che, in caso di problemi di salute del figlio, possa essere agevole per i committenti attribuirne la responsabilità alla gestante.

Non solo, ma questo tipo di contratti prevede, in genere, la possibilità per i genitori committenti di "ordinare" di fatto alla donna di abortire in caso di malformazioni o patologie oppure addirittura a discrezione del committente, con l'alternativa per la donna, in caso di rifiuto di abortire, di doversi fare carico del nascituro o abbandonarlo e probabilmente di ritrovarsi a pagare penali e indennizzi ⁵⁰; tutto ciò risulta in palese contrasto con l'autonomia della donna nelle scelte concernenti la salute riproduttiva.

⁴⁶ G. DUCHÉ, *Abolition de la GPA et de la prostitution, même combat contre le patriarcat*, consultabile al sito <http://sisyphe.org/spip.php?article5252> (ultima visita 10.06.2016).

⁴⁷ C. PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Editions La Découverte, Textes à l'Appui, Parigi, 2010.

⁴⁸ M.E. BECKER, *Four Feminist Theoretical Approaches and the Double Bind of Surrogacy*, University of Chicago Law School, 1993, consultabile all'indirizzo http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11455&context=journal_articles.

⁴⁹ V. DALOISO, "Così si sfrutta una madre surrogata", *Avvenire*, 06.03.2016.

⁵⁰ Per un caso esemplificativo, si veda S.J. EVANS, *Hired surrogate pregnant with triplets is threatened with financial ruin by the babies' father unless she has one of the fetuses aborted after he paid her \$33,000*, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3333318/Surrogate-pregnant-triplets-claims-babies-father-demanding-one-fetuses-aborted.html> (ultima visita 29.04.2016).

Rilievi analoghi hanno spinto, nel febbraio del 2016, femministe del movimento “Stop Surrogacy Now” e attiviste per i diritti umani da ogni parte del mondo a riunirsi a Parigi per firmare la “Carta per l’abolizione universale della maternità surrogata”⁵¹ rifiutando la mercificazione del corpo delle donne e dei bambini e chiedendo ai Paesi europei di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e del bambino di cui sono firmatari e di opporsi fermamente a tutte le forme di legalizzazione della maternità surrogata sul piano nazionale e internazionale.

Si tratta di una presa di posizione molto netta, che non dovrebbe essere ignorata dal legislatore che voglia intervenire a disciplinare la materia.

6. Il nuovo volto della genitorialità può essere considerato ancora un volto umano?

«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 in tesa in senso naturalistico, un’inedita separazione tra le figure della madre generica (colei che mette a disposizione gli ovociti) e della madre uterina o biologica (colei che porta avanti la gestazione e partorisce il figlio): figure, quelle anzidette, che si affiancano a quella della madre “committente” o sociale (vale a dire colei che ha espresso, insieme al proprio partner, la volontà di assumere in propri e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato)»: quest’efficace sintesi di Bartolo Salone⁵² illustra chiaramente come la maternità surrogata (come e più delle altre tecniche di procreazione medicalmente assistita), lungi dal limitarsi a fornire agli aspiranti genitori nuovi strumenti “tecnici” per realizzare i propri progetti di vita affettiva e familiare, vada a ridefinire il concetto stesso di maternità, destrutturando l’identità materna fino a configurare (nella figura della madre genetica ma non gestante) una sorta di “paternità femminile”, con implicazioni tutt’altro che di poco rilievo anche dal punto di vista psicologico.

Giustamente è stato osservato in dottrina⁵³ che «la maternità, che in passato era vista come un “gioco a due”, passa oggi ad essere un gioco con tre partecipanti, mutamento delineato dalla possibilità, dovuta al progresso medico scientifico, di scindere la maternità stessa nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali (...) una tale possibilità ostacola quel principio tradizionale secondo cui *mater semper certa*, come conseguenza dell’identificazione naturale della madre in colei che partorisce»

La “gestazione per altri” soprattutto se praticata servendosi di gameti estranei alla coppia committente, non solo va a incidere sull’idea stessa di maternità ma, di fatto, cambia completamente il presupposto della responsabilità genitoriale, che finisce con l’essere attribuita non più sulla base del fatto storico e biologico della procreazione, bensì sulla base della volontà.

⁵¹ Consultabile in italiano all’indirizzo <https://abolition-gpa.org/charte/italiano/> (ultima visita 29.04.2016)

⁵² B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 159.

⁵³ C. CHINI, op. cit.

Alcuni autori⁵⁴ giustamente osservano che, nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il criterio di riferimento non è più soltanto il dato biologico, bensì il “principio di responsabilità procreativa”, per cui responsabile del figlio è chi ha tenuto un comportamento tale da provocarne la nascita, eventualmente anche servendosi di tecniche di riproduzione artificiale: per cui, ad es. l'uomo che abbia dato il consenso alle procedure di fecondazione eterologa non ha più, ai sensi della L. 40/2004, la possibilità di disconoscere la paternità, poiché il suo consenso “tiene luogo” del rapporto naturale con la madre.

Tale ricostruzione è naturalmente corretta; tuttavia, a parere di chi scrive, è necessario tenere conto anche dei mutamenti culturali prodotti dalla progressiva diffusione delle tecniche di P.M.A.: nell'opinione corrente sembra affermarsi l'idea per cui non è più genitore chi genera (attraverso il legame biologico o la gestazione e il parto), ma chi desidera, vuole, manifesta la volontà di essere riconosciuto come tale.

Una genitorialità non più fatta “di carne”, quindi, ma “di pensiero”, di volontà, con il rischio di trascurare i fondamentali aspetti “materiali” insiti nei legami biologico-affettivi e di sangue⁵⁵.

Una tale *forma mentis* rischia di produrre, paradossalmente, effetti contrari a quelli auspicati da chi ha formulato il principio di responsabilità procreativa.

Se, infatti, genitore è solo chi consapevolmente sceglie di diventarlo, che cosa impedirebbe a chi diventa genitore “per sbaglio” di rifiutare l'assunzione di ogni responsabilità? Se alla base della genitorialità c'è la volontà e non la biologia, che cosa impedisce ad una coppia che si avvale della maternità surrogata di “cambiare idea” e non farsi carico del bambino una volta nato?

Possono sembrare ipotesi azzardate, ma casi analoghi sono già stati oggetto dell'attenzione dei media in Paesi dove la maternità surrogata è ormai diffusa. Si cita, a titolo meramente esemplificativo, il caso di una nota conduttrice televisiva americana che, dopo aver stipulato, d'intesa con il marito, un accordo di maternità surrogata (con ovodonazione), in seguito all'insorgere di una crisi coniugale che ha portato al divorzio ha rifiutato di assumersi ogni responsabilità nei confronti del bambino che nel frattempo era venuto al mondo⁵⁶.

Ebbene, a parere di chi scrive pare quanto meno preoccupante che possa affermarsi un'idea di genitorialità *on demand* che consenta agli adulti di affermare o negare il proprio status di madre o di padre a seconda dei propri desideri e aspirazioni, indipendentemente dal fatto di avere (naturalmente o mediante PMA) contribuito a generare una nuova vita.

Senza contare che in molti contratti di maternità surrogata, come nel modello già sopra citato⁵⁷, si leggono clausole secondo cui i genitori hanno «la facoltà di rifiutare i doveri genitoriali nel caso [il figlio] abbia congenite malformazioni fisiche e aberrazioni mentali»; in questo caso il bambino - peraltro malato - a cui la madre surrogata ha già rinunciato per contratto, si ritroverebbe abbandonato dai genitori committenti, presumibilmente in qualche istituto dell'Est europeo non esattamente noto per

⁵⁴ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 173-174.

⁵⁵ Così ancora B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, p. 183.

⁵⁶ N.H. SODOMA, *Surrogacy & Sherri Shepherd: A Troubling Case*, http://www.huffingtonpost.com/nicole-h-sodoma/surrogacy-sherri-shepherd_b_9152642.html (ultima visita 29.04.2016).

⁵⁷ V. DALOISO, op. cit.

i suoi elevati standard di assistenza. Si rammenta il caso di “Baby Gammy”, il piccolo nato da una coppia australiana e da una surrogata thailandese, che i genitori committenti avrebbero rifiutato perché affetto da sindrome di Down (mentre hanno puntualmente “ritirato” la gemella sana)⁵⁸; in quel caso, il bambino è rimasto affidato alla madre surrogata. Il rischio, insomma, in un'idea di genitorialità che è tale perché “voluta”, è di aumentare il rischio che a subirne un pregiudizio sia chi non è (o non è più) desiderato.

In conclusione, questo contributo non ha certo la pretesa di risolvere, in poche pagine, i molti e delicati problemi sollevati dalla c.d. gestazione per altri; tuttavia sembra di poter dire che la materia merita un attento e scrupoloso esame che tenga conto di tutte le possibili implicazioni, non solo giuridiche, ma anche etiche e culturali, in particolar modo con riferimento a quello che dovrebbe essere sempre l'obiettivo primario, ovvero la tutela degli interessi dei minori coinvolti.

⁵⁸ *Bimbo down scartato dai genitori. La madre surrogata: «Rifiutato»*
http://www.corriere.it/esteri/14_agosto_04/neonato-down-separato-gemello-madre-surrogata-rifiutato--03d06ba-1bd5-11e4-91c9-c777f3f2edee.shtml (ultima visita 29.04.2016)

La gestazione per altri: prospettive di diritto interno

Alessia Valongo*

ALTRUISTIC SURROGACY: ITALIAN LAW'S PERSPECTIVES

ABSTRACT: The overview of practical experiences regarding surrogacy is very various, thus implies different legal choices in order to respect the principle of equality. The multiplicity of situations should induce the Italian lawmakers to address the issue in a new perspective, as the complete prohibition is not a realistic option. Making a comparison with other States, the essay intends to support the idea of a legal regulation regarding parentage between the child born from surrogacy and the commissioning couple in particular contexts. The logic of absolute ban should be abandoned in certain cases, precisely when the woman who wants to become mother cannot gestate the pregnancy. Exceptionally, the rigid legislative model of motherhood should be put aside, adopting a method based on the continuous reference to the fundamental principles of protection of human rights.

KEYWORDS: human reproductive technology; surrogacy; children; parentage.

SOMMARIO: 1. Obiettivo dell'indagine. – 2. La situazione italiana attuale. – 3. Il confronto con alcuni ordinamenti stranieri. – 4. Varietà delle fattispecie concrete ed espansione dell'autonomia familiare. – 5. Limiti alla libertà negoziale nella configurazione di una nuova maternità sociale. – 6. Profili di parziale illegittimità costituzionale del divieto. – 7. Prospettive di regolamentazione della gestazione per altri come atto di solidarietà. – 8. I diritti del nato alla bigenitorialità e alla conoscenza delle proprie origini.

1. Obiettivo dell'indagine

Dal momento in cui risulta avvenuta la prima nascita mediante gestazione per altri, tale tecnica è stata oggetto di acceso dibattito tra gli studiosi del diritto e della bioetica nella letteratura nazionale¹ e in quella straniera².

* Professore aggregato di Diritto della famiglia e dei minori, Università degli Studi di Perugia. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.

¹ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 497; F.B. BUSNELLI, *Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1989; V. FRANCESCHELLI, *Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, p. 1159-1174; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, p. 1011; F.P. SISTO, *Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, pp. 1467-1473; G. FURGIUELE, *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 250; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 113; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, pp. 43-57; ID., *La surrogazione nella maternità*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 826; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino,

La discordia delle opinioni concerne essenzialmente l'idea che una donna (madre surrogata) accetti di partorire un figlio con l'intenzione di non essere madre, ma di dismettere la maternità a favore di altre persone che desiderano diventare genitori (coppia committente o genitori intenzionali).

In Italia le difficoltà maggiori derivano dal fatto che la legge 2004 n. 40, all'art. 12, comma 6, punisce, con una sanzione penale e amministrativa, chiunque compie o organizza il ricorso a qualsiasi forma di surrogazione di maternità; ne vieta parimenti la pubblicità, sebbene sui siti *web* si riscontrino numerosi annunci pubblicitari posti da cliniche straniere che offrono servizi di gestazione per altri o da agenzie specializzate che rintracciano le donne disponibili alla gestazione e curano le pratiche amministrative riguardanti il nascituro. Mentre, da un lato, l'accordo di maternità surrogata è giudicato nullo per contrarietà a norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., d'altro lato, l'ambito applicativo della proibizione è circoscritto alle sole condotte commesse sul territorio italiano. La situazione è complicata dalla mancanza nel nostro Paese di una disciplina positiva che regoli le relazioni familiari tra il nato e coloro che si recano all'estero a realizzare lo scopo procreativo mediante la gestazione per altri e rientrano in Italia con l'atto di nascita del figlio³.

La presente analisi tenta di individuare il discrimine tra un regime restrittivo e uno permissivo della gestazione per altri, focalizzandosi sulla possibilità di consentire a coppie di sesso diverso, in presenza di gravi patologie o di elevati rischi per l'integrità fisica della donna, l'accesso ad una genitorialità nuova, rapportabile, soltanto sotto certi aspetti, alla filiazione adottiva. Esula dall'indagine la questione relativa alle coppie dello stesso sesso, che, riguardando situazioni diverse, richiederebbe un ragionamento differente. Il panorama delle ipotesi prospettabili, infatti, è così variegato che non sarebbe compatibile con il principio di uguaglianza configurare un unico regime giuridico.

Le motivazioni che inducono le coppie eterosessuali a recarsi all'estero sono legate a gravi patologie riguardanti l'apparato riproduttivo femminile, quali l'assenza di utero o la presenza di malformazioni tubariche. Altre cause possono dipendere dalla disabilità della donna non in grado di produrre ovociti in seguito ad interventi chirurgici (si pensi all'isterectomia) o dal fatto che la donna potrebbe conta-

1999, p. 96; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 94; M. SESTA, *La maternità surrogata tra norme etiche, deontologia e diritto giurisprudenziale*, in *Dieci lezioni di diritto civile*, raccolte da G. Visintini, Milano, 2001, p. 87; F. D. BUSNELLI, *Verso una madre "intercambiabile"?*, in *o.u.c.*, 99; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002, p. 21; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 358.

² W. APPLETON, *Modern Family Law, Cases and Materials*, New York, 2006, p. 1107, che riporta agli anni settanta la diffusione della maternità surrogata, fissando all'anno 1976 la redazione del primo formale accordo denominato "*surrogacy arrangements*". Sul dibattito a livello internazionale, si vedano, tra i tanti: M. COLEMAN, *Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction*, in *Cardozo Law Review*, 17, 1996, p. 497; R. SCHUZ, *The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos*, in *The International Survey of Family Law*, 1996, p. 237; M. H. BAUGHMAN, *In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 10, 2001, p. 263; JULIE WALLBANK, *Too Many mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child*, in *Medical Law Review*, 2002, p. 10, 271; V. S. BROWNE - BARBOUR, *Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?*, in *Whittier Law Review*, 26, 2004, p. 429; J. B. REICH, D. SWINK, *Outsourcing Human Reproduction: Embryos and Surrogacy Services in the Cyberprocreation Era*, in *Journal of Health Care Law & Policy*, 14, 2011, p. 241.

³ S. MORTAZAVI, *It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *The Georgetown Law Journal*, 100, 2012, p. 2249; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli (a cura di) *Le persone e la famiglia, Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 4, Torino, 2015, p. 79 ss., in part. 112.

giare il feto con malattie trasmissibili durante la gravidanza. La forte pressione di tali bisogni essenziali induce il giurista a pensare ad una possibile deroga al divieto normativamente sancito: se l'accordo fosse regolato in ipotesi eccezionali nel rispetto dei principi costituzionali, le ragioni di totale avversione alla pratica potrebbero venir meno⁴. Si precisa fin da ora che una pattuizione sulla gestazione per altri sarebbe ammissibile solo se escludesse ogni forma di coazione o strumentalizzazione della gestante e prevedesse la certezza del rispetto dei diritti del nascituro mediante l'assunzione della responsabilità dei genitori intenzionali e la garanzia di conoscenza delle origini.

2. La situazione italiana attuale

In via preliminare, *de iure condito*, preme soffermarsi sulla determinazione dello stato di genitore ogni qualvolta l'attività di surrogazione della maternità sia svolta in violazione del divieto di legge.

Per quanto riguarda l'accertamento della paternità, occorre distinguere due fattispecie nelle quali è particolarmente complesso raggiungere l'obiettivo della costituzione del rapporto di filiazione tra il nato e il padre intenzionale.

Nell'ipotesi in cui la surrogata sia legata da vincolo matrimoniale, la paternità sarebbe ascrivibile, in base alla presunzione di cui all'art. 231 c.c., al marito della stessa, con la conseguenza che il padre intenzionale non potrebbe rimuovere lo *status* di figlio nato nel matrimonio e potrebbe riconoscerlo come proprio figlio soltanto dopo che sia stato ottenuto il disconoscimento da parte della partorientente, del marito o del figlio stesso. L'uomo committente, anche quando abbia fornito il materiale genetico alla gestante, non potrebbe esercitare un'azione di contestazione dello stato di figlio del marito della donna ai sensi dell'art. 248 c.c.⁵ e non potrebbe neppure agire per il disconoscimento della paternità del marito della surrogata; la norma di cui all'art. 243 *bis* c.c., infatti, prevede che la domanda di disconoscimento può essere proposta solo dal figlio, dalla madre e dal marito di lei, ma non da un terzo, anche ove costui sia il genitore biologico del figlio.

Nell'ipotesi in cui la surrogata non sia sposata, il padre intenzionale potrebbe riconoscere il figlio non matrimoniale, a condizione che abbia contribuito con il proprio materiale genetico alla fecondazione; in tal caso, però, non sarebbe soddisfatto l'interesse dei genitori intenzionali, dal momento che la paternità spetterebbe al committente in quanto padre genetico e la maternità resterebbe in capo alla surrogata, con la conseguente applicazione a questi ultimi delle norme del codice civile relative all'affidamento dei figli, all'assegnazione della casa familiare e alle altre disposizioni concernenti i figli

⁴ L. RUBINO, *Rilevanza giuridica degli accordi in tema di fecondazione artificiale*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 211.

⁵ In giurisprudenza, Cass. 10 gennaio 1989, n. 25, in *Foro it.*, 1990, I, c. 959, secondo la quale "il preteso padre naturale del figlio che, nato da madre coniugata, abbia lo stato di figlio legittimo del marito di questa, in forza dell'atto di nascita, non può esperire, per contrastare tale paternità legittima, l'azione di contestazione della legittimità, contemplata dall'art. 248 c.c., poichè questa disposizione avente carattere residuale non trova applicazione con riguardo alle ipotesi in cui si metta in discussione la paternità, che sono compiutamente regolate dagli artt. 235 e 244 c.c., in tema di disconoscimento della paternità, con l'individuazione dei soggetti all'uopo abilitati, da cui è escluso il preteso padre naturale". Nello stesso senso, App. Cagliari 19 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 458; Cass. 25 gennaio 1996, n. 547 e Cass. 24 marzo 2000, n. 3529, entrambe reperibili in <http://www.leggiditalia.it>.

nati fuori del matrimonio (artt. 337 *bis* - 337 *octies*, c.c.)⁶. Quanto all'accertamento della maternità, infatti, il comma 3 dell'art. 269 c.c., basandone la prova sul parto, attribuisce la qualità di madre alla partoriente; ciò sembra escludere la maternità di un'altra donna, anche se il nato discenda geneticamente da lei.

Pertanto, la donna che volesse diventare madre dopo aver partecipato ad un accordo di gestazione per altri, nel sistema italiano potrebbe soltanto chiedere al giudice un provvedimento di adozione particolare ai sensi della lett. b) dell'art. 44, della legge 1983 n. 184 (adozione del figlio del coniuge), se coniugata con l'uomo committente, oppure ai sensi della lett. d) dello stesso articolo (impossibilità di affidamento preadottivo), se con lui convivente. Tuttavia, pur applicando le citate disposizioni normative, che richiedono per il perfezionamento della fattispecie il consenso della surrogata, lo strumento non parrebbe adeguato al soddisfacimento degli interessi coinvolti, in quanto l'adozione in casi particolari crea una situazione giuridica che si aggiunge alla filiazione di sangue, lasciando permanere il rapporto del nato con la donna che lo ha partorito, la quale resterebbe madre agli effetti di legge, sebbene l'adottante assuma le responsabilità proprie di un genitore⁷.

E' evidente che le conseguenze negative che possono prodursi in casi del genere sono legate a complesse questioni di tutela di diritti personalissimi.

3. Il confronto con alcuni ordinamenti stranieri

Dinanzi agli ostacoli che l'ordinamento italiano pone al fenomeno, la presente riflessione si apre a future evoluzioni della legislazione vigente e si basa sul confronto con alcune normative straniere, nella convinzione che la via per rispettare i principi non dovrebbe consistere nel divieto assoluto, ma nell'equilibrio tra istanze fondamentali e nella configurazione, come eccezione al divieto, di una maternità diversa da quella tradizionale, degna di essere tutelata perchè diretta a realizzare l'aspirazione alla genitorialità nel rispetto del preminente interesse del nascituro⁸.

Il fatto che la pratica in questione è ammessa in diversi Stati anche europei dimostra che non è contraria all'ordine pubblico internazionale, in quanto non collide con le esigenze comuni ai diversi ordinamenti statali volte a garantire i diritti e le libertà fondamentali della persona.

⁶ M. DELLACASA, *Maternità e contratto: termini compatibili?*, in I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, L. CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014, p. 239.

⁷ Sul punto, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 317; L. LENTI, J. LONG, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, 2014, pp. 340-341; M. VELLETTI, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione* a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 178.

⁸ In dottrina, per tutti, P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 213. In giurisprudenza, Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 151, con nota di M. DOGLIOTTI, G. CASSANO, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*; in *Giur. it.* 2001, I, p. 300, con nota di R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*; in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199, con nota di E. CAPOBIANCO, M.G. PETRUCCI, *La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale civile di Roma*; in *Giur. merito*, 2000, p. 527, con nota di A.G. CIANCI, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*. Si veda, altresì, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

In Europa la maternità surrogata è spesso vietata⁹, talvolta, tollerata e, talaltra, consentita, mentre è permessa in vari Paesi al di fuori del continente europeo.

Oltre alla Russia¹⁰ e all'Ucraina¹¹, che la ammettono entro precisi limiti, la Grecia¹², con la legge n. 3089 del 2002, contempla la maternità surrogata come mezzo capace di porre rimedio alla sterilità della donna, qualora costituisca l'unica alternativa per avere un figlio e purché un'autorizzazione giudiziale sia rilasciata prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della gestante. La legge greca consente la pratica unicamente a condizione che la donna che porta a termine la gravidanza non fornisca i propri ovociti, considerando imprescindibile l'assenza di un legame biologico tra il nato e la partoriente. Fino al 2014, la coppia richiedente e la donna partoriente dovevano necessariamente avere il domicilio in Grecia (art. 8 l. 3089 del 2002), ma una modifica legislativa (articolo 17, legge n. 4272 dell'11 luglio 2014¹³) ha previsto che, per accedere alla pratica, debbano essere residenti in Grecia o la gestante o la madre intenzionale, ma non necessariamente entrambe, rendendo così più agevole stringere accordi tra cittadini e stranieri.

Nel Regno Unito¹⁴, il *Surrogacy Arrangements Act* emanato nel 1985 è una legislazione particolarmente permissiva, che consente gli accordi tra la coppia committente e la madre surrogata per spirito di solidarietà, purché la procedura avvenga, nel rispetto della legge, in una clinica autorizzata dalla

⁹ Si pensi alla Spagna, alla Francia, alla Germania, all'Austria, alla Svezia, alla Norvegia, alla Danimarca. Con riguardo all'ordinamento spagnolo v. H. CORRAL, *La nuova legislazione civile spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui processi affini*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 79.

¹⁰ Secondo la legge federale russa sugli atti dello stato civile n. 143-FZ del 15 novembre 1997, gli aspiranti genitori, in presenza di un documento della struttura sanitaria attestante il consenso da parte della madre sostitutiva, possono chiedere ed ottenere un certificato di nascita che li indica come padre e madre (art. 15, comma 5). Sul tema, v. K.N. SVITNEV, *Surrogacy and its Legal Regulation in Russia*, *Reproductive Biomedicine Online*, 2010, p. 590, in www.rbmonline.com (ultima consultazione 10/03/2015); O.A. KHAZOVA, *Russia, Five Years of the Russian Family Code: The First Results*, in *The International Survey of Family Law*, 2002, p. 347.

¹¹ Si veda il *Family Code of Ukraine*, consultabile in <http://www.familylaw.com.ua>. Gli aspetti specifici della tecnica vengono regolati dall'Ordine del Ministero della Salute ucraino del 23 dicembre 2008, n. 771.

¹² La maternità surrogata è contemplata dalla legge greca del 2002 n. 3089 sulla riproduzione umana medicalmente assistita, modificata dalla legge n. 4272 dell'11 luglio 2014, reperibile in www.laboratoriobiodiritto.com (ultima consultazione 26/04/2016). Per tutti, in argomento, v. I. KRIARI CATRANIS, *Human Assisted Procreation and Human Rights - The Greek Response to the Felt Necessities of the Time*, in *European Journal of Health Law*, 10, 2003, 271; ID., *Human assisted procreation, donor anonymity and surrogacy in the Greek legal frame*, in *Legal Essays in honour of Prof. Theod. Panagopoulos*, Athens, Sakkoulas, 2011, p. 437.

¹³ Legge 11 luglio 2014, n. 4272, pubblicata in <http://www.laboratoriobiodiritto.com> (ultima consultazione 20/02/2016).

¹⁴ Il *Surrogacy Arrangement Act* fu adottato nel Regno Unito nel 1985 dopo la redazione del *Rapporto Warnock (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology)*, H.M.S.O., London, 1984) da parte della Commissione di indagine sulla fecondazione ed embriologia istituita dal governo inglese allo scopo di regolare la fecondazione assistita e la ricerca sull'embrione. Il *Rapporto Warnock*, così definito dal nome della Prof. Mary Warnock che ha presieduto la Commissione, è reperibile in *Dir. fam. pers.*, 1986, II, p. 1278. Sul tema, v. S. CRISCUOLI, *La legge inglese sulla "surrogazione materna" tra riserve e proposte*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, IV, 1029; B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 524. Nella dottrina straniera, si vedano: S. CRETNEY, *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 543; K. HORSEY, *Challenging Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements*, in *Child and Family Law Quarterly*, 22, 2010, p. 449; F. BURTON, *Family Law*, London, New York, 2012, p. 300; M. VIJAY, *Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 2014, p. 200.

Human Fertilisation and Embriology Authority. Questi patti, però, restano non eseguibili in caso di inadempimento fino a quando non intervenga una pronuncia del giudice, la quale può anche essere di contenuto diverso rispetto all'accordo delle parti, dovendo il giudice scegliere sempre, con ampia discrezionalità, quale sia il *best interest* del minore nel caso specifico.

Spostando l'attenzione al di fuori dell'Europa, si osserva che, nello Stato di Israele¹⁵, la *Embryo Carrying Agreements Law* del 1996 ha regolato la maternità in sostituzione come contratto sottoposto all'approvazione dello Stato, purchè i richiedenti siano coppie eterosessuali.

L'esperienza americana¹⁶ adotta, invece, una varietà di soluzioni coerenti con i caratteri strutturali del diritto di *common law*.

Verso una linea di liceità controllata degli accordi di gestazione per altri è orientato per tutti gli Stati Uniti d'America, il Modello di legge uniforme sullo *status* dei nati con fecondazione assistita approvato il 4 agosto 1988 dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*. Negli Stati ove prevale la logica permissiva, i principi applicabili agli accordi di *surrogate motherhood* si traggono essenzialmente dalla disciplina dell'adozione, la quale porta a ritenere accettabili pattuizioni che attribuiscono una genitorialità adottiva, concessa dal giudice dopo adeguati controlli ed in presenza di determinati presupposti favorevoli al nato. Alla base del riconoscimento della facoltà di stipulare simili accordi si pone la tutela del "new umbrella right", del diritto della persona alla *privacy*¹⁷, che include il diritto di procreare delle coppie che non possono avere figli, realizzando interessi quali l'«*individual freedom, fulfillment and responsibility*». Le leggi americane, in gran parte, vietano la corresponsione di denaro come corrispettivo dell'attribuzione della maternità, per evitare lo sfruttamento riproduttivo delle donne vulnerabili e bisognose che potrebbero essere indotte alla pratica per sopravvivere¹⁸.

15 In argomento, v. A. BENSHUSHAN, J.G. SCHENKER, *Legitimizing surrogacy in Israel*, in *Human Reproduction*, 12, 1997, p. 1832, reperibile nel sito: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/12/8/1832.full.pdf+html> (ultima consultazione 5/01/2015); C. SHALEV, *Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, in *Israel Law Review*, 32, 1998, p. 51; R. SCHUZ, *Surrogacy and PAS in the Israeli Supreme Court and the Reports of the Committee on Children's Rights*, in *International Survey of Family Law*, 2004, p. 247; ID., *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, 2013, p. 197.

¹⁶ J.V. FEINERMAN, *Comparative Look at Surrogacy*, in *Georgetown Law Journal*, 76, 1988, p. 1837; MARK A. HALL, IRA M. ELLMAN, *Health Care Law and Ethics*, St. Paul, Minnesota, 1990; H.D. KRAUSE, *Cases, Comments and Questions on family law*, St. Paul, Minnesota, 1990; A. WERTHEIMER, *Exploitation and Commercial Surrogacy*, in *Denver University Law Review*, 74, 1997, p. 1215; A. GARRITY, *A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana*, in *Louisiana Law Review*, 60, 2000, p. 809; C. TUININGA, *Ethics of Surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law*, in *Creighton Law Review*, 41, 2008, p. 185; SARAANN C. BENNETT, *There's No Wrong Way to Make a Family: Surrogacy Law and Pennsylvania's Need for Legislative Intervention*, in *Penn State Law Review*, 118, p. 2013, 408; DIANE S. HINSON, MAUREEN MCBRIEN, *Surrogacy Across America*, in *Family Advocate*, 34, 2011, p. 32; M.A. FIELD, *Compensated Surrogacy*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, p. 1155.

¹⁷ J.A. ROBERTSON, *Procreative Liberty and Human Genetics*, in *Emory Law Journal*, 39, 1990, p. 697; ID., *What Does it Mean to be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, in *New York University Law Review*, 66, 1991, p. 353.

¹⁸ M.J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 100, 1987, p. 1849; M. CELESTE SCHEJBAL -VOSSMEYER, *What Money Cannot Buy: Commercial Surrogacy and the Doctrine of Illegal Contracts*, in *Saint Louis University Law Journal*, 32, 1988, p. 1171; M. RYZNAR, *International Commercial Surrogacy and Its Parties*, in *John Marshall Law Review*, 43, 2010, p. 1009.

In California è prevista una surrogazione commerciale, con il solo limite che le somme pagate non debbano rappresentare il mezzo di sussistenza per la surrogata: in questi termini, il *Family Code* del 2013¹⁹ permette alla coppia committente di ottenere un *parental order* di attribuzione della genitorialità, sempre nel rispetto di determinate condizioni normative. La sentenza che dà luogo al nuovo *status* può intervenire sia prima che dopo la nascita e stabilisce che la partoriente non è la madre e non ha diritti e doveri nei confronti del nato, mentre i due *partners* sono considerati i genitori fin dal momento della nascita. Anche la legge della Florida del 2008²⁰ garantisce la formazione del rapporto di filiazione con un provvedimento del giudice e considera essenziali ai fini dell'attribuzione delle qualità genitoriali l'assunzione di responsabilità da parte della madre intenzionale e il legame genetico con il padre intenzionale. Fin dal 1989 lo Stato dell'Arkansas ha approvato una legge²¹ in base alla quale, nell'ambito di un procedimento giudiziale, l'uomo che pone a disposizione i gameti per la fecondazione e sua moglie sono riconosciuti come i genitori del nato dalla surrogata, anche nel caso in cui il figlio non sia geneticamente legato alla madre intenzionale.

In Canada²², il *Assisted Human Reproduction Act* del 2004 contempla la maternità surrogata solidaristica, aperta anche alle coppie *same sex*.

Analogamente, in Sud Africa, il *Children's Act* del 2005²³ permette alle coppie *gay* e ai *single*, purché domiciliati in quello Stato, di accordarsi con una donna affinché attui una gestazione per altri a scopo altruistico.

Da uno sguardo di insieme degli Stati che regolano la pratica in esame risulta che, mentre in passato l'accordo interveniva per lo più tra la coppia committente e la partoriente, ora il fenomeno ha assunto connotazioni differenti, prospettandosi come un patto stipulato tra i genitori intenzionali e il centro medico, che pone gli stessi in contatto con la gestante.

4. Varietà delle fattispecie concrete ed espansione dell'autonomia familiare.

Se si confronta il contenuto dell'art. 12, comma 6, della l. 2004 n. 40 con i principi che fondano l'attuale impianto della legge come rimodellato dagli interventi della Corte costituzionale (v. senten-

¹⁹ California *family code*, section 7960-7962, in www.leginfo.ca.gov. (ultima consultazione 20/02/2016). Al riguardo, si veda D. E. LAWRENCE, *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, in *Golden Gate University Law Review*, 1991, 521.

²⁰ Florida Statute 2008 (FS) 742.14, in <http://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2012/742.14> (ultima consultazione 20/02/2016).

²¹ La legge dell'Arkansas, n. 647 del 17 marzo 1989, è reperibile nel sito <http://www.arkleg.state.ar.us> (ultima consultazione 20/02/2016).

²² L'Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2) è reperibile in <http://laws-lois.justice.gc.ca/>. Riguardo alla legge canadese in materia, v. R. RUPARELIA, *Giving away the "gift of life": surrogacy and the canadian assisted human reproduction act*, in *Canadian Journal of Family Law*, 23, 2007, p. 12; U. OGBOGU, *Reference re Assisted Human Reproduction Act and the Future of Technology-Assisted Reproduction and Embryo Research in Canada*, in *Health Law Journal*, 19, 2011, p. 153.

²³ Il *Children's Act* del 2005, più volte emendato, è reperibile in www.justice.gov.za/legislation (ultima consultazione 20/02/2016). Per l'analisi della legge vigente in Sud Africa sulla maternità surrogata, v. D. MEYERSON, *Surrogacy Agreements*, in *Acta Juridica*, 1994, pp. 121-145; L. MILLS, *Certainty about Surrogacy*, in *Stellenbosch Law Review*, 21, 2010, p. 429.

ze n. 151 dell'8 maggio 2009²⁴ e n. 162 del 10 giugno 2014²⁵), non è arduo avvedersi che la proibizione assoluta non è in linea con l'attuale assetto normativo, non più fondato sulla preminente tutela dei diritti del nascituro. L'assolutezza del divieto non risponde, infatti, alle esigenze diffuse nella società contemporanea e alla variabilità e peculiarità delle fattispecie concrete²⁶.

La fattispecie più interessante è quella che si verifica allorchè, su incarico della coppia che fornisce il materiale genetico per la formazione dell'embrione, si procede alla fecondazione della partorientente²⁷. E' la *maternità surrogata per sola gestazione* (c.d. surrogata gestazionale o parziale o utero in affitto), in base alla quale l'embrione formato *in vitro* con i gameti della coppia richiedente viene impiantato nell'utero della donna che si rende disponibile ad accoglierlo, a condurre a termine la gravidanza e ad affidare il neonato ai committenti. In tal caso, si realizza un tipo di fecondazione assistita omologa.

La *maternità surrogata per sola gestazione* può essere collegata ad una tecnica eterologa, quando i gameti non provengono dai genitori intenzionali, ma appartengono tutti a donatori, oppure solo il gamete maschile ad un donatore ovvero solo il gamete femminile ad una donatrice.

Nella *maternità surrogata per concepimento e gestazione* (c.d. surrogata tradizionale o totale), invece, la donna mette a disposizione sia il materiale genetico sia la funzione di gestazione, dichiarando di voler portare a termine la gravidanza a vantaggio dei genitori intenzionali. In tal caso è possibile che il concepimento sia realizzato attraverso una fecondazione *in vitro* o *in vivo*, quest'ultima direttamente nel corpo della gestante, che fornisce gli ovociti e si sottopone ad inseminazione con i gameti dell'aspirante padre. Pertanto la *maternità surrogata per concepimento e gestazione* è sempre collegata ad una forma di procreazione eterologa.

²⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*.

²⁵ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, p. 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*. Per i commenti più attenti, si vedano: A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, 2014, 11, pp. 1-9; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. intern.* 2014, p. 1123.

²⁶ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 604; R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, 2, p. 300; A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI (a cura di) *Le persone e la famiglia*, 4, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2015, p. 3 ss., spec. 24.

²⁷ Sulla *maternità surrogata per sola gestazione*, si vedano, di recente, SHIRDAR, TAL LAZER, S. SWANSON, J. SILVERMAN, C. WASSER, I. SERGEY MOSKOVTSSEV, A. SOJECKI, L. LIBRACH CLIFFORD, *Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program*, in *Human Reproduction*, 30, 2015, p. 345, in <http://humrep.oxfordjournals.org/content/30/2/345.full.pdf+html> (ultima consultazione 16/03/2016). Sulle differenze tra surrogata gestazionale e surrogata tradizionale, v. A. M. HERMAN, *The Regulation of Gestation: A Call for More Complete State Statutory Regulation of Gestational Surrogacy Contracts*, in *Chapman Law Review*, 18, 2014-2015, p. 553.

Le vicende di surrogazione di maternità svoltesi all'estero in violazione della legge italiana²⁸ e le posizioni espresse da parte della giurisprudenza²⁹ inducono a riflettere sull'opportunità di far uscire alcune ipotesi dall'area della clandestinità. Sotto il profilo semantico, sarebbe più corretto parlare di «gestazione per altri», perchè i due termini «maternità surrogata», non paiono pienamente appropriati per spiegare una realtà nella quale l'obiettivo è di assegnare la maternità in capo ad una persona diversa dalla surrogata, appunto, in capo a colei che aspira a diventare madre.

Analogamente al ragionamento che è alla base dei trapianti di organo³⁰, non può escludersi che una persona sia disposta a sacrificare una parte del proprio corpo per produrre benefici alla salute ripro-

²⁸ Sul mancato riconoscimento di effetti giuridici di una gestazione per altri realizzata a pagamento, v. Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*. Si veda anche la nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, p. 471. In tal caso, la Suprema Corte non ha riconosciuto alcuna relazione giuridica tra una coppia di coniugi di Brescia e un bambino nato in Ucraina da una donna che aveva rinunciato alla maternità, consegnando il neonato immediatamente alla coppia, nonostante il rilascio, da parte delle competenti autorità straniere, di un certificato di nascita attestante che i coniugi erano i genitori.

²⁹ Nella giurisprudenza civile, v. Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 532, che riguarda il caso della nascita a Mumbai di due gemelli da madre surrogata con ovociti di donatrice ignota. Il tribunale romagnolo, pur ravvisando la consumazione di un illecito nel comportamento della coppia committente, ha affermato la non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione nei registri dello stato civile italiano degli atti di nascita rispetto all'uomo ai sensi del combinato disposto degli artt. 18 del d.P.R. 396/2000 e 16 della legge 1995 n. 218, basandosi sul diritto costituzionalmente protetto dei minori ad avere come padre colui che si è assunto la responsabilità procreativa e che possiede con essi un collegamento genetico. Quanto alla giurisprudenza penale, la tendenza di parte di essa ad assolvere gli imputati che si recano all'estero per ricorrere alla maternità surrogata per poi fare rientro in Italia con il figlio, lascia trasparire la volontà di dare priorità all'interesse del nato a restare con la coppia che lo ha accolto fin dai primi momenti della nascita e di evitare il successivo traumatico distacco. Si vedano: Cass. pen. 10 marzo 2016, n. 13525, in <http://www.eius.it>, che conferma la sentenza di assoluzione dal reato di alterazione di stato ex art. 567, c. 2, c.p. e dal reato di false dichiarazioni in atti dello stato civile ex art. 495, comma 2, n. 1 c.p.; Trib. Pisa, 19 giugno 2015, in <http://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 20/01/2016), che ha negato la responsabilità penale di una coppia di cittadini italiani, rientrati in territorio italiano con due figli nati grazie ad un procedimento di surrogazione di maternità e di ovodonazione svoltosi in Ucraina. Nel caso di specie, la posizione della donna è stata considerata alla pari di quella dell'uomo, in quanto entrambi sono stati riconosciuti, in base alla legge ucraina, genitori dei neonati, sebbene la donna non avesse fornito alcun apporto biologico o naturale alla procreazione. In senso analogo, il Tribunale di Trieste (sent. 6 giugno 2013, in <http://www.dirittoegiustizia.it>, ultima consultazione 20/01/2016), che ha assolto due coniugi triestini che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata a Kiev ed erano stati imputati del reato di "alterazione di stato", di cui all'art. 567, comma 2, c.p., per aver consegnato all'ambasciata italiana a Kiev, con richiesta di trascrizione presso il Comune di Trieste, i certificati di nascita rilasciati dall'autorità ucraina, nei quali la donna imputata era indicata come madre dei minori.

³⁰ F. MASTROPAOLO, *Profilo civilistico*, in G. BISCONTINI (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli, 1994, p. 29; D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 197-229; *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 495; C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazione di organi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, I, p. 39; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. disc. pubbl. Sez. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 329; A. DE BLASIO, *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, Milano, 2001, p. 86; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 1, La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, p. 165; E. CALÒ, *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, p. 182; P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso*, Padova, 2004, p. 175; V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale "complessità dell'ordinamento" e l'emergere delle "destinazioni solidaristiche"*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di*

duttiva di altre persone. Da un lato, chi dona un organo, perdendo definitivamente una parte di sé, agisce per evitare la morte di un soggetto gravemente malato e, dunque, per salvare una vita già esistente. Dall'altro, la donna che accetta di partorire per conto altrui non si priva definitivamente dell'apparato riproduttivo, ma si sottopone temporaneamente ad atti invasivi sul suo corpo e agisce per far nascere un essere umano e, precisamente, per dare un figlio a una coppia che non può averlo a causa di gravi problemi sanitari.

L'obiettivo perseguito appare nobile e, perciò, i margini di ammissibilità della pratica devono individuarsi nei limiti in cui la condotta della gestante trovi fondamento nella solidarietà volta a rendere effettiva l'autodeterminazione procreativa dei genitori intenzionali qualora la futura madre sia afflitta da sterilità o infertilità totale ed irreversibile. A tale riguardo, è opportuno segnalare che il Rapporto sulla procreazione artificiale umana del Consiglio d'Europa del 1989, pur vietando il commercio di maternità (principio 13) in quanto contrario alla dignità umana, lascia agli Stati la libertà di consentire la gestazione per altri nel caso in cui una donna incapace di sviluppare nel suo utero un embrione si rivolga ad un'amica o parente per realizzare il proprio desiderio di maternità, purchè non vi sia alcun pagamento per la prestazione.

Le riflessioni sul tema si inquadrano nel generale processo evolutivo che ha portato, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale³¹, ad ampliare il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito dei legami familiari, coinvolgendo anche gli aspetti attinenti alla procreazione e alla filiazione³².

La diffidenza verso un'espansione dell'autoregolamentazione nella famiglia non risponde più alla fisionomia attuale della società, ove prevale l'idea di una crescente libertà dell'individuo nell'esercizio dei diritti che attengono alla sfera esistenziale³³. E' lo stesso principio personalistico che informa la Costituzione a lasciare spazio alle scelte dei privati che concernono la salute, il corpo, la psiche, l'identità individuale, la genitorialità, l'affettività.

Palazzo, II, Torino, 2009, p. 675; ID., *I trapianti tra "leggenda", storia e diritto*, in F. DI PILLA (a cura di) *Le Giornate della Bioetica*, Roma, 2010, pp. 303-322.

³¹ Per il superamento della visione statocentrica del diritto, v. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 41; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 64; D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (ultima consultazione 20/12/2015); A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in M. NUZZO (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, I, p. 83.

³² Sul ruolo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia, v., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381. Con riguardo al dibattito concernente il controllo sui negozi volti a regolare rapporti familiari, si vedano: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 198; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494; G. FERRANDO, *L'interruzione della gravidanza tra autonomia della donna e accordo dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 125; E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 277; E. BELLISARIO, *Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali*, in L. ROSSI CARLEO, S. PATTI (a cura di), *L'affidamento condiviso* Milano, 2006, p. 69; F. NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Trattato teorico pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 547; P. STANZIONE, G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, p. 21; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 134.

³³V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Digesto*, IV, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, pp. 430-437; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 174.

Nel campo della filiazione il principio della rilevanza della volontà delle persone coinvolte funge sempre più da comune denominatore delle relazioni createsi in ciascuna comunione di vita materiale e spirituale. Ormai da tempo il diritto ricollega il sorgere del legame genitore-figlio non più soltanto alla relazione sessuale, ma anche al consenso della coppia all'uso delle tecniche sempre più sofisticate di riproduzione assistita. Nella procreazione eterologa, l'instaurazione del rapporto parentale è basata non sulla corrispondenza tra verità legale e verità biologica, ma su una procedura fondata sulla volontà degli aspiranti genitori di assumere il ruolo genitoriale e sul principio di tutela dell'interesse del minore. Posto che il collegamento genetico con i genitori non è più requisito indispensabile per la costituzione dello *status* di figlio, si dubita che il legame naturale derivante dal parto sia l'unico elemento per la determinazione della maternità, ritenendo che vi sia spazio per regolare, in specifiche situazioni, la costituzione del rapporto materno sulla base, sia pure non esclusiva, di un atto di volontà negoziale.

La libertà di diventare genitori attraverso la tecnica medica, quando la via naturale è preclusa per gravi ragioni sanitarie, è una manifestazione del diritto della persona alla tutela della salute intesa come benessere fisico e psichico: non è una pretesa assoluta di generare un figlio ad ogni costo, anche a costo di usare il corpo come una merce³⁴, ma è un diritto fondamentale³⁵ che presenta tanto un contenuto negativo, di rispetto della sfera individuale nei confronti dei privati e verso lo Stato, quanto un contenuto positivo, di pretesa alla realizzazione della persona nei confronti degli organi statuali. Tale diritto è esercitabile esclusivamente in presenza di determinati presupposti che assicurino il contemperamento con una serie di esigenze, prima fra tutte quella della protezione del minore³⁶. Ad individuare le pratiche terapeutiche ammesse non dovrebbe essere il legislatore, ma i medici che possono valutare le peculiarità dei singoli casi sul presupposto della volontà del paziente e assumere le decisioni più appropriate nel corso di un trattamento sanitario sulla base delle più aggiornate conoscenze tecniche e scientifiche³⁷.

A tale proposito si considera piena di significato la circostanza che l'art. 44 del codice deontologico medico vigente, a differenza del codice del 2006 che proibiva ogni forma di maternità surrogata, non

³⁴ G. BELARDELLI, *L'ideologia dei nuovi diritti affronti il concetto di limite*, in *Corriere della Sera*, 24 dicembre 2015, il quale, con riguardo al dibattito sulla maternità surrogata, sottolinea la necessità di porre dei limiti alla sua realizzazione.

³⁵ Di diritto fondamentale a procreare aveva già parlato la Corte costituzionale poco dopo l'approvazione della legge 2004 n. 40, quando, con la sentenza del 28 gennaio 2005 n. 45 (v. nota di G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, 2005, I, p. 337), aveva dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione totale della legge, affermando che essa è diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona e che perciò, una volta approvata, potrebbe essere solo modificata o sostituita dal legislatore con altra disciplina, ma non potrebbe essere puramente e semplicemente abrogata, così da eliminare la tutela precedentemente concessa.

³⁶ A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p. 22; A. GORASSINI, *Procreazione*, (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1971, p. 952; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 94.

³⁷ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 394, con note di A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*, di V. MOLASCHI, *"Livelli essenziali delle prestazioni" e Corte costituzionale: prime osservazioni* e di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*.

prevede più il divieto, quasi a voler indicare che tale proibizione non riflette ormai le attuali esigenze della collettività³⁸.

5. Limiti alla libertà negoziale nella configurazione di una nuova maternità sociale.

Alla luce delle osservazioni svolte, il dettato codicistico che individua la madre sempre in colei che ha partorito deve essere rivisto alla luce dell'evoluzione sociale. Ragionando *de iure condendo*, una nuova nozione di maternità potrebbe essere incentrata non sul dato biologico del parto, ma sull'assunzione di responsabilità procreativa mediante l'espressione di un consenso libero, consapevole e informato.

Sul piano civilistico, si tratta di valutare la congruità dell'assetto degli interessi perseguiti mediante un patto che abbia ad oggetto il concepimento di un figlio per conto di altri e, dunque, la configurazione di una nuova figura di madre fondata sulla volontarietà³⁹.

Non vi è dubbio che le manifestazioni di volontà finalizzate alla gestazione per altri dovrebbero precedere i necessari atti di consenso ai trattamenti medici e agli interventi chirurgici connessi alla fecondazione, alla gravidanza e alla nascita⁴⁰. Si tratta di dichiarazioni negoziali atipiche di natura familiare⁴¹, perchè volte a tutelare esigenze legate agli affetti, attributi attinenti alla sfera più intima, alla

³⁸ Il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Medici potrebbe in questo modo voler anticipare il legislatore, così come è accaduto quando il codice del 3 ottobre 1998 ha precorso la legge sulla tematica della procreazione assistita che richiedeva di adattare i comportamenti dei medici alle mutate esigenze della società e alla realtà scientifica e tecnologica in continuo divenire. La funzione di supplenza della legge è avvenuta principalmente per la capacità della deontologia di adattarsi più rapidamente alle molteplici sfaccettature delle vicende umane e alle trasformazioni del rapporto tra medico e paziente. Sulla funzione "creativa" svolta dalla deontologia e dalla giurisprudenza, sia consentito il rinvio a A. VALONGO, *Deontologia medica e regole di responsabilità alla luce del principio di sussidiarietà*, in M. NUZZO (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 157.

³⁹ Nel senso che la generazione è sottratta all'inderogabilità dei doveri coniugali d attratta alla sfera della libertà della persona, v. P. CENDON, *Commentario al cod. civ.*, 2009, p. 81, che ammette il patto di non concepimento in quanto conforme al principio della "procreazione responsabile" affermato dalla legge 1978 n. 194 e riguardante un aspetto personalissimo della vita di coppia. Nello stesso senso, V. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, p. 314; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, p. 156. In senso contrario, P. MOROZZO DELLA ROCCA, in A.A.V.V., *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 40, secondo il quale il patto di non concepimento sarebbe nullo perchè contrastante con il dovere derivante dal matrimonio di accettare l'eventualità della procreazione e della cura dei figli che dovessero nascere dall'unione.

⁴⁰ L. Bozzi, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 225 ss., in particolare 243.

⁴¹ In generale, sul controllo dell'autonomia negoziale in ambito familiare, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, pp. 968-969; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 73; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 662; A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 93; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 122; A. PALAZZO, *Donazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1991, p. 137; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in C. A. GRAZIANI e I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità*, Milano, 2002, p. 49.

vita e alla salute nella sua più ampia accezione, interessi che sono espressione del potere di governo del corpo e di autodeterminazione della persona⁴².

Di ausilio alla presente ricostruzione è il dato che il nostro ordinamento è aperto alla pluralità delle fonti europee e internazionali e che i suoi valori sono in continuo cambiamento unitamente all'evoluzione dei costumi e ai fatti che si susseguono nella società⁴³. In tale contesto in continuo divenire, si è inclini a riconoscere degni di tutela giuridica accordi personalissimi in precedenza riprovati dalla coscienza collettiva. In questa direzione, valorizzando l'elemento altruistico, la gestazione per altri si prospetta come un negozio gratuito meritevole di approvazione da parte dell'ordinamento giuridico. La ragione pratica perseguita consiste nell'incontro tra il bisogno della coppia di procreare e l'intento solidaristico della partoriente (sorella o altra donna del circolo parentale o amicale⁴⁴) di aiutarla a realizzare l'obiettivo all'interno della famiglia.

Come insegna la migliore dottrina⁴⁵, per formulare un giudizio di meritevolezza di un patto, non è sufficiente un giudizio formale e astratto di liceità o illiceità dello schema, ma occorre analizzare l'accordo in tutti i suoi aspetti, soggettivi (la condizione delle parti) e oggettivi (es. una clausola accessoria), che potrebbero apparire di importanza secondaria e che, invece, incidono sulla realizzazione del risultato finale. L'esito del giudizio, quindi, discende da una valutazione della realtà e delle peculiarità del caso concreto che vengono inglobate nella funzione complessiva dell'operazione negoziale. E' necessario soppesare le finalità realmente volute dalle parti e la rispondenza di tali finalità ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Ove si ammettesse un simile accordo, questo avrebbe ad oggetto la volontà della donna di sottoporsi ad un impianto di embrioni (o ad un'inseminazione *in vivo*) per la conduzione di una gravidanza a vantaggio della coppia, l'espressa assunzione di responsabilità genitoriale da parte della coppia e le modalità della gravidanza e del parto.

La previsione di un versamento di somme a titolo di rimborso anticipato delle spese necessarie per l'intero processo (si pensi al mancato guadagno nel periodo in cui la gestante deve interrompere il lavoro) non muterebbe il titolo gratuito dell'accordo. Il carattere personalissimo delle dichiarazioni contemplate fa sì che i relativi obblighi non possono reputarsi nè esigibili, nè coercibili⁴⁶. Pertanto l'attuazione del negozio dipenderebbe dalla persistente intenzione delle parti di compiere atti conformi a quanto concordato e un eventuale rifiuto di dare esecuzione alle dichiarazioni negoziali dovrebbe essere consentito per la preminenza del principio di libertà personale.

Occorre distinguere, tuttavia, come sarà precisato al par. 8, tra la posizione della gestante, la cui volontà non potrebbe essere coartata nelle decisioni che riguardano la sua persona (es. prosecuzione o

⁴² M. R. MARELLA, S. CATANOSSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, p. 161.

⁴³ In dottrina, per tutti, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, pp. 27-28 e 59.

⁴⁴ Cfr. G. BELARDELLI, *Maternità surrogata, dubbi etici di natura economica*, in *Corriere della Sera*, 11 marzo 2016, secondo il quale "l'unico caso in cui è lecito supporre assoluto altruismo è quello di colei che lo fa per una sorella o una figlia e questo può essere autorizzato".

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., p. 348.

⁴⁶ L'*Human Fertilisation and Embriology Act 1990*, che modifica il *Surrogacy Arrangements Act 1985*, dispone che "Nessun accordo di surrogazione può essere giuridicamente applicabile da o contro una persona che ha partecipato all'accordo stesso".

meno della gravidanza) e la posizione della coppia dei genitori intenzionali che assumono obblighi giuridici prestando il consenso alla procedura; il principio di libera revocabilità degli atti attinenti alla sfera dell'integrità fisica, infatti, deve contemperarsi con i principi della responsabilità per la procreazione e di certezza dello *status* di figlio.

Un'impostazione dottrinale⁴⁷ ammette la possibilità di dedurre parti del corpo in accordi di natura contrattuale, fermo restando il diritto del disponente di recedere dal contratto. La tesi si basa sulla legge sulla donazione di rene da persona vivente (art. 2, l. 26 giugno 1967 n. 458), che prevede non solo il consenso del donatore di organi, ma anche il consenso del destinatario in mancanza del quale non potrebbe farsi luogo all'impianto. In contrario si deve obiettare che lo schema negoziale degli atti di disposizione del corpo si distacca necessariamente dal modello contrattuale, per l'incompatibilità del suo contenuto con quello proprio dei negozi patrimoniali.

Parte della dottrina femminista americana⁴⁸ ha qualificato la concessione di utero per fini di gravidanza come un contratto diretto a regolare «tutte le questioni giuridiche inerenti alla paternità e maternità prima del concepimento». Secondo questa teoria, la gestante, quale prestatrice di «servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali», dovrebbe ottenere un vero e proprio corrispettivo per l'attività riproduttiva svolta nell'ambito di un rapporto definito quale «vendita di servizi di procreazione».

Anche tale ricostruzione non convince. Al consenso della gestante non può attribuirsi la stessa funzione assoluta dall'accettazione di una proposta volta a concludere un contratto, perchè si è dinanzi ad un negozio consensuale riguardanti beni personalissimi. In particolare, appare assolutamente inadeguato il ricorso alla figura della «vendita» perchè, se tale fosse la qualificazione del rapporto, il corpo femminile, la funzione generativa e perfino la nascita di un essere umano sarebbero attratti alla sfera patrimoniale e resi suscettibili di valutazione economica, in aperto contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo⁴⁹. La qualificazione in termini di contratto cozzerebbe con il principio della Carta di Nizza che vieta la commercializzazione di parti del corpo umano e sarebbe

⁴⁷ Tra gli altri, C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, pp. 268-296; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 254.

⁴⁸ C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven and London, 1989; trad. italiana: *Nascere per contratto*, pp. 16, 92, 127, 148 e 158, la quale ritiene sufficiente per la protezione adeguata del bambino che tutte le conseguenze giuridiche della "cooperazione nella procreazione" vengano chiarite "prima dell'inizio della vita fetale" fondando, quindi, il rapporto giuridico genitore-figlio esclusivamente su un patto concluso tra le parti. Cfr. E. JACKSON, *What is a Parent?*, in A. DIDUCK, K. O'DONOVAN (a cura di), *Feminist Perspectives on Family Law*, Abington, Oxon, New Your, 2006, 65; J.A. ROBERTSON, *Assisted Reproduction, Choosing Genes, and the Scope of Reproductive Freedom*, in *George Washington Law Review*, 76, 2008, p. 1490.

⁴⁹ La corresponsione di somme è condannata come "baby selling" e riduzione in schiavitù da G.J. ANNA, *Fairy Tales Surrogate Mothers Tell*, in *Law Medicine and Health Care*, 16, 1988, p. 27; A. VAN NIEKERK, VAN ZYL, LIEZL, *Commercial Surrogacy and the Commodification of Children: An Ethical Perspective*, in *Medicine and Law*, 14, 1995, p. 163. Per uno sguardo comparativo in argomento, v. M.M. ERTMAN, *What's Wrong with a Parentwood market? A new and Improved Theory of Coomodification*, in *North Carolina Law Review*, 82, 2003, p. 1; K.D. KRAWIEC, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, in *Washington and Lee Law Review*, 66, 2009, p. 203; XINRAN CARA TANG, *Setting Norms: Protections for Surrogates in International Commercial Surrogacy*, in *Minnesota Journal of International Law*, 25, 2016, p. 193. Nella dottrina italiana, in generale, v. L. BIANCHI, *Dentro o fuori il mercato? "Commodification" e dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 489.

inaccettabile, comportando una riduzione della persona a merce di scambio lesiva della dignità della donna.

Per ritagliare profili di liceità della pratica in esame occorre, quindi, svincolarla totalmente dalla logica del mercato.

6. Profili di parziale illegittimità costituzionale del divieto.

L'introduzione di una deroga alla regola generale di cui all'art. 269, comma 3, c.c. si reputa compatibile con la nostra Carta costituzionale, che non individua il connotato essenziale della filiazione materna nella derivazione biologica del figlio. Il principio fondante è, invece, la disponibilità ad assumere la responsabilità genitoriale anche indipendentemente dal legame di sangue; tale principio ha trovato espressione nel campo dell'adozione e della procreazione eterologa, ove il titolo della filiazione, basato sul consenso della coppia alla procedura, prevale su quello derivante dal legame genetico⁵⁰.

L'esperienza di molti Stati europei ed extraeuropei attesta la fondamentale esigenza di riconoscere e garantire rapporti genitoriali diversi da quello biologico derivante dal parto. In particolare, quando l'accordo delle parti prevede che i genitori intenzionali sono anche i genitori genetici del nato, la maternità sociale è dissociata soltanto dall'elemento biologico del parto.

In Italia, non può escludersi che i generali principi del personalismo e del solidarismo⁵¹, che impongono la cura dei soggetti più deboli, possano giustificare atti di cooperazione alla genitorialità, qualora l'impegno alla gestazione per altri sia stato liberamente assunto e la vicenda si risolva complessivamente in un vantaggio per il minore. Tale convinzione deriva dall'osservazione della realtà, ove gravi problemi sanitari affliggono donne che non hanno la possibilità di portare avanti una gravidanza con esito positivo, impedendo così anche ai loro *partners* di diventare padri. E' evidente che in queste ipotesi il divieto assoluto posto dall'art. 12, comma 6, della l. 2004 n. 40 si pone in contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., che, proteggendo «la maternità, l'infanzia e la gioventù» e «favorendo gli istituti necessari a tale scopo» (art. 31, comma 2, Cost.), promuove le tecniche che conducono alla nascita di nuove vite umane, purchè adeguatamente protette.

Così ragionando, non si mira a portare all'estremo la libertà individuale della persona, ma a tutelare l'autodeterminazione con riguardo alla salute riproduttiva, ravvisandosi, in caso contrario, un contrasto con gli artt. 13 e 32 Cost. Si mira, nel contempo, a realizzare, nei termini che vedremo nelle pagine seguenti, un controllo pubblico delle pratiche in esame, allo scopo di evitare la clandestinità che aumenta il rischio di abusi, sia a danno del minore, sia a danno della gestante.

In primo luogo, gli abusi possono incidere sul diritto del minore al rispetto della propria identità e della vita privata⁵². Il pericolo per i figli che comunque continueranno a nascere attraverso tale me-

⁵⁰ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, cit., p. 221; Id., *Tradizione e innovazione nel diritto della famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Tratt. dir. fam. Zatti, I, Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 67.

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto alla personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1049; Id., *Principio "personalista", "funzione sociale della proprietà" e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688; F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2010.

⁵² K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 7, 2011, p. 627; Id., *International surrogacy Ar-*

todo, è di vedersi privati del proprio stato di figli di coloro che li hanno voluti come tali e del proprio stato di cittadinanza. Altro rischio per i minori è quello di non vedersi garantita la conoscenza delle circostanze del concepimento e della nascita da una donna che ha acconsentito alla gestazione ed ha consapevolmente rinunciato alla maternità a vantaggio dei genitori intenzionali.

In secondo luogo, gli abusi possono riguardare la dignità della donna, che potrebbe essere lesa se la vicenda fosse compiuta in circostanze tali da mettere in dubbio la sua volontà libera e spontanea. Indice di tali potenziali pregiudizi è la mancata registrazione dei dati personali della donna o delle informazioni sulle motivazioni che l'hanno indotta a generare un figlio per altri.

L'assoluta proibizione si pone, inoltre, in contrasto con il principio costituzionale che vieta ogni tipo di discriminazione. La legge 2004 n. 40, infatti, tratta diversamente persone che si trovano in condizioni analoghe, ossia donne che incontrano gravi limiti nella procreazione e che si differenziano soltanto per il tipo o la gravità di patologia che le affligge: l'una non è in grado di produrre gameti e, per superare il problema, può ricorrere alla procreazione eterologa; l'altra non è in grado di portare a termine la gravidanza e, per superare il problema, non può ricorrere alla gestazione per altri. Posto che il loro limite, di natura diversa, produce la stessa patologia della sterilità o infertilità assoluta, a queste donne non dovrebbe essere riservato un trattamento differente.

Il dubbio di legittimità costituzionale del divieto per contrasto con l'art. 3 Cost. sorge, altresì, con riguardo alla disparità di trattamento delle persone in base alle condizioni economiche, in quanto solo le coppie dotate di sufficienti risorse finanziarie sono in grado di spostarsi verso Stati che hanno normative permissive⁵³. Tra i motivi per i quali la Corte costituzionale ha eliminato il divieto di procreazione eterologa si colloca proprio la discriminazione tra chi poteva permettersi di recarsi all'estero per ottenere le cure e chi, invece, era impossibilitato a farlo per difficoltà economiche. La questione si ripropone anche in questa sede, sollecitando la proposta di una parziale dichiarazione di incostituzionalità del divieto al fine di permetterla nei casi di impossibilità della donna alla gravidanza. Va, tuttavia, chiarito che, per ritagliare alla gestazione per altri uno spazio di legalità, non è sufficiente un intervento della Corte costituzionale, occorrendo una scelta del Parlamento che renda legittima la costituzione di una maternità affettiva che prescindendo dall'elemento fisico del parto. La costituzione di un nuovo *status* di filiazione, più esattamente, non potrebbe che essere il risultato di un procedimento di stampo privatistico e pubblicistico disciplinato dalla legge⁵⁴. La scelta istituzionale

rangements: Legal Regulation at the International Level, 2013, Oxford, Hart Publishing. Nella dottrina italiana, S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interessi del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genus*, 2015, 1, p. 160.

⁵³ In dottrina, sulle relazioni tra turismo procreativo e violazione del principio di non discriminazione in base alle condizioni economiche, v. M.R. SPALLAROSSA, *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle "politiche sociali per le famiglie"*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 243; F. BILOTTA, *Il diritto di famiglia in una prospettiva di riforma*, in B. DE FILIPPIS, F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Milano-Udine, 2009, p. 81; C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione E(s)terologa*, Roma, 2012, p. 33; E. TEBANO, *Maternità surrogata, Le sentenze in ordine sparso sulle coppie che vanno all'estero per aggirare la legge 40*, in *Il Corriere della Sera*, 13 dicembre 2015, p. 23.

⁵⁴ In giurisprudenza, Trib. min. Milano, decreto 1 agosto 2012 e Trib. min. Milano, decreto 6 settembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 712, con nota di F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*.

della politica, pertanto, sarebbe fondamentale per consentire la pratica in esame in presenza di determinate stringenti condizioni⁵⁵.

Un ruolo primario dovrebbe essere assegnato alla struttura sanitaria nell'accertare l'impossibilità della madre intenzionale di procreare e la volontà di assumere la responsabilità genitoriale. Una commissione di esperti dovrebbe vagliare l'idoneità della donna a ricoprire il ruolo di gestante sia dal punto di vista della salute, sia sul piano sociale ed economico, verificando che non vi sia sfruttamento delle sue condizioni di bisogno, ma che sussista la sua libera volontà di cooperare nell'attività procreativa altrui.

L'accoglimento di una simile costruzione sarebbe coerente sia con la promozione del valore della vita umana, sia con la tutela della dignità della donna.

Dati i profili pubblicistici che caratterizzano la formazione di ogni *status* civile, non si potrebbe prescindere dal rilascio di un provvedimento giudiziale di attribuzione della genitorialità da parte della pubblica autorità. Quest'ultima dovrebbe controllare se il consenso delle parti sia stato veramente libero e gratuito, se il minore nasca da un progetto genitoriale, se sia geneticamente collegato ai genitori intenzionali (o almeno al padre intenzionale), se sussista un effettivo rifiuto di maternità da parte della gestante.

Una norma giuridica che, in tal caso, affidi la costituzione del rapporto di filiazione ad una pronuncia di adozione non sarebbe coerente con il nostro sistema, trattandosi di un modello non compatibile con le norme imperative che disciplinano tale istituto. In primo luogo, l'adottabilità richiede un vero e proprio stato di abbandono del minore. Nella gestazione per altri, invece, si realizza l'affidamento definitivo di un minore non abbandonato ai genitori intenzionali, i quali dovrebbero essere allo stesso legati geneticamente. Nell'adozione, manca qualunque vincolo genetico tra adottanti e adottato e si pone rimedio ad una situazione di inidoneità della famiglia d'origine a garantire al minore un'adeguata assistenza morale e materiale. A ciò deve aggiungersi che, nella gestazione per altri, difetta il presupposto per l'adozione da parte della coppia, perchè, ove l'uomo sia geneticamente legato al nato, non potrebbe adottare un figlio già suo.

7. Prospettive di regolamentazione della gestazione per altri come atto di solidarietà

Per le ragioni esposte nei paragrafi 5 e 6, l'accordo di gestazione per altri deve ritenersi invalido se diretto a realizzare un fine illecito quale quello della strumentalizzazione della partoriente, usata come mezzo per far nascere figli a pagamento⁵⁶.

⁵⁵ M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Bio-Law Journal* 2, 2015, p. 89; M.DE BAC, «L'utero in affitto? Una necessità», in *Corriere della Sera*, 20 dicembre 2015, p. 24.

⁵⁶ Esempi di pratiche illecite si osservano in Paesi come la Thailandia, l'India, il Nepal, ove il contesto di povertà e disagio favorisce il rischio di sfruttamento economico del corpo delle donne che si trovano in condizioni di bisogno, impedendo che la scelta di portare avanti la gravidanza per il bene di altre persone possa considerarsi veramente libera e spontanea. Sul punto, v. A. MORRESI, *India: donne umiliate "produttrici" di bimbi*, in *Avvenire*, 31 ottobre 2015, che richiama le storie disumane di donne che vivono in stato di bisogno e vedono la maternità surrogata commerciale come un mezzo di sussistenza. Sul tema, v.; S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in In-*

Per essere meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, dunque, la causa del negozio dovrà ispirarsi, oltre che alla solidarietà sociale, al rispetto della dignità della gestante e consistere esclusivamente nella soddisfazione del bisogno esistenziale di avere un figlio, espresso da una coppia sterile per l'impossibilità fisica di condurre a termine una gravidanza.

La posizione di protagonista che la donna possiede attualmente nella sfera della procreazione, naturale o assistita, e dell'interruzione della gravidanza induce a confermarle tale ruolo con riferimento a quella che potrebbe definirsi «gestazione medicalmente assistita», giungendo ad accordarle la libertà di compiere un atto consapevole di generosità, attraverso il quale porre a disposizione gratuitamente il proprio grembo a vantaggio della coppia che così riuscirebbe a realizzare una delle funzioni più importanti della famiglia. L'ordinamento italiano assegna all'autodeterminazione della donna una funzione centrale in relazione alla costituzione della maternità, in quanto le riconosce una serie di situazioni soggettive esistenziali che inducono la dottrina⁵⁷ a parlare di una sorta di «privilegio della maternità». Si pensi alla facoltà della gestante di dichiarare all'ufficiale dello stato civile di non voler essere nominata nell'atto di nascita del figlio; al diritto di impedire la gravidanza mediante l'uso della contraccezione, di decidere il compimento di diagnosi prenatali o trattamenti medici sull'embrione formato in sede di procreazione assistita; al diritto di interrompere la gravidanza in presenza di determinati presupposti, alla libertà di scegliere il luogo e le modalità del parto. Si pensi alla libertà di donare ovociti a scopo riproduttivo, al potere esclusivo di revocare il consenso all'impianto degli embrioni e di decidere autonomamente se e quando farsi impiantare gli embrioni residuati da precedenti trattamenti.

Questo complesso di norme permette di affermare che non si diventa madre «per destino», perché la sorte ha così stabilito, ma si diventa madre per libera scelta⁵⁸.

Una soluzione analoga a quella qui proposta fu accolta nel parere espresso nel 1985 da una Commissione di studio nominata dai Ministri della giustizia e della ricerca scientifica della Germania federale, presieduta dal Presidente della Corte costituzionale Ernst Benda, dal titolo «Fecondazione in vitro, analisi genomica e terapia genetica» (c.d. Rapporto Benda)⁵⁹. Secondo il parere contenuto nel Rapporto Benda, l'unico modo per attribuire la maternità alla donna committente era il ricorso all'adozione e ciò era possibile in due casi eccezionali: quando la sostituzione di maternità appariva come l'unica alternativa per la sopravvivenza di un embrione non impiantabile e quando, dinanzi

dia, in *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, 2013, reperibile in <http://archpublichealth.biomedcentral.com/> (ultima consultazione 13/03/2016).

⁵⁷ Sulla situazione privilegiata della maternità: A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 55; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 165; ID., *Una singolare fase della maternità tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 83.

⁵⁸ Nel senso che la posizione del genitore è un effetto legale, mediato dalla scelta della persona, che si fonda sulla solidarietà familiare, A. GORASSINI, *La genitorialità come scelta affettiva*, in M.F. TOMMASINI (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, cit., p. 3; E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*, in *o.u.c.*, 11. Sui profili antropologici del concetto di genitorialità come scelta, v. P. FALTERI, F. GIACALONE, *Percorsi di maternità e soggettività femminile*, in *Voci*, 2013, p. 225.

⁵⁹ E. BENDA, *Report Working Group on in vitro fertilization, genom analysis and gene therapy*, a cura di AD HOC COMMITTEE OF EXPERTS ON PROGRESS IN THE BIOMEDICAL SCIENCES, Strasbourg, 1966; V. al riguardo, E. SGRECCIA, M.L. DI PIETRO, *Manipolazioni genetiche e procreazione assistita: orientamenti giuridici e considerazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1390.

all'accertamento medico dell'impossibilità della donna committente di partorire, la terza persona disposta a sostituirla nella funzione di gestazione faceva parte del gruppo familiare della committente. Sulla medesima linea, diversi autori⁶⁰ sostengono l'ammissibilità della gestazione per altri nella quale sono utilizzati per la fecondazione ovociti e spermatozoi provenienti dalla coppia richiedente; ciò perché l'interesse del nascituro alla certezza dello *status* sarebbe adeguatamente soddisfatto dalla circostanza di avere come genitori coloro che lo hanno voluto come proprio figlio e che gli hanno anche trasmesso il patrimonio genetico. I genitori intenzionali sarebbero, dunque, anche genitori genetici.

Nell'ottica di una possibile regolamentazione normativa del fenomeno, la necessità che vi sia una corrispondenza con il corredo genetico della coppia committente è prioritaria, per l'esigenza del minore di individuare i genitori intenzionali qualora questi ultimi rifiutino, dopo la nascita, le funzioni precedentemente assunte in sede di accordo con la gestante (si pensi all'ipotesi di malformazioni del feto). Il padre intenzionale e genetico, avendo contribuito con i suoi gameti alla formazione dell'embrione, resterebbe esposto in perpetuo all'azione di dichiarazione di paternità ai sensi degli artt. 269 ss. c.c. Lo stesso dovrebbe dirsi per la madre intenzionale e genetica: se, infatti, la maternità della partoriente non potesse essere dimostrata per mancanza di mezzi di prova o per la presenza di prove che attestino il contrario (ad esempio, perché esiste un atto di nascita dal quale risulta che la surrogata non è madre), dovrà essere possibile dimostrare la maternità di colei che ha concepito il figlio limitandosi ad offrire il suo materiale genetico.

Coerente con questa impostazione è l'idea di escludere che la gestante per altri concorra alla formazione del patrimonio genetico del nascituro⁶¹. L'apporto dei suoi gameti alla fecondazione dell'embrione, infatti, è contrario all'interesse del nato a non separarsi da colei che ha svolto entrambe le funzioni procreative: quella biologica, che dura nel corso della gravidanza fino al periodo immediatamente successivo al parto⁶², e quella di trasmissione del materiale genetico, che, invece, è destinata a protrarsi per tutta la vita del figlio ed anche dei suoi discendenti.

Accade, talvolta, che l'inabilità fisica al parto della madre intenzionale si accompagni alla sua incapacità di produrre gameti⁶³. Qui, sempre nella prospettiva *de iure condendo*, non sembra vi siano ragio-

⁶⁰ M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale, problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, p. 51; ID., *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 156; R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, "la locazione di utero", diritto dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 638; F. SANTOSUOSSO, *Fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 51; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 100; G. CASSANO, *Verità legale e verità biologica nella maternità surrogata*, in G. BALDINI, G. CASSANO (a cura di), *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, p. 231. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, p. 162.; C. LALLI, *Nessun scelga al posto delle donne sulla maternità surrogata*, in <http://www.internazionale.it>, 10 novembre 2015 (ultima consultazione 15/03/2016).

⁶¹ R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e interesse del minore*, cit., 143; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 754.

⁶² Nella dottrina antropologica si sottolinea l'importanza del *bonding*, ossia del forte attaccamento che si crea tra madre e neonato nelle prime ore e nei primi giorni dalla nascita, che è finalizzata ad avviare in modo proficuo l'allattamento. Sul punto, v. F. GIACALONE, *Il parto naturale tra medicalizzazione e nuove soggettività*, in *Voci, Annuale di Scienze umane*, 2013, p. 275.

⁶³ Un caso di gestazione per altri nel quale soltanto l'uomo committente ha contribuito alla formazione degli embrioni è stato risolto dalla Corte d'Appello di Bari nel 2009 (App. Bari 13 febbraio 2009, in *Famiglia e minori*,

ni plausibili, quando l'inabilità della donna è assoluta e irreversibile, per escludere il ricorso all'impiego di ovociti messi a disposizione da una donatrice anonima, perchè l'obiettivo della gestazione per altri resta quello di far nascere un figlio e di costituire una nuova genitorialità sociale, che, in questo caso, sarebbe fondata sul consenso e sull'intervento del giudice, prescindendo dal legame genetico, oltre che da quello biologico, con la madre intenzionale. Inoltre, non si porrebbe il problema del contrasto della donazione di ovociti con la legge italiana, in quanto la stessa ammette la procreazione eterologa ed esclude espressamente qualsiasi rapporto giuridico tra il nato e il donatore di gameti. Tuttavia, in tale ipotesi, per le ragioni già esposte, legate alla garanzia di accertamento della filiazione nell'interesse del minore, il sacrificio della verità biologica e genetica della maternità dovrebbe essere necessariamente compensato dalla conservazione del legame di consanguineità con il padre intenzionale⁶⁴.

La concezione dell'imprescindibile contributo genetico proveniente almeno dal padre intenzionale, è rafforzata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nel prendere in considerazione vicende di gestazione per altri, ha mostrato di accordare un rilievo decisivo al vincolo di sangue tra il figlio e il padre⁶⁵.

Guida dir., 5, 2009, p. 50, con nota di M. CASTELLANETA, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*). Il fatto riguardava una coppia di coniugi, un cittadino inglese ed una cittadina italiana, la quale, a causa di una grave malattia, era stata sottoposta ad intervento di isterectomia che aveva compromesso la sua possibilità di avere figli. Dato che il *partner* era contrario all'adozione e desiderava diventare padre, la donna, per avere figli riconducibili geneticamente al marito e non potendo attuare la fecondazione omologa mediante propri ovociti, concluse un accordo di maternità surrogata, a titolo gratuito, con una donna inglese. Quest'ultima diede alla luce due bambini, i quali, immediatamente consegnati ai coniugi, furono portati in Italia, a pochi giorni dalla nascita, quali figli naturali del marito. La coppia, trasferitasi con i bambini in Italia, si era separata consensualmente, ma, nel corso del giudizio, si era posta l'esigenza di dare certezza allo *status* dei due figli, i quali risultavano, sul piano formale, figli di madri diverse in Inghilterra e in Italia e la diversa attribuzione della maternità, comportante un doppio rapporto di filiazione nei due Paesi, avrebbe avuto conseguenze negative sul loro equilibrio e la loro crescita. Pertanto la Corte d'Appello di Bari, chiamata a valutare la situazione acquisita all'estero in conformità della legge britannica, ha ordinato la trascrizione dei provvedimenti inglesi considerati idonei ad assicurare la realizzazione effettiva dell'interesse dei due figli minori.

⁶⁴ R. CLARIZIA, *Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità e interesse del minore*, in *Foro it.*, 1989, IV, p. 298; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, cit., p. 754.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11 e Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, in www.echr.coe.int (ultima consultazione 20/02/2016). In merito, v. G. CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (Osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 561; A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 306. Nel primo caso, i ricorrenti erano marito e moglie (*Dominique e Sylvie Mennesson*), cittadini francesi, e *Valentina Mennesson* e *Fiorella Mennesson*, due gemelli nati nel 2000 negli USA, cittadini americani. Nel secondo caso, i ricorrenti erano marito e moglie (*Francesco e Monique Labassee*), cittadini francesi e *Juliette Labassee*, cittadina americana nata negli USA nel 2001. A causa della sterilità della signora *Mennesson* e della signora *Labassee*, le due coppie decisero di ricorrere alla gestazione per altri negli USA. I provvedimenti stranieri, emessi in California, nel primo caso e in Minnesota, nel secondo caso, avevano stabilito che i coniugi *Mennesson* erano i genitori di due gemelli e che i coniugi *Labassee* erano i genitori di una bambina. In Francia le autorità si erano rifiutate di riconoscere i rapporti genitoriali legalmente formati negli Stati Uniti. In particolare, la Corte d'appello di Parigi, con provvedimento del 18 marzo 2010, aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita americani per l'impossibilità di riconoscere la decisione della corte americana che convalidava indirettamente una convenzione di maternità

8. I diritti del nato alla bigenitorialità e alla conoscenza delle proprie origini

Secondo quanto prospettato *de iure condendo* nei paragrafi precedenti, gli effetti giuridici della formazione del nuovo *status* di figlio si producono solo al termine di una procedura di impronta sia privatistica sia pubblicistica, articolata in tre fasi: nella prima, anteriore al concepimento, si ha l'atto complesso basato sulle dichiarazioni di volontà di accedere alla tecnica di procreazione assistita, che sono espresse per iscritto congiuntamente al medico e, precisamente: la dichiarazione di disponibilità alla gestazione da parte della donna e l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte della coppia.

Nella seconda fase, posteriore al parto, all'ufficiale di stato civile è resa la dichiarazione della partoriente di non voler essere nominata nell'atto di nascita, anche se, in nome della tutela del minore (come meglio precisato in seguito), il suo nome dovrà essere indicato e conservato in un separato registro con l'annotazione dell'avvenuta gestazione per altri.

Nella terza fase, si ha la formazione del nuovo stato di filiazione attraverso un provvedimento di controllo successivo dell'autorità giudiziaria⁶⁶, che avrebbe natura di condizione di efficacia dell'intero procedimento.

Restano, tuttavia, nella prima e nella seconda fase, i rischi legati ad un eventuale mutamento di intenzione delle parti, le quali potrebbero non attuare quanto pattuito. La gestante potrebbe non volersi separare dal figlio oppure, all'opposto, la coppia potrebbe rifiutare l'accoglienza del neonato.

Dal carattere di spontaneità e revocabilità degli atti contemplati (inseminazione o fecondazione *in vitro*, sottoposizione ad impianto degli embrioni, parto, affidamento del neonato ecc.) discende che, ove non eseguiti, non potrebbero formare oggetto di esecuzione forzata in forma specifica, ai sensi degli artt. 2930-2933 c.c.⁶⁷ Pertanto i genitori intenzionali, anche nel caso in cui abbiano entrambi

surrogata. Il 6 aprile 2011, la Corte di Cassazione francese aveva rigettato le istanze dei ricorrenti, affermando che la registrazione nel registro francese delle nascite avrebbe attribuito effetti ad un accordo di maternità surrogata contrario all'ordine pubblico interno e nullo secondo la legge francese. La Corte di Cassazione aveva stabilito che non vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dal momento che i minori non venivano privati del rapporto legale materno e paterno riconosciuto dalle leggi americane e non era impedito loro di vivere in Francia con le coppie *Menesson e Labassee*.

⁶⁶ Il provvedimento giudiziale sarebbe analogo all'omologazione giudiziale prevista dall'ordinamento italiano con riguardo all'accordo dei coniugi sull'affidamento dei figli in caso di separazione consensuale (v. art. 158 c.c.), finalizzata al controllo di conformità all'interesse dei minori. Non si tratta di un'autorizzazione giudiziale, che ha sempre natura preventiva, ma di una sorta di approvazione del giudice che effettua un controllo di legittimità sostanziale dell'accordo. In argomento, v. V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Milano, 2002, p. 321; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, Milano, 2003, p. 611. Sulle differenze tra autorizzazione, omologazione e approvazione, v. A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, pp. 283, 295.

⁶⁷ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it*, 1990, I, c. 298, con nota di G. PONZANELLI. I giudici di Monza escludono la possibilità di chiedere l'esecuzione in forma specifica degli obblighi pattuiti e il risarcimento del danno per inadempimento, affermando che l'atto dispositivo del corpo che caratterizza la surrogazione di maternità "non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume". Nella specie, si trattava di un accordo a titolo oneroso.

fornito i gameti per la procreazione, non potrebbero ottenere una condanna della donna all'adempimento e alla consegna del bambino⁶⁸.

La revocabilità della dichiarazione della gestante è fondata sul principio costituzionale che tutela la libertà individuale, secondo il quale il medico non può agire sulla persona dinanzi al suo rifiuto. La volontà della partoriente di non essere madre deve reputarsi revocabile prima, durante e dopo la gestazione, fino all'ultimo istante precedente alla costituzione dello *status* di figlio ed è con l'intervento giudiziale che lo stato civile diventa irremovibile.

Il punto cruciale resta, in conclusione, la presenza della doppia figura genitoriale per garantire al figlio il soddisfacimento del diritto alla bigenitorialità⁶⁹.

Si è visto come il nostro sistema giuridico sia incompatibile con qualsiasi patto che abbia ad oggetto l'obbligo della partoriente di consegnare il neonato alla madre intenzionale, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia fornito il materiale genetico per la fecondazione. Di conseguenza, i successivi atti compiuti dalla donna in osservanza di quanto spontaneamente dichiarato, non potendo qualificarsi come atti di adempimento di doveri giuridici, possono assimilarsi ad atti materiali di esecuzione di obbligazioni naturali ai sensi dell'art. 2034 c.c. L'opinione è stata sostenuta, in dottrina⁷⁰, rispetto agli atti di consenso al prelievo di organi, nei quali si ravvisa l'esistenza di un impegno morale di cooperazione per il bene e la cura della salute altrui. In questa prospettiva, trova una conferma l'incoercibilità del dovere della gestante sia di sottoporsi alla fecondazione assistita, sia di portare a termine la gravidanza, sia di affidare il nato alla coppia.

Diverso è il discorso riguardo ai genitori intenzionali, che devono considerarsi obbligati sul piano giuridico e non semplicemente sul piano sociale, ad attuare quanto previamente dichiarato.

⁶⁸ In senso contrario, C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 143, che considera la donna capace di assumere un impegno relativo alla gravidanza e al parto a beneficio di altre persone, prospettando come rimedio, in caso di un suo rifiuto, l'adempimento coattivo (*specific performance*); pertanto la donna, se non può essere costretta a concepire e a portare avanti la gravidanza, una volta effettuato il parto, sarebbe tenuta a consegnare il bambino alla coppia committente. Infatti, la *Feminist Legal Theory*, identifica il concepimento con il momento nel quale si instaura l'impegno delle parti che cooperano nella riproduzione umana.

⁶⁹ F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e disfarsi del legame. Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, I, p. 57; M. MANTOVANI, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli - Art. 1 Modifiche al codice civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 95; R. DE MEO, *Affidamento condiviso*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, ed. 2009, p. 6; G. FERRANDO, L. LENTI, *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011, p. 263; M. SESTA, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati fuori del matrimonio*, in SESTA, ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012, p. 15; T. AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 6, p. 416 ss.

⁷⁰ Si vedano, tra gli altri, E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto civile. Dizionario del diritto privato*, Milano, 1980, p. 822, il quale configura l'atto di destinazione del rene a scopo di trapianto come adempimento di obbligazione naturale; G. CIANI, *Procreazione artificiale e gravidanza surrogata per spirito di liberalità: il bilanciamento tra libertà di autodeterminazione della donna e best interest del nascituro*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1705; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Diritto privato*, 1999-2000, p. 327 ss., spec. 463; V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale "complessità dell'ordinamento" e l'emergere delle "destinazioni solidaristiche"*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di Palazzo*, II, cit., p. 707. In senso critico rispetto al riferimento alle obbligazioni naturali, A. PALAZZO, *Attività etiche della persona e rapporti civili*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 311.

Nella prassi, specie negli ordinamenti che non prevedono una disciplina della gestazione per altri, si osserva che i fatti si svolgono talora in modo differente da quanto concordato⁷¹. In uno dei drammatici casi riportati nelle cronache internazionali, una coppia australiana aveva revocato l'iniziale volontà espressa nell'accordo, nel momento in cui la gestante thailandese aveva dato alla luce un figlio con una grave malattia⁷². Più esattamente, la donna, dopo aver accettato per sedicimila dollari di sottoporsi alla procedura, aveva scoperto al quarto mese di gravidanza che uno dei due gemelli che portava in grembo era portatore della sindrome di *Down*. Di fronte alla richiesta dei genitori intenzionali di interrompere la gravidanza, la donna, per motivi religiosi, aveva deciso di proseguirla e, dopo il parto, aveva dovuto scontrarsi con il rifiuto della coppia di ogni responsabilità verso il neonato.

Vicende del genere suscitano interrogativi sconcertanti che esigono risposte e testimoniano quanto sia necessario intervenire sul piano normativo, per prevenire e risolvere problematiche connesse alla protezione dei minori, che continueranno a presentarsi in futuro. La gestante dovrebbe sempre poter mantenere il controllo su di sé, decidendo liberamente di ricorrere all'interruzione della gravidanza in presenza dei presupposti di legge. La coppia genitoriale, al contrario, non dovrebbe potersi sottrarre agli impegni assunti, avendo accettato, fin dall'inizio, tutti i rischi legati alla complessa procedura. La gestazione per altri, infatti, non è un patto per la creazione di un bambino «perfetto», ma è un accordo di solidarietà tra persone consapevoli e responsabili che esprimono la propria autodeterminazione allo scopo di risolvere un grave problema riproduttivo di sterilità o infertilità. Rispetto a tale negozio complesso, è fondamentale la valutazione del giudice, che è chiamato ad accertare giudizialmente la maternità e la paternità, ma, se l'accordo sia in contrasto con il *favor minoris*, deve indicare le modifiche da apportare nell'interesse del figlio.

Non può, infine, trascurarsi il bisogno di assicurare al nato il diritto di essere informato sulle sue origini, sia genetiche che gestazionali. La rivelazione dell'identità della gestante non avrebbe mai il fine di ricostituire una maternità ormai definitivamente perduta attraverso il procedimento giudiziale disciplinato dalla legge nel modo sopra delineato. Senza dubbio, la conoscenza delle circostanze della nascita è condizione prioritaria per la costruzione dell'identità, per la formazione e lo sviluppo della personalità del soggetto, il quale potrebbe avvertire, nel corso dell'esistenza, l'esigenza di conoscere la donna che lo ha dato alla luce con l'intenzione di non essere madre, ma «donatrice di vita». In quest'ottica, il fatto di tacere in ordine alla realtà costituisce una condotta potenzialmente lesiva della sfera individuale.

⁷¹ Nel 2012, una coppia australiana, dopo aver firmato un contratto di maternità surrogata con una donna indiana, aveva deciso di non accogliere uno dei due gemelli venuti alla luce, perchè aveva lo stesso sesso del figlio già esistente nella famiglia. Il caso è riportato da L. SCHOEPFLIN, *Utero in affitto, gemellino rifiutato da coppia australiana*, in *Avvenire*, 11 ottobre 2014. Sempre nel 2012, una coppia statunitense pretende l'aborto da una madre surrogata con la quale aveva stipulato nel Connecticut un accordo di natura commerciale; la donna rifiuta di abortire e decide di andare a partorire nel Michigan, dove i problemi economici la inducono ad affidare la figlia ad una famiglia adottiva. In argomento, v. A. MALHOTRA, R. MALHOTRA, *Law and Surrogacy Arrangements in India*, in *International Survey of Family Law*, 2013, p. 151; RAJNI PARMAR, SANYA YADAV, *Surrogacy in India and Socio-Legal Challenges*, in *International Journal of Management and Social Sciences Research*, 5, 2016, p. 2319, in <http://www.irjournals.org/ijmssr/Jan2016/8.pdf> (ultima consultazione 02/04/2016).

⁷² Il fatto è descritto da V. FIZZOTTI, *Caso Gammy per l'Australia imbarazzo globale*, in *Avvenire*, 5 agosto 2014, p. 9.

Per l'assenza di un'identità di *ratio* tra l'adozione di un minore e la gestazione per altri, non è ragionevole immaginare l'estensione a quest'ultima di quanto l'art. 28, comma 7 della legge 1983 n. 184 prevede rispetto alla donna che partorisce nell'anonimato dando il figlio in adozione.

Deve, tuttavia, ritenersi operante il principio dettato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza del 2013, n. 278⁷³, secondo il quale il diritto dell'adottato «a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona». Come per ogni altro individuo, anche per il nato da gestazione per altri, «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».

Nella procreazione eterologa, la regola dell'anonimato della donazione di gameti, sancita dalla legge di Stabilità 2015⁷⁴, porta a ritenere, sulla base dei principi generali in materia⁷⁵, che il figlio concepito col contributo genetico di persone estranee alla coppia genitoriale, pur non potendo conoscere l'identità del donatore, possa, però, accedere ai relativi dati sanitari qualora ciò sia richiesto per gravi motivi legati alla tutela della salute. L'opzione del segreto, fatta propria dal legislatore italiano, trova giustificazione nel fatto che il donatore dei gameti non è mai il «genitore» del nato, neppure per un istante, nel corso della procedura di fecondazione assistita; diversamente, la gestante per altri è giuridicamente la madre al momento della nascita, fino all'intervento del giudice che dichiara lo stato di figlio della madre intenzionale.

⁷³ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278 (in *Fam. dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*), che, rispetto all'ipotesi in cui la madre abbia voluto non essere nominata nell'atto di nascita, ha riconosciuto all'adottato il diritto di conoscere la sua identità prima che siano trascorsi cento anni dalla nascita, attraverso una procedura che, pur assicurando la massima riservatezza della donna, permetta di superare l'irremovibilità del segreto e garantire il giusto temperamento degli interessi in concorso. La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 7, della l. 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede la possibilità di interpellare le donne che al momento del parto hanno dichiarato di voler restare anonime ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 2000 n. 396, al fine di un eventuale ripensamento. La disposizione è stata considerata illegittima per l'irreversibilità della scelta di segretezza compiuta dalla donna, la quale, invece, deve considerarsi libera di decidere se acconsentire alla rivelazione della propria identità o mantenere l'anonimato. L'irreversibilità del segreto è stata eliminata per contrarietà soprattutto all'art. 2 Cost., configurando «una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato». A seguito della dichiarazione di incostituzionalità, l'accesso alle informazioni sull'identità della madre biologica potrà allora essere autorizzato dal tribunale per i minorenni, a seguito di apposita istanza dell'adottato volta a far interpellare la donna che lo ha partorito nell'anonimato secondo modalità tali da garantire la segretezza dell'identità degli interessati.

⁷⁴ La legge di Stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190), pubblicata in G.U. del 29 dicembre 2014, in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, prevede, all'art. 1, comma 298, tra l'altro, che «le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive comunicano al Registro i dati anagrafici dei donatori, con modalità informatiche specificamente predefinite, idonee ad assicurare l'anonimato dei donatori medesimi.»

⁷⁵ Si ricorda che l'art. 93 del d.lgs. n. 196 del 2003, prevede, al comma 3, la comunicabilità, in ogni tempo (prima dei cento anni fissati per il segreto), dei dati relativi all'anamnesi familiare della donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, purché tali informazioni siano non "identificative" della donna e permettano la tutela del suo riserbo attraverso la predisposizione di «opportune cautele».

Al nato da gestazione per altri, quindi, dovrebbe spettare il diritto di conoscere non solo i dati sanitari, ma anche l'identità della donna che lo ha partorito e che, sia pure per un breve periodo, ha rivestito il ruolo di madre. Anche laddove fosse preferita la scelta dell'anonimato, l'irreversibilità del segreto sull'identità della gestante non sarebbe certamente una via percorribile nel nostro sistema, perché precluderebbe la possibilità di instaurare una relazione di fatto, potenzialmente utile sul piano psicologico e sociale, tra il nato e la donna, in netto contrasto con l'art. 2 Cost. La soluzione più idonea a garantire il *favor minoris*, dunque, consiste in una regola di generale trasparenza delle relazioni familiari. In tal senso, la Conferenza di *Hague* sul Diritto internazionale privato afferma come generale imperativo, nell'interesse di tutti i figli, la necessità di conservare in ogni caso le informazioni e i dati riferiti ad ogni partoriente.

Swiagacz

Premessa

In occasione della pubblicazione delle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 84/2016, il Comitato di Direzione ha invitato alcuni Autori a commentare la decisione. Il Focus che segue raccoglie i contributi ricevuti.

Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016

*Carlo Casonato**

ETHICAL SENSITIVITY AND CONSTITUTIONAL TENDENCY. CRITICAL REMARKS ON THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT DECISION NR. 84/2016

ABSTRACT: The article presents and criticizes the ruling n. 84/2016 of the Italian Constitutional Court on the research on “left over” human embryos. In particular, the author focuses on the risk that the approach of the Court will lead “ethically sensitive” issues outside the scope of judicial review of legislation.

KEYWORDS: Biolaw; Embryo research; Human dignity; Judicial review of legislation; Human embryo experimentation.

SOMMARIO: 1. L’insidia delle questioni “eticamente sensibili”. – 2. La sentenza n. 84 del 2016. – 3. L’assenza di un «generale consenso». – 4. L’assenza di principi costituzionali? – 5. Un’altra sentenza era possibile. – 5.1. La tutela solo virtuale degli embrioni non impiantabili. – 5.2. C’è dignità e dignità? – 5.3. Staminali embrionali (ESC) e staminali pluripotenti indotte (iPS). – 6. La regolamentazione di dettaglio ed il paventato vuoto normativo. – 7. Fra super-costituzionalizzazione e de-costituzionalizzazione.

1. L’insidia delle questioni “eticamente sensibili”

La qualificazione di alcune tematiche come “eticamente sensibili” può comportare il rischio di esaurirne l’inquadramento all’interno di parametri di natura unicamente etico-morale; parametri i quali sono tipicamente riconducibili a impostazioni tanto discusse quanto distanti fra loro, se non diametralmente opposte. La riconducibilità in via esclusiva alla categoria dell’“eticamente sensibile” può, allora, impedire che sul tema si ricerchino, ancor prima di trovarli, orientamenti, principi, regole di altra natura: segnatamente, di natura giuridico-costituzionale. La definizione e la regolamentazione di questioni così ricostruite finiscono così per essere lasciate in balia

* *Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento e componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Contributo su invito.*

di ogni e qualsiasi argomentazione (purché plausibile) terminando per essere considerate sostanzialmente indecidibili: su di esse, insomma, sarà lecito dire tutto e il contrario di tutto¹.

Tale rischio pare essersi concretamente realizzato in occasione della dichiarazione di inammissibilità con cui la Corte costituzionale (sentenza n. 84 del 13 aprile 2016) ha deciso, fra l'altro, la questione relativa al destino degli embrioni non più impiantabili (cd. residui o soprannumerari) e, in particolare, al divieto assoluto di condurre su di essi ricerca clinica e sperimentale non finalizzata alla loro tutela.

2. La sentenza n. 84 del 2016

La Corte veniva investita dal Tribunale di Firenze di due distinte questioni.

La prima faceva riferimento all'articolo che prevede, all'interno della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, l'irrevocabilità della volontà all'impianto dell'ovulo fecondato². Tale disposizione presenta profili di evidente illegittimità se intesa letteralmente, imponendo un trattamento medico invasivo in presenza di un intervenuto rifiuto della donna³. Anche in questa occasione, tuttavia, la regola non ha potuto essere oggetto di esame da parte della Corte, visto il carattere «meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza», dovuto al fatto che la ricorrente aveva comunque accettato di portare a termine il trattamento di procreazione assistita.

Dopo aver agevolmente dichiarato inammissibile tale eccezione, la Corte costituzionale è passata a trattare la seconda questione relativa al divieto di condurre ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione che non sia finalizzata alla tutela dello stesso, come disposto dai primi tre commi dell'art. 13 della legge n. 40⁴.

¹ In questa sede, si utilizzerà quindi la formula «eticamente sensibile» con tale significato connotativo. In diversa prospettiva, prevalentemente descrittiva, oltre alla sentenza n. 162 del 2014 della stessa Corte costituzionale, si vedano C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del 'caso Englaro')*, in *Giur. cost.*, 2008, 4069 ss.; M. D'AMICO, *“Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015 (consultato in data 14 giugno 2016).

² Si tratta dell'art. 6, comma 3 ult. cap.: «[I]a volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

³ Sul tema, fra gli altri, si vedano già R. BIN., *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA E C. CASONATO (a cura di), *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli studi di Trento, 2005, 41.

⁴ I 3 commi dell'articolo dispongono:

«1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. 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.

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

Anche su questo punto, la Corte ha concluso per l'inammissibilità, dovuta ad una infondatezza ritenuta evidente della questione.

Le basi di tale decisione possono ricondursi all'interno di due ordini complessivi di considerazioni.

In primo luogo, la Corte rileva la presenza di una insanabile divisione negli approcci etici, giuridici, scientifici e sociali adottati in riferimento a quella che è definita una vera e propria «scelta tragica»⁵. In secondo luogo, non scorge alcun principio di natura costituzionale che possa limitare (nei termini delle «rime obbligate» necessarie per le sentenze additive) o quantomeno orientare (secondo la logica delle additive di principio) la discrezionalità politica esercitata dal Parlamento nell'effettuare un bilanciamento di interessi particolarmente delicato e divisivo («gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche»). In questo senso, inoltre, la Corte ipotizza che una decisione di accoglimento avrebbe dovuto essere accompagnata dalla regolamentazione di una serie di profili particolari la cui decisione è ricondotta in capo alla esclusiva discrezionalità del legislatore.

3. L'assenza di un «generale consenso»

Per quanto riguarda il conflitto fra le diverse impostazioni etiche, giuridiche e scientifiche, in primo luogo, la Corte riprende le principali tesi che si sono affrontate in tema di statuto e destino degli embrioni⁶.

Da una parte, così, si registrano le posizioni di quanti sono a favore della prevalenza degli interessi della ricerca a fronte, da un lato, della «inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili (esistenze "in nuce" destinate all'ibernazione indefinita, prive di una reale possibilità di venire al mondo)», dall'altro, della prospettiva umanitaria riconducibile ai doveri inderogabili di solidarietà dell'art. 2 della Costituzione, i quali potrebbero "nobilitare" l'inevitabile perdita degli embrioni grazie ad un loro impiego nella ricerca scientifica utile al progresso medico⁷.

D'altro canto, vengono ricordate le prospettive che sottolineano la lesione della dignità intrinseca e della soggettività dell'embrione dovuta alla sua distruzione o comunque alla sua considerazione in termini di mero bene oggetto di proprietà; quelle che intendono il principio di precauzione nel senso di imporre studi scientifici alternativi rispetto all'impiego delle cellule staminali embrionali (come quelli che utilizzano cellule adulte riprogrammate); fino alle posizioni che impediscono qualsiasi tipo

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.»

⁵ Il pensiero va a *Tragic Choices* di G. CALABRESI, P. BOBBIT (W.W. Norton & Co., New York, 1978) che pure tratta prevalentemente, in un'ottica di analisi economica del diritto, dei problemi legati all'allocazione di risorse scarse.

⁶ Una aggiornata rassegna dei principali tratti di alcune discipline statali in tema di sperimentazione sugli embrioni umani in R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni umani*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis edizioni, Milano, 2015, 330.

⁷ Si tratta del punto 10.1. del *Considerato in diritto* della sentenza. Su tale ultimo aspetto, riconducibile ad un «diritto compassionevole» o comunque alla rilevanza del principio solidaristico, si vedano in particolare i contributi di A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016) e di A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, entrambi *infra* in questa Rivista.

di ricerca sugli embrioni poiché essi, considerati alla stregua di persone, non potrebbero dare un consenso informato alla sperimentazione né tantomeno essere deliberatamente uccisi (ché non si dovrebbe «equiparare l'«uccidere» al «lasciar morire»»)⁸.

Tale ricostruzione delle diverse impostazioni etiche in tema di statuto dell'embrione, certamente utile all'inquadramento della questione, non pare però costituire un motivo per impedire lo spiegarsi del controllo di costituzionalità; certamente, non lo ha ostacolato in altre occasioni in cui la Corte è intervenuta sia sulla stessa legge 40 che su altri provvedimenti legislativi.

Divisioni analoghe, ad esempio, esistevano, e tuttora esistono, in riferimento ai benefici e agli svantaggi della fecondazione eterologa o alle potenzialità ed ai rischi dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte delle coppie non sterili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Anche in questi casi, si affrontavano posizioni divergenti in tema di diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e di selezione embrionale, ad esempio. Eppure, grazie all'utilizzo di alcuni parametri costituzionali di riferimento (artt. 2, 3, 32 in particolare), la Corte ha adottato incisive decisioni di accoglimento in riferimento sia al primo che al secondo caso⁹. Lo stesso può dirsi per la questione risolta con la sentenza n. 27 del 1975 in materia di interruzione volontaria di gravidanza, così come per altri interventi demolitori in contesti comunque assai divisivi e su cui è unanimemente riconosciuto un ampio spazio decisionale al Parlamento come quelli riferibili al sistema elettorale (per tutte, sent. n. 1 del 2014); non pare dunque potersi sostenere che l'esistenza di una pluralità di posizioni contrapposte a livello scientifico, politico o sociale possa costituire un elemento da cui far discendere un necessario *self restraint* da parte della Corte costituzionale. Anzi, in mancanza di un certo qual dissenso non pare nemmeno possa emergere l'occasione concreta, se non la stessa esigenza di sistema, di un intervento risolutore del giudice delle leggi¹⁰. Un inquadramento delle diverse posizioni in materia, insomma, potrebbe assumere carattere propedeutico rispetto all'esame nel merito, non sostituirsi ad esso impedendone il dispiegarsi.

Quanto dovrebbe fare la differenza rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale di segno interventista, quindi, non dovrebbe riguardare tanto la costante, e in parte inevitabile, assenza di un «generale consenso» sulla questione, quanto la mancanza di principi orientativi di natura costituzionale. E tale profilo porta ad affrontare il secondo dei motivi che conducono la Corte a ritenere la questione inammissibile¹¹.

⁸ Al punto 10.2. del *Considerato in diritto* della sentenza.

⁹ Si tratta rispettivamente delle sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015.

¹⁰ Si veda, in riferimento alla questione delle unioni omosessuali, il contributo di S. PRISCO, *infra* in questa *Rivista*. Il tema si lega alla questione, ampia e complessa, relativa al rapporto fra Costituzione e pluralismo. Fra i molti altri, si veda l'inquadramento che ne danno G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, in particolare 44 ss.

¹¹ Al termine del punto 7 del *Considerato in diritto* della decisione («[e] ciò, evidentemente, esclude la fondatezza della riferita eccezione») la Corte dichiara una infondatezza tanto evidente da condurre ad un giudizio di inammissibilità.

4. L'assenza di principi costituzionali?

La Corte, invece che svolgere una ricerca approfondita in merito alla individuazione di principi costituzionali che, a mio avviso, avrebbero potuto orientare il bilanciamento oggetto della questione stessa, sembra far discendere automaticamente dall'esistenza del dissenso fra le diverse impostazioni ricordate l'intangibilità della discrezionalità del legislatore in tema di destino degli embrioni non impiantabili. Al punto 11 del *Considerato in diritto* della sentenza, così, si passa, in termini che paiono eccessivamente sbrigativi, dalla rilevata assenza di un «generale consenso» sul tema alla esclusione del controllo della Corte sulla discrezionalità esercitata dal legislatore. Tale passaggio non convince soprattutto perché pare nascondere una pregiudiziale rinuncia alla ricerca di quei principi costituzionali che da tempo la stessa Corte ha utilizzato per sindacare i bilanciamenti svolti dal legislatore anche in materie molto delicate come quelle oggetto della sentenza qui in commento¹².

Pare in questo senso riduttivo, ad esempio, ricordare che vi sono posizioni politiche e bioetiche che riconducono all'embrione lo statuto giuridico di persona, senza impostare la questione in termini propriamente giuridico-costituzionali. Come non porsi il problema dell'articolo 1 del codice civile (secondo cui «[l]a capacità giuridica si acquista dal momento della nascita»)? Come non ricordare sia la recente giurisprudenza sia un risalente *leading case* della stessa Corte in cui si è sì riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela del concepito nell'art. 2 della Costituzione, aggiungendo però la necessità di considerare «le particolari caratteristiche sue proprie», per cui, in conclusione, «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»?¹³ E come non richiamare e confermare la concorrenza e talora prevalenza, recentemente affermate dalla stessa Corte, di altri interessi costituzionalmente tutelati come la salute della donna (sent. n. 151 del 2009) o la tutela delle esigenze della procreazione appartenenti alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana» (sent. n. 162 del 2014)? Anche nel più recente caso relativo alla legge n. 40 deciso dalla Corte, la conferma del divieto di soppressione degli embrioni è dovuta non ad una tutela assoluta della

¹² Sui profili di continuità e discontinuità della sentenza in commento, cfr. M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, e V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte Costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, entrambe *infra* in questa *Rivista*. Il tentativo di derivare dal diritto costituzionale tutto il potenziale in termini di controllo di costituzionalità orienta il contributo di C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in questa *Rivista*, I, 2014, 179.

¹³ In merito, cfr. M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *infra* in questa *Rivista*. Per quanto riguarda il precedente costituzionale, si veda la nota sentenza n. 27 del 1975 che sarà poi alla base della legge 194 del 1978 recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza. Anche alla luce di questa decisione, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, Bologna, 2015, 50 ss. tratta del «principio della differenziazione nella tutela penale tra concepito e nato (o nascente)». Per altra diffusa giurisprudenza che ha «negato l'assimilabilità dell'embrione al «concetto di bambino»», si veda L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 173.

loro dignità, ma alla non rintracciabilità di interessi costituzionalmente contrapposti, i quali avrebbero altrimenti potuto condurre all'affievolimento della tutela del concepito e della sua dignità¹⁴.

Nella sentenza qui commentata, invece, la Corte pare rinunciare a priori non solo ad individuare, ma addirittura a ricercare nelle pieghe della Costituzione e della propria giurisprudenza i termini del bilanciamento fra interessi della ricerca e conservazione degli embrioni non impiantabili, riparandosi dietro il facile schermo della novità e del carattere controverso della questione.

5. L'assenza Un'altra sentenza era possibile

In altra, personalmente preferibile prospettiva, si sarebbe potuto cercare, ritrovare e utilizzare una serie di parametri costituzionali da porre alla base di un ragionamento più articolato e persuasivo. Partendo dagli articoli 9 e 33 della Costituzione (che rispettivamente promuovono lo sviluppo della ricerca scientifica e ne fissano un regime di libertà) si sarebbe potuto evidenziare come, nel bilanciamento che la Corte ricostruisce come astratta opposizione fra il «diritto della scienza» e «il diritto dell'embrione», alcuni passaggi logici e profili propriamente costituzionali avrebbero potuto essere approfonditi, al fine di raggiungere una sentenza additiva (almeno di principio)¹⁵ o, quantomeno, di rinforzare, anche in termini monitori, l'apparato argomentativo a supporto della decisione. Vediamone sinteticamente quattro.

5.1. La tutela solo virtuale degli embrioni non impiantabili

In primo luogo, la Corte non pare apprezzare pienamente il fatto che, nel caso in questione, non si tratti di decidere su embrioni *tout court*, sani o malati che siano, ma su embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico. Si tratta, tipicamente, di zigoti, morule o blastocisti, i quali, congelati entro le prime ore o al massimo sei giorni dopo la fecondazione, ben prima quindi che possa svilupparsi una qualche seppur minima traccia di sistema nervoso centrale, non hanno alcuna realistica possibilità di ulteriore accrescimento¹⁶.

Il ritenuto «diritto dell'embrione» opposto all'interesse alla ricerca scientifica sperimentale, quindi, non può in alcun modo configurarsi come una efficace tutela concreta dello stesso, ma si limita, giocoforza, ad una crioconservazione in azoto liquido a 196° sotto zero; crioconservazione destinata a prolungarsi indefinitamente fino a quando verrà interrotta con conseguente distruzione del prodotto della fecondazione. Non si tratta, insomma, di tutelare un destino dell'embrione che possa vedere un qualche sviluppo di natura biologica o cognitiva che possa portarlo alla costituzione di una persona;

¹⁴ Si tratta della sent. n. 229 dell'11 novembre 2015, secondo cui «[n]ella fattispecie in esame, il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista».

¹⁵ Di una possibile sentenza additiva di principio, parlano A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)*; M. D'AMICO, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte Costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, tutti *infra* in questa *Rivista*.

¹⁶ La stria o linea primitiva, ispessimento che si crea lungo la linea mediana del disco embrionario, compare dalla terza settimana dalla fecondazione. Verso essa migreranno le cellule che poi formeranno l'ectoderma, da cui prenderà origine il sistema nervoso centrale.

in ogni caso, il destino degli embrioni non più impiantabili è segnato da un periodo di attesa variamente lungo di ibernazione, seguito da un disfacimento finale¹⁷. La scelta, è stato commentato, è solo «fra due ragioni diverse di distruzione»¹⁸.

Su questa linea, una parte del Comitato Nazionale per la Bioetica aveva avvicinato il prelievo dei blastomeri (ma lo stesso può dirsi per le cellule staminali) dagli embrioni non più impiantabili alla pratica della donazione di organi *ex mortuo*. In un parere dedicato al destino degli embrioni non impiantabili, così, si era rilevato che: «[p]ur restando vitali alcune sue cellule, l'embrione sarebbe morto come individualità biologica, qualora avesse definitivamente perso la capacità di proseguire in maniera integrata, autoregolata e attraverso una progressiva differenziazione cellulare, il suo sviluppo. Di esso resterebbero vitali alcune parti (uno o più blastomeri), ma non avrebbe più vitalità l'intero, in modo analogo con quanto accade nel processo di morte cerebrale, dove restano vitali alcuni organi del corpo del defunto (il cuore, i reni, ecc.), pur essendo possibile ritenere definitivamente distrutto (cioè morto) l'individuo. E se il prelievo e l'utilizzazione di blastomeri vivi da un embrione dichiarato morto può essere paragonabile al prelievo di organi e tessuti da un individuo dichiarato morto, può allora ritenersi eticamente lecita la donazione dei primi alla ricerca»¹⁹.

A fronte di tali considerazioni, la Corte avrebbe potuto – e a mio avviso, dovuto – entrare nel merito del bilanciamento effettuato dal legislatore, interrogandosi con maggiore attenzione e concretezza sulla presunta equivalenza fra un destino comunque a breve termine e in uno stato di crioconservazione degli embrioni non impiantabili e gli specifici interessi costituzionali legati alla ricerca scientifica ed ai possibili sviluppi in termini di salute (*ex artt. 9 e 33, e 32*)²⁰.

Su questa linea, del resto, la Corte si era già mossa in occasione, ad esempio, della sentenza n. 96 del 2015. In quel caso, la Corte dichiarò incostituzionale il divieto assoluto di accesso alla procreazione assistita da parte delle coppie non sterili o infertili a motivo del fatto che a fronte dell'interesse dei portatori di malattie trasmissibili, stava una tutela dell'embrione non effettiva ma solo virtuale: il *vulnus* arrecato al diritto della donna (eventualmente indotta ad un'interruzione volontaria di una gravidanza per lei dannosa) non poteva quindi trovare «un positivo contrappeso, in termini di bilan-

¹⁷ Su questo aspetto, cfr. A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)* infra in questa Rivista.

¹⁸ L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014, 134: «considerato che già esistono migliaia di embrioni crioconservati, la scelta si riduce fra due ragioni diverse di distruzione (la distruzione convenzionale per determinazione di una scadenza e la distruzione per ricerca) e non appare soluzione logica né eticamente giustificabile il divieto del loro utilizzo per fini che potrebbero consentire nuovi importanti avanzamenti nella conoscenza scientifica a beneficio futuro della salute dei nostri simili». Mette in luce come tali embrioni «non avrebbero mai potuto essere "figli"» M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, infra in questa Rivista.

¹⁹ La citazione è presa dalla pagina 7 del parere del CNB *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili* dell'ottobre 2007, scaricabile dal sito istituzionale del Comitato Nazionale per la Bioetica: <http://presidenza.governo.it/bioetica/> (consultato in data 14 giugno 2016). I documenti del CNB sono esaminati anche nel contributo di S. PRISCO, infra in questa Rivista.

²⁰ Di «principi di solidarietà e responsabilità verso la salute dell'intera comunità» parla B. SALVATORE, *Tutela dell'embrione umano e ricerca scientifica: un conflitto davvero insanabile?*, in C. BUCCELLI, *Aspetti etici della sperimentazione biomedica: evoluzione, criticità, prospettive*, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2015, 170.

ciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»²¹. Proprio l'impossibilità di sostenere una efficace e concreta tutela del concepito aveva in quel caso contribuito a orientare la Corte verso una decisione di accoglimento della questione di legittimità costituzionale²².

5.2. C'è dignità e dignità?

In secondo luogo, la Corte non fa cenno al fatto che in Italia, al pari di quanto accade in una gran parte di altri ordinamenti, è lecito utilizzare a fini di ricerca linee cellulari importate dall'estero²³. Anche tali linee, come sottolineato dalla Corte di Giustizia nei casi *Brüstle* e *International Stem Cell Corporation*²⁴, originano dalla distruzione di embrioni nei primi giorni del loro sviluppo. Ciononostante, le loro potenzialità in termini di ricerca clinica hanno convinto una molteplicità di Stati a permetterne l'utilizzo. Ma se alla base del divieto di impiego degli embrioni non più impiantabili per finalità di ricerca sta una non meglio definita «dignità antropologica»²⁵, non paiono comprensibili i motivi per cui gli «embrioni stranieri» non siano titolari della stessa qualità e quindi di una pari tutela.

Su una linea simile, può ricordarsi come in Italia sia in commercio la cd. pillola del giorno dopo e, dal 2011, anche quella dei cinque giorni dopo, senza obbligo di prescrizione medica per le maggiorenni. Secondo alcuni recenti studi, l'efficacia di tali farmaci si limiterebbe all'inibizione o al ritardo

²¹ Si tratta del punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza.

²² E va richiamato come diritti costituzionali confliggenti siano stati considerati prevalenti anche in casi ancor più delicati, in cui la salute psico-fisica della donna si contrappone alla permanenza in vita di feti con possibilità di sviluppo regolare. Si pensi, ancora, alla sent. n. 27 del 1975.

²³ In Italia, tale possibilità è ricondotta al fatto che la legge n. 40 tratta espressamente di «embrioni» e non di «linee cellulari embrionali» già derivate: cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 450 ss. In Germania, ad esempio, è stata invece una legge del 2002 (legge in materia di uso degli embrioni e delle linee cellulari embrionali per la ricerca biomedica, *Stammzellgesetz*) a permettere l'impiego delle linee cellulari importate dall'estero prima del 2002, inizialmente, e poi del 2007. Simile disciplina anche in Francia: cfr. il paper di L. CONTI, *Cellule Staminali: normativa sulla ricerca*, ospitato nel sito di Scienza attiva: www.scienzattiva.eu/wp-content/uploads/2013/11/B_stam_normativa_Conti.pdf (consultato in data 14 giugno 2016). *Sul sistema spagnolo*, E. OSUNA, *Aspectos éticos y legales de la investigación y experimentación con embriones humanos*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 447.

²⁴ Si tratta della sentenza C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V del 18 ottobre 2011* e della sentenza C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, del 18 dicembre 2014. *Legge tale giurisprudenza alla luce di molti dei principi trattati nella sentenza qui in commento*, I. RIVERA, *La tutela dell'embrione umano e la brevettabilità del vivente alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *questa Rivista*, 1, 2015, 29 ss.

²⁵ Il carattere inedito, a livello di giurisprudenza costituzionale, del concetto di «dignità antropologica» avrebbe inoltre potuto condurre la Corte a precisarne definizione, natura, contenuto e limiti. V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 Maggio 2016, <http://www.penalecontemporaneo.it> (consultato in data 14 giugno 2016) svolge una critica della sentenza in commento sulla base del concetto di «tirannia della dignità» proposto da Neumann.

dell'ovulazione (o della rottura follicolare per la pillola dei cinque giorni dopo)²⁶; in ogni caso, al momento dell'immissione in commercio, la pillola del giorno dopo era indicata anche come farmaco in grado di impedire l'impianto dell'ovulo già fecondato. E nonostante tale azione, che avrebbe potuto portare – si pensava – all'espulsione ed alla conseguente distruzione dell'embrione nelle prime fasi di sviluppo, il TAR Lazio ne aveva ammesso l'immissione in commercio, senza considerare eventuali illegittimità dovute alla lesione della «dignità antropologica» dell'embrione²⁷.

Si potrebbe proseguire, nella stessa logica, ricordando la disciplina e la già menzionata giurisprudenza costituzionale in tema di interruzione volontaria di gravidanza, oltre che i precedenti interventi della stessa Consulta sulla legge n. 40²⁸. I casi citati, tuttavia, paiono sufficienti a dimostrare come la dignità dell'embrione sia concetto problematico e oggetto frequente di bilanciamento in una serie di circostanze, alcune delle quali hanno visto la prevalenza di altri interessi e diritti costituzionali. Anche da questo punto di vista, quindi, la Corte avrebbe potuto affrontare con maggior profondità i particolari profili della tematica oggetto della questione ad essa sottoposta, senza trincerarsi dietro il carattere complesso, inedito e divisivo della questione. Una tale disamina avrebbe poi potuto – forse – condurre ad un diverso esito.

5.3. Staminali embrionali (ESC) e staminali pluripotenti indotte (iPS)

In terzo luogo, la Corte non dedica alcuna riflessione al dibattito relativo all'utilità o alla necessità di proseguire con le ricerche sulle cellule staminali embrionali.

Ricordando un possibile impiego del principio di precauzione nel senso di incoraggiare metodi alternativi di ricerca rispetto a quella con cellule staminali embrionali (ESC) («lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”»), i giudici costituzionali sembrano dare per scontato che, ad esempio, la ricerca con cellule staminali pluripotenti indotte (iPS)²⁹ sia già in grado di garantire la stessa sicurezza e le stesse potenzialità di quella con ESC, potendosi pacificamente sostituirsi ad essa.

A fronte di un auspicabile sviluppo degli studi con iPS, i quali certamente sollevano minori problemi di carattere etico in quanto derivano le cellule staminali non da blastocisti ma da cellule adulte “ri-programmate”, una serie di considerazioni inducono a ritenere che l'impiego di ESC sia ancora pro-

²⁶ I risultati di tali studi hanno indotto AIFA a modificare il foglietto illustrativo del farmaco a base di Levonorgestrel, sostituendo la dicitura «il farmaco potrebbe anche impedire l'impianto» con quella secondo cui esso «inibisce o ritarda l'ovulazione»: cfr. quanto riportato nella GU del 4 febbraio 2014.

²⁷ Si tratta della sentenza n. 8465 del 2001.

²⁸ Su cui, fra gli altri, A. D'ALOIA, *L'(ex) 40 in Quad. cost.*, IV, 2015, 997; F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VI, 2015, 341; M. FUSCO, *Cosa resta della legge 40. Bilanci e prospettive a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa italiana sulla procreazione assistita*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit., 211 ss. Tutti gli interventi giurisdizionali sulla legge 40 sono riportati e descritti nel dossier ad essa dedicato nel sito www.biodiritto.org.

²⁹ La formula ESC sta per *Embryonic stem cells* e si riferisce a cellule staminali pluripotenti derivate da blastocisti; iPS sta per *Induced Pluripotent Stem Cell* e si riferisce a cellule somatiche adulte riprogrammate in modo da riacquistare lo stato di pluripotenza.

mettente e utilissimo per proseguire la ricerca su alcune malattie a sempre maggiore insorgenza come il Parkinson.

Le ESC e i relativi derivati differenziati hanno iniziato ad essere utilizzati in alcuni protocolli sperimentali di fase 1, dando buoni risultati di non tossicità e aprendo la via ad ulteriori ricerche per i trattamenti di patologie umane neurali. Da sottolineare anche come paia fondamentale mantenere un confronto costante tra le due linee di ricerca (embrionali e adulte) al fine di comprenderne il grado di sovrapposibilità in termini di sicurezza ed efficacia³⁰.

È possibile immaginare che, se la ricerca con cellule staminali embrionali fosse già oggi ad un livello maggiormente avanzato, le accresciute e magari già realizzate potenzialità terapeutiche del suo impiego avrebbero permesso di invocare anche il parametro costituito dall'art. 32 della Costituzione in un bilanciamento che si sarebbe potuto risolvere a favore di una dichiarazione di incostituzionalità del divieto di impiego degli embrioni umani.

Va però ricordato come la ricerca scientifica, e quella clinica in particolare, costituiscano un interesse costituzionale in se stesso, a prescindere da già esistenti ricadute in termini di efficacia terapeutica. Ragionando diversamente, cadrebbe il significato stesso dell'inserimento in Costituzione degli articoli 9 e 33 in quanto tali, bastando allo scopo l'articolo 32 in tema di tutela e promozione del diritto alla salute.

6. La regolamentazione di dettaglio ed il paventato vuoto normativo

La Corte costituzionale, in quarto luogo, pone alla base dell'infondatezza della questione di legittimità proposta dal Tribunale di Firenze ragioni legate all'assenza delle «rime obbligate». Una sentenza di accoglimento, su questa linea, avrebbe dovuto confrontarsi con una serie di questioni specifiche che la Corte ritiene «inevitabilmente riservate al legislatore». Fra queste, in particolare, le questioni attinenti alla «utilizzo, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui»³¹.

Tale impostazione non pare del tutto in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale intervenuta anche sulla stessa legge n. 40.

³⁰ Si tratta di uno studio sperimentale rivolto alle lesioni del midollo spinale: <http://ir.geron.com/phoenix.zhtml%3F%3Fc=67323%26p=irol-newsArticle%26ID=1635760%26highlight=> (consultato in data in data 14 giugno 2016). Per una lista delle ricerche su ESC autorizzate nel Regno Unito dalla Human Fertilisation and Embryology Authority, ad esempio, si veda il sito <http://www.hfea.gov.uk/166.html> (consultato in data in data 14 giugno 2016). Non condivide l'utilità di tali tipologie di ricerca, G. Razzano, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, *infra* in questa Rivista.

³¹ Sono questi i profili citati al punto 11 del *Considerato in diritto* della sentenza.

Nella citata sentenza n. 162 del 2014, la Corte aveva scongiurato il rischio di creare un vuoto normativo sforzandosi di ricercare all'interno dell'ordinamento le regole già esistenti ed applicabili, in via analogica, al caso di specie³². A fronte della richiesta da parte dell'Avvocatura generale dello Stato di arrestarsi di fronte ad «una questione di politica e di tecnica legislativa (...), che porrebbe esclusivamente scelte di opportunità, riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario»³³, si era quindi concluso per una sentenza di accoglimento³⁴.

In modo analogo, anche nella sentenza qui in commento la Corte avrebbe potuto trovare una serie di indicazioni a sostegno del fatto che, fra le «molteplici opzioni intermedie» astrattamente conseguenti ad una pronuncia di accoglimento, il legislatore già aveva “fatto la propria scelta”, poiché nell'ordinamento si possono ricavare regole direttamente applicabili alla ricerca con embrioni residui.

Per quanto riguarda la selezione degli embrioni da utilizzare, in primo luogo, il criterio sarebbe potuto essere quello relativo alla non impiantabilità, non rilevando di per sé la presenza o assenza di malattie o malformazioni³⁵. L'applicazione di tale criterio, collegandosi al carattere meramente virtuale e non concreto della possibile tutela dell'embrione, avrebbe potuto anche risolvere il dubbio relativo al previo periodo di crioconservazione, intendendosi un periodo tale da compromettere qualsiasi possibilità di impianto utile allo sviluppo embrionale³⁶.

Un secondo campo riservato dalla Corte alla esclusiva discrezionalità politica del legislatore sarebbe quello riferibile alla «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione». Da questo punto di vista, tuttavia, si fa fatica a pensare ad una legge che precisi di volta in volta quali scopi scientifici siano o meno “degni” di essere perseguiti. Atteso il regime costituzionale di tendenziale libertà e promozione della ricerca scientifica, non pare sia possa subordinare la conduzione degli studi ad una preventiva legge che ne autorizzi le «specifiche

³² Si tratta delle questioni affrontate al punto 11 del *Considerato in diritto* della decisione.

³³ Cfr. il punto 10 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Al punto 12 del *Considerato in diritto*, così, si sosteneva che dalle norme vigenti «è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (...). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile 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».

³⁵ Articola maggiormente la tematica M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, infra in questa Rivista.

³⁶ Tali sono le questioni per le quali il diritto deve necessariamente rivolgersi al sapere biomedico, unico in grado di accertare, con la massima cautela possibile, il periodo oltre il quale nessun medico impianterebbe un embrione che abbia perso le sue potenzialità vitali. Sui rapporti fra diritto e scienze della vita, nella prospettiva di un pluralismo sostenibile, cfr. il *Focus* ospitato a questa Rivista nel numero 1 del 2016. In generale, si permetta il rinvio a C. CASONATO, *La Scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016 (consultato il 16 giugno 2016). Da altro punto di vista, atteso il divieto di donazione (o adozione) degli embrioni contenuto nella legge n. 40, in Italia la non impiantabilità risulterebbe anche dalla revoca definitiva della donna all'impianto.

finalità»³⁷. Anche nel caso della ricerca clinica, quella forse più normata in Italia, non è certo il Parlamento a stabilire la liceità o meno di un protocollo che si prefigga di studiare l'efficacia terapeutica di un determinato principio attivo per una particolare patologia. E tenendo conto della straordinaria rapidità dei progressi scientifici, anche e soprattutto nel settore genetico, una eventuale legge del genere sarebbe destinata ad essere superata non appena promulgata.

La decisione sul necessario interpello della coppia o della donna in riferimento alla destinazione dell'embrione alla ricerca è effettivamente, in terzo luogo, questione più delicata e meno facilmente risolvibile allo stato dell'arte. Ciò non toglie che, come in altre occasioni, la Corte avrebbe potuto intervenire indicando la scelta più cauta, quella cioè secondo cui è necessaria la volontà di entrambi i componenti la coppia, oppure invitando il legislatore ad «introdurre apposite disposizioni ([sentenza n. 278 del 2013](#)), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile»³⁸.

La necessità di un intervento legislativo relativo alle «cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui», in quarto luogo, pare poco sostenibile per la semplice ragione che tali norme già esistono e che un eventuale accoglimento della questione in nessun modo avrebbe aperto un nuovo “mercato degli embrioni”.

7. Fra super-costituzionalizzazione e de-costituzionalizzazione

A fronte delle potenzialità della ricerca scientifica su malattie gravi e in forte aumento (come il Parkinson) espressamente qualificate in termini di libertà e promozione dal combinato disposto degli articoli 9 e 33 della Costituzione, la Corte avrebbe potuto e forse dovuto approfondire i termini di una questione – come visto – certamente complessa. In questo modo la Corte, anche se avesse poi confermato la direzione complessiva e il dispositivo qui criticati, avrebbe potuto fornire argomentazioni più compiute e persuasive. Nell'impostazione privilegiata in questa sede, tale sforzo avrebbe potuto condurre ad una diversa tipologia di decisione (additiva o perlomeno additiva di principio) o avrebbe, quantomeno, permesso di lanciare un monito al legislatore; monito che avrebbe poi aperto la strada a future possibili decisioni meno segnate da un atteggiamento *self-restraint*³⁹. Pur nella diversità delle possibili interpretazioni e dei possibili dispositivi – diversità di cui i contributi raccolti in questa numero della *Rivista* danno conto – la decisione sarebbe stata più efficace perché avrebbe trattato, e non rinviato alla mera sensibilità politica, una serie di profili su cui la Costituzione non pare essere muta: la libertà e la promozione della ricerca, gli interessi delle generazioni future, lo sviluppo scientifico e tecnologico.

Oltre a ciò, un maggior approfondimento delle questioni da parte della Corte costituzionale avrebbe ricordato al legislatore l'esigenza di operare con maggiore attenzione verso il caso concreto e le ri-

³⁷ In termini generali, fra gli altri, R. BIN., *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in R. BIN, N. LUCCHI E S. LORENZON (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer, 2012, 131-144.

³⁸ La citazione, con il riferimento alla sentenza n. 278 del 2013, è dalla cit. sent. 162, p. 11.

³⁹ Una diversa lettura in A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016) *infra* in questa *Rivista* secondo cui la Corte «non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo successivo favorevole alla ricerca scientifica».

spettive specificità (considerando la particolare natura degli embrioni non impiantabili), con maggior rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento (che collega la dignità dell'embrione al luogo ed alla data di distruzione, ad esempio) e con maggior apertura nei confronti della dimensione scientifica⁴⁰.

Nel rinunciare al suo sindacato sulla questione, la Corte ha invece collocato tutti questi principi sullo stesso piano, conducendo una "de-costituzionalizzazione" degli interessi legati alla ricerca scientifica e, allo stesso tempo, una "super-costituzionalizzazione" di quelli collegati al destino degli embrioni non impiantabili; così facendo, la Corte pare aver segnato, auspicabilmente in termini solo momentanei⁴¹, il perimetro di una nuova "zona franca" in cui la Costituzione non avrebbe alcun ruolo nel limitare la discrezionalità del legislatore, nella convinzione che le questioni "eticamente sensibili", o alcune di esse, non possano essere anche "costituzionalmente orientate".

⁴⁰ M. D'Amico, *La corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *infra* in questa *Rivista*, tratta dell'importanza della dimensione scientifica in sede di processo costituzionale. Si permetta, in generale, il riferimento a C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Maggioli, 2016, pp. 29-53.

⁴¹ Di de-costituzionalizzazione parla anche A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016) *infra* in questa *Rivista*.

La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione

Marilisa D’Amico*

THE CONSTITUTIONAL COURT CLOSSES THE DOOR TO SCIENTISTS IN THE NAME OF THE DIGNITY OF THE EMBRYO

ABSTRACT: This essay aims to analyze decision no. 84 of 2016 of the Italian Constitutional Court, on the matter of scientific research on embryos.

In particular the essay dwells with the problematic acknowledgement of the embryo dignity. The Author considers this aspect in the context of the relation between scientific evolution and legislative discretionality, taking into account the other decisions of the Court on the matter of medically assisted procreation.

KEYWORDS: scientific research; legislative discretionality; embryos; embryo dignity; medically assisted procreation.

SOMMARIO: Premessa – 1. Dignità dell’embrione e discrezionalità legislativa – 2. La scienza davanti alla corte – 3. Il ruolo ambiguo della sentenza Parrillo.

Premessa

Con la sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale esclude di poter direttamente intervenire su uno degli aspetti più irragionevoli e ideologici della legge n. 40 del 2004¹, quello che vieta qualsiasi tipo di ricerca scientifica sugli embrioni (art. 13, commi primo e terzo, legge n. 40 del 2004), ad eccezione di quella finalizzata alla cura dell’embrione stesso (art. 13, comma secondo, legge n. 40 del 2004)².

Davanti alla Corte, infatti, era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sul divieto assoluto della ricerca scientifica sugli embrioni, prospettata dal giudice *a quo* non come questione generale, comportante la caducazione dell’intera disposizione, ma in relazione ai cd. embrioni “sovrannumerari”, quelli crioconservati, ma inutilizzabili, per volontà della coppia o per impossibilità accertata dal medico, in quanto non impiantabili perché malati o residuali a seguito di una diagnosi preimpianto³.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Contributo su invito.

¹ Di seguito, per brevità, legge 40.

² Su questi profili si vedano R. BIN, *Libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D’AMICO - B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 215 ss., e L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.

³ Sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in M. D’AMICO - I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sen-*

Andando molto oltre l'oggetto e il senso della questione, la Corte costituzionale ci offre una rilettura delle sue precedenti decisioni, che avevano invece corretto sotto molti e importanti profili la legge stessa, trasformando norme incostituzionali e irragionevoli e consentendo alla disciplina di recuperare una funzione pratica, superando gli steccati ideologici innalzati dal legislatore.

Con questa decisione, al contrario, la Corte non si limita a dichiarare inammissibile la questione, per discrezionalità legislativa, ma decide di fare salvo, almeno in parte, lo spirito assolutista e ideologico del legislatore, che aveva costruito una disciplina a tutela di un unico valore, quello dell'embrione⁴.

Tre sono i profili, strettamente connessi fra loro, su cui vorrei ragionare e che a mio avviso costituiscono un punto problematico nella complessa tutela dei diritti fondamentali nel nostro Paese, che, soprattutto in questo momento storico, non può permettersi irrigidimenti e eccessivi self restraint, soprattutto da parte del Giudice delle Leggi.

La decisione ci offre, in contraddizione con le sue precedenti decisioni sulla legge n. 40 del 2004, a partire dalla sent. n. 151 del 2009, una lettura a senso unico della "dignità" dell'embrione, che impedisce qualsiasi bilanciamento da parte della Corte costituzionale e si rifugia in un richiamo senza condizioni alla discrezionalità del legislatore⁵.

La decisione esclude in modo netto l'attivazione di poteri istruttori, chiesti dalle parti, per dare voce agli scienziati, con una totale svalutazione dell'apporto delle associazioni intervenienti in qualità di "amici curiae"⁶.

La decisione utilizza, inoltre, la sentenza *Parrillo*, resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un caso analogo, ma con una portata e un oggetto diversi, estendendo non solo il principio, ma, soprattutto, alcuni profili della motivazione, con un mutamento che pare repentino rispetto ai principi sui rapporti fra le Corti, espressi nella recente sent. n. 49 del 2015, cui la sentenza *Parrillo* faceva ampio riferimento⁷.

tenza della Corte costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 214 ss., e L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, ivi, p. 191 ss.

⁴ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 1656 ss.; Corte cost., sent. n. 162 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 ss., con osservazioni di C. TRIPODINA, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decider*, ivi, 2593 ss., E. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, I, p. 5 ss., e M. MORI, *La fecondazione eterologa in uno Stato laico*, in *Diritto penale e processo*, 1999, IV, p. 513 ss.; Corte cost., sent. n. 229 del 2015, in *Foro it.*, 2015, XII, p. 3749 ss., sulla quale si veda I. PELLIZZONE, *Rilevanza penale di selezione eugenetica e soppressione degli embrioni malati a seguito della sent. n. 229 del 2015*, in *Studium iuris*, in corso di pubblicazione.

⁵ In tema di discrezionalità legislativa nelle materie "scientifiche" e dei suoi limiti, tra cui il principio di ragionevolezza, specie a partire dalla sent. n. 162 del 2014, v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.forumcostituzionale.it (2014); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (2014).

⁶ Si vedano a questo proposito T. GROPPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, e anche M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

⁷ Rispetto alla sentenza n. 49 del 2015 si vedano le osservazioni di Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in www.rivistaaic.it, 2015, II, e M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 15 ottobre 2015.

1. Dignità dell’embrione e discrezionalità legislativa

La Corte, come si diceva all’inizio, ha dovuto occuparsi di un profilo che, fin dall’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, si riteneva palesemente lesivo dei principi costituzionali di uguaglianza, dignità delle persone, salute e ricerca scientifica⁸.

L’art. 13, però, risultava coerente con la scelta originaria del legislatore, tutta ideologica e non rispondente alla realtà, quella di tutelare l’embrione in modo assoluto, come “soggetto debole”, sacrificando tutti gli altri principi coinvolti, finanche i diritti di “persone reali” (la coppia, la donna, la collettività, nel caso della ricerca scientifica).

Con una decisione coraggiosa e non scontata, la Corte riesce a ricondurre a ragionevolezza uno degli altri profili più lesivi della Costituzione: quello che obbligava a non produrre più di tre embrioni e che ne costringeva l’impianto nel corpo della donna. Questa norma, di fatto, rendeva impossibile il successo del trattamento in moltissimi casi e in altri, numerosi, esponeva le donne al rischio di gravidanze gemellari, pericolosissime per la salute della donna e dei nati.

Decidendo per l’incostituzionalità dell’art. 14, commi secondo e terzo, l. n. 40 del 2004 nella sentenza n. 151 del 2009, la Corte afferma in linea di principio che la legge n. 40 del 2004 non tutela solo l’embrione, ma anche le “giuste esigenze della procreazione”. Con questo riconoscimento, la legge n. 40 del 2004 riprende un volto “laico”, quello di una legge che non impone valori dall’alto in modo assoluto, ma che ammette un bilanciamento di principi e posizioni diverse che devono essere tutte salvaguardate nel caso concreto.

Ma è proprio la sent. n. 151 del 2009, nel consentire la produzione dei soli embrioni “necessari” alla coppia e nel far cadere il divieto assoluto della crioconservazione, a determinare una situazione originariamente non prevista dal legislatore: quella dell’esistenza dei cd. embrioni “sovrannumerari”. Embrioni che le coppie non vogliono o non possono più utilizzare e che non intendono neanche “donare” ad altre coppie. Embrioni destinati a rimanere in eterno conservati, stante il divieto, ribadito dal Giudice costituzionale nella sent. n. 229 del 2015, della loro “soppressione”⁹.

È questo il contesto in cui si muove la Corte; è a questa particolare situazione a cui si chiede di dare risposta.

Una domanda molto semplice: è possibile modificare l’art. 13, per consentire la ricerca scientifica non su tutti gli embrioni, addirittura producendoli appositamente, come avviene all’estero in molti Paesi, ma solamente su quegli embrioni che non potrebbero essere utilizzati, perché abbandonati o perché affetti da malattie che, alla luce della sent. n. 96 del 2015, possono essere verificati con la diagnosi genetica preimpianto anche per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche?¹⁰ Em-

Sulle problematiche sottese alla decisione della Corte europea in materia di ricerca scientifica sugli embrioni M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice ‘unico’ dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015.

⁸ Su tali specifici aspetti sia consentito rinviare a M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 57 ss.

⁹ Sulla portata e le criticità della decisione si veda ancora I. PELLIZZONE, *Rilevanza penale di selezione eugenetica e soppressione degli embrioni malati a seguito della sent. n. 229 del 2015*, cit.

¹⁰ Rispetto alle problematiche sottese al riconoscimento del diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per le coppie non sterili o infertili, si rinvia a B. LIBERALI, *Interpretazione costituzionalmente conforme, esecuzione delle decisioni della Corte Edu e questioni di legittimità costituzionale in materia di diagnosi*

brioni, come nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, che la coppia consapevolmente vuole donare alla ricerca, per migliorare la conoscenza scientifica per sé e per gli altri?¹¹

La questione sollevata, dunque, con un'ordinanza sicuramente non esente da vizi (e, infatti, uno dei profili, quello dell'art. 6, comma terzo, viene ritenuto irrilevante e la coppia deve anche superare un'obiezione riguardo ai profili sollevati rispetto all'art. 13), ma non per questo inidonea ad essere presa in considerazione, si muoveva in questo perimetro e non investiva la scelta – discrezionale – del legislatore sulla bontà del divieto della ricerca da un punto di vista generale.

Essa riguardava, dunque, solamente una situazione specifica, peraltro determinata dalla stessa sent. n. 151 del 2009.

La Corte risponde alzando una barriera anche rispetto ai suoi poteri e “liquidando” di fatto tutte le questioni come coperte da discrezionalità, evitando peraltro di approfondire il tema, con l'attivazione di appositi strumenti istruttori (audizioni) o anche attraverso un'autonoma ricerca di studi scientifici. Circostanza, quest'ultima, che aveva costituito la base nella sent. n. 162 del 2014, ricca di riferimenti internazionali e di documentazione scientifica¹².

Alla possibilità di un approfondimento in tal senso, che avrebbe potuto esplorare fino in fondo il raggio di scelta spettante al legislatore, la Corte contrappone frontalmente la dignità dell'embrione, considerato “vita” a tutti gli effetti e addirittura umanizzato nella rappresentazione del rapporto con altri soggetti¹³.

La Corte si spinge in questa ricostruzione a parlare della relazione fra un embrione, non utilizzabile, e una coppia che non lo può o non lo vuole utilizzare come relazione fra “figlio” e “genitori” e a ipotizzare un parallelismo fra il principio del “consenso informato”, che spetta a tutte le “persone”, e la posizione dell'embrione, che “qualora sia considerato persona non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione” (punto n. 10.2).

Ma l'aspetto più discutibile è che la raffigurazione giuridica di questa relazione appoggi su una dichiarazione fideistica di soggezione alla “dignità” dell'embrione “umanizzato” e che, a sua volta, essa sia alimentata da e alimenti la convinzione che ci sia una divisione fra gli scienziati sulla natura stessa dell'embrione e sulla natura delle sue potenzialità in relazione alla ricerca scientifica. Se la Corte

genetica pre impianto, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze University Press, Firenze, 2015, p. 183 ss.

¹¹ Rispetto all'utilizzo degli embrioni non destinati all'impianto, non solo a seguito di diagnosi genetica preimpianto che abbia accertato una malattia geneticamente trasmessa, si vedano le possibilità delineate da B. LIBERALI, *Il destino degli embrioni creati nell'ambito delle procedure di fecondazione medicalmente assistita*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 57 ss.

¹² Si vedano innanzitutto i saggi raccolti in M. D'AMICO – M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali*, FrancoAngeli, Milano, 2014, e, in particolare, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. “fecondazione eterologa”*, ivi, p. 13 ss.

¹³ Sul tema, v. le riflessioni, che, contro l'“umanizzazione” dell'embrione, sottolineano come l'embrione possa evolversi in una persona, ma anche in una non-persona, di C. FLAMIGNI, *Nuove acquisizioni in embriologia: lo sviluppo della struttura embrionale*, in M. MORI (a cura di) *Quale statuto per l'embrione umano. Problemi e prospettive*, Politeia, Biotechne, Milano, 1991; C. FLAMIGNI – M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Il saggiaatore, Milano, 2005, p. 104 ss. In senso opposto v. L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e tecniche di procreazione*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 46 ss.

avesse ascoltato gli scienziati o se fosse stata a conoscenza di tutta la letteratura scientifica rilevante in argomento, avrebbe sicuramente scoperto un quadro diverso da quello ipotizzato nella sua decisione, come giustificazione a un totale rinvio al legislatore¹⁴.

Va, inoltre, osservato che, con questa ricostruzione sulla natura e sui diritti dell'embrione, la Corte contraddice i propri precedenti, a partire dalla sent. n. 27 del 1975, dove il Giudice costituzionale, facendo cadere la punizione penale dell'aborto di donna consenziente, stabilita dal codice Rocco, affermava 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"; affermazione mai più contraddetta, che diventerà la *ratio* della legge n. 194 del 1978, una legge che la stessa Corte costituzionale definisce "a contenuto costituzionalmente vincolato" (sent. n. 35 del 1997) e, come tale, non abrogabile in via referendaria, a differenza della legge n. 40 del 2004.

Soprattutto, la decisione è in contraddizione con la giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, che, di fatto, ha riscritto in modo ragionevole la disciplina, superando molti profili rigidi che limitavano la possibilità dei cittadini di ricorrere all'aiuto della scienza. Facendo cadere il divieto assoluto dei tre embrioni e consentendone la crioconservazione¹⁵, ammettendo la fecondazione eterologa¹⁶ e autorizzando l'accesso alla diagnosi preimpianto e, quindi, alle tecniche di riproduzione assistita anche alle coppie non sterili, ma portatrici di gravi malattie genetiche¹⁷, la Corte rinnega la scelta ideologica del legislatore di considerare soltanto la posizione astratta dell'embrione, a scapito di tutte le altre.

La Corte, nelle sue precedenti decisioni, riesce a modificare la legge, consentendole di bilanciare la posizione dell'embrione con "le giuste esigenze della procreazione", adottando pronunce che ampliano la possibilità di accesso alla legge, senza modificarne totalmente l'impianto.

Questa pronuncia si pone in contraddizione anche con quel filone giurisprudenziale, inaugurato prima della sent. n. 151 del 2009 e a cui quest'ultima fa riferimento, che, in materie dominate dalla scienza, predilige norme elastiche ed aperte; norme, che consentano allo scienziato o al medico di "fare il proprio mestiere"¹⁸. Del resto, la nostra Costituzione afferma solennemente che l'arte e la scienza sono "libere" e che libero ne è l'insegnamento, esprimendo una posizione sul ruolo dello scienziato, che alcune scelte legislative e alcune posizioni politiche recenti vorrebbero rimettere in discussione¹⁹.

Anni di decisioni coraggiose, costruite pazientemente passo dopo passo, spazzati via improvvisamente per far risorgere il furore ideologico di una legge che, in nome del valore astratto dell'embrione, assolutizzato contro tutti, ha negato alle coppie la possibilità di diventare genitori e ora nega ai citta-

¹⁴ Si vedano C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione. Le discussioni, le polemiche, i litigi sull'inizio della vita personale*, Dalai editore, Milano, 2010, e E. Cattaneo, *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, intervista in www.repubblica.it, 22 marzo 2016.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, cit.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 162 del 2014, cit.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 96 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, p. 789 ss.

¹⁸ Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni e ai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale in materia contenuti in M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015.

¹⁹ Sul tema v. le considerazioni di C. FLAMIGNI, *Il primo libro della sterilità. I problemi clinici e psicologici, la diagnosi e le cure ordinarie*, UTET, Torino, 2008, p. 465 ss.

dini e agli scienziati la possibilità di offrire embrioni che non diventeranno mai “persone” alla ricerca scientifica finalizzata alla vita umana in generale e alla salute della collettività.

Ma l’aspetto, che più mi preme sottolineare, non è tanto quello della incoerenza di questa decisione con i suoi precedenti, quanto quello della incongruenza con il corretto sviluppo del ragionamento giuridico.

Se l’embrione fosse davvero vita umana con la stessa dignità di una persona, diventerebbe allora inconcepibile anche soltanto immaginare che la soluzione più rispettosa per la sua dignità sia quella di lasciarlo abbandonato.

Per quella vita e per quella dignità bisognerebbe costruire soluzioni alternative all’abbandono che non potrebbero essere altro che la donazione ad altre coppie o alla ricerca.

Solo ascoltando gli scienziati, d’altra parte, la Corte avrebbe potuto disegnare più precisamente i confini e i limiti del proprio sindacato rispetto al legislatore. La Corte, escludendo un proprio e diretto intervento su tale profilo, sembra permettere allo spirito originario, assolutista e ideologico della legge n. 40 del 2004, quello dell’embrione “contro tutti”, di risuscitare.

La Corte avrebbe potuto accertare le opinioni corrette da un punto di vista scientifico, verificando se davvero ci sia rispetto alla libertà di ricerca sugli embrioni quella divisione che viene esposta in modo così netto nella sua decisione. Avrebbe, così, potuto scoprire che oggi, in Italia, alla luce delle normative europee e internazionali, agli scienziati è consentito fare ricerca sugli embrioni, importandoli dall’estero²⁰. Avrebbe potuto rendersi conto della natura reale del problema e delle sue implicazioni, per dare conto ai cittadini in modo pieno e indiscutibile della propria risposta.

Ma, insisto, l’oggetto del giudizio della Corte costituzionale non riguardava la portata generale del divieto, bensì una situazione più circoscritta, legata alla sorte di embrioni che, per usare le parole del Giudice costituzionale, non avrebbero mai potuto essere “figli”, per decisione della coppia (perché la coppia non avrebbe voluto o potuto avere altri figli, perché quegli embrioni avrebbero potuto essere quelli ritenuti inutilizzabili dopo una diagnosi preimpianto, perché, in ogni caso, la coppia non li avrebbe mai destinati ad altra coppia).

Rispetto a questa situazione e alla possibilità di dare una risposta, la Corte avrebbe anche potuto scegliere di adottare tecniche decisorie rispettose dello spazio di discrezionalità riservato al legislatore, che non è garantito soltanto da decisioni di inammissibilità, che lasciano insoluto il problema, bensì anche da pronunce interpretative di rigetto, che ricercano in via interpretativa una soluzione, e, soprattutto, nel caso in cui si voglia anche vincolare il legislatore ad occuparsi del problema, da additive di principio²¹. Le additive di principio, che si ispirano alle decisioni di incompatibilità tedesche, non hanno avuto finora molta fortuna nel nostro ordinamento, a causa dell’inerzia del legislatore (pensiamo, da ultimo, alla sent. n. 170 del 2014, che vincola il legislatore all’adozione di una disciplina delle unioni civili con “estrema sollecitudine” e a cui finora non è stata data ancora una rispo-

²⁰ Rispetto al diverso profilo relativo alla ricerca scientifica sulle cellule staminali si veda E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2006, II, p. 450 ss.

²¹ Sul tema vi vedano ancora G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit.

sta)²². E, tuttavia, forse il Giudice costituzionale potrebbe provare a utilizzare in modo più forte lo schema della decisione di incompatibilità, che è una pronuncia di incostituzionalità e che solo in alcuni casi consente l'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali fino all'intervento del legislatore²³.

Almeno, se anche non avesse voluto fare nulla di tutto ciò, alla luce di un reale approfondimento dei termini scientifici del problema, la Corte avrebbe potuto richiamare il legislatore a individuare una soluzione a un problema, peraltro determinato dalla stessa decisione n. 151 del 2009. Il fatto che nella decisione non sia contenuto neanche un monito all'intervento del legislatore conferma il ragionamento fatto finora: la Corte preferisce fare un passo indietro, non dare alcuna indicazione al legislatore e, in fondo, lasciare che il problema rimanga irrisolto. E questo in nome della "dignità" dell'embrione.

Peraltro, non si affronta nella sentenza il profilo della dignità delle coppie, che vengono lasciate nell'incertezza del futuro dei "loro" embrioni: chi assicura loro che cosa potrà succedere fra 20-30 anni? Chi assicura che quegli embrioni non vengano prodotti in provetta e magari destinati, una volta nati, proprio alla ricerca? È noto che l'alternativa degli scienziati alla ricerca sugli embrioni sia quella sulle persone "in carne ed ossa": e non tutti i Paesi nel mondo hanno rispetto della dignità, anche di quella delle persone²⁴.

2. La Scienza davanti alla Corte

La chiusura ideologica sulla questione si esprime anche nella rigidità delle risposte alle parti e ai soggetti intervenienti.

²² Rispetto alle problematiche sottese all'introduzione nel nostro ordinamento delle unioni civili, si rinvia alle più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in www.federalismi.it, 9 marzo 2016.

²³ Si tratta di decisioni elaborate e utilizzate dal Tribunale costituzionale tedesco, che, dichiarando l'incompatibilità della legge con la Costituzione, non espunge la norma oggetto del giudizio dall'ordinamento giuridico, ma permette al legislatore di intervenire e porre rimedio al vuoto che si creerebbe con l'annullamento della norma medesima (talvolta il Tribunale costituzionale indica anche, nella sentenza, un termine che il legislatore deve rispettare, pena la produzione del vuoto legislativo dopo la sua scadenza). In tema v. per tutti G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2002.

²⁴ Sulle problematiche sottese si vedano S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, e, con particolare riguardo alla dignità umana, F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987, e A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Aracne, Roma, 2007.

In senso critico rispetto ad alcuni esiti del neocostituzionalismo, per cui il giudice, quando il suo foro interiore non aderisce al foro esterno, dovrebbe intervenire, anziché arrestarsi dinanzi alla insindacabile discrezionalità legislativa, v. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 2015, p. 919 ss. e in part. 928. L'A. fa notare che "quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore democratico-rappresentativo nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale, si dimentica (o si finge di ignorare) la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento (purché, certo, esse non siano «diventate» incostituzionali...). Inoltre, quel che non si decide in sede politico-rappresentativa, non per ciò solo va deciso in altre sedi, giacché, com'è ovvio, bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare".

Purtroppo, le parti del giudizio *a quo* si sono costituite tardivamente e hanno insistito sulla richiesta di riammissione in termini, con argomenti che la Corte si dà carico di confutare in modo preciso in una separata ordinanza di cui ha dato lettura in udienza.

Ciò non toglie che la vicenda fa riflettere, perché la decorrenza del termine di costituzione dalla pubblicazione dell'ordinanza sulla Gazzetta Ufficiale crea spesso problemi, proprio per la sua eccentricità rispetto alle regole dei processi comuni. E questa norma esprime una concezione soltanto oggettiva del processo costituzionale²⁵, svalutando completamente il ruolo della parte, che, appunto, non è necessaria alla definizione del giudizio stesso.

La carenza del contraddittorio, però, incide anche sul corretto modo di giudicare del Giudice costituzionale tanto che ci si può domandare se, oggi, soprattutto dinanzi alle grandi questioni, non si possa modificare questa regola rigida, che esprime quello che Carnelutti, ancor prima che la Corte iniziasse a funzionare, aveva individuato come limite del futuro "giudice costituzionale", e cioè, detto altrimenti, che il ruolo della parte potesse ridursi a quello di "una marionetta"²⁶.

La Corte, però, forse con esclusivo riferimento alla tardività della costituzione, ritiene inammissibile anche l'intervento dell'associazione *Vox-diritti*, richiamando la sua giurisprudenza consolidata sul punto, ma anche in modo preciso le finalità statutarie dell'associazione, sottolineandone la "genericità" rispetto alla questione.

Rispetto al ruolo delle associazioni che, spesso, intervengono nel giudizio costituzionale non tanto sperando che la Corte cambi orientamento e apra il suo contraddittorio, quanto piuttosto per far valere, almeno per iscritto, un punto di vista utile alla discussione di una questione rilevante dal punto di vista generale, occorre fare qualche riflessione²⁷.

Come si è detto, nella maggior parte dei casi, le associazioni intervengono sapendo di non poter parlare all'udienza, ma impegnandosi nell'atto di costituzione e nella memoria a portare argomenti utili al Giudice costituzionale.

Sotto questo profilo, credo che sia giunto il momento per immaginare una modifica delle norme integrative per consentire agli "amici curiae" di depositare gli atti scritti, senza chiedere di essere sentiti, o, in ogni caso, lasciando il potere dell'eventuale integrazione del contraddittorio allo stesso Giudice costituzionale.

²⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987, Giuffrè, Milano, p. 611.

²⁶ Si veda ancora M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.

²⁷ In dottrina, per le ragioni a favore di una apertura del contraddittorio a tali soggetti, definibili *amici curiae*, v. per tutti R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 115 ss.; sull'importanza delle memorie scritte depositate dinanzi alla Corte da soggetti particolarmente qualificati v. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 208, il quale sottolinea la contraddittorietà dell'atteggiamento della Corte costituzionale, che spesso non si pronuncia sull'intervento inammissibile ma poi dà conto degli argomenti portati dalle parti nelle memorie scritte (cfr. la sent. n. 271 del 2013, che menziona le ragioni di Federfarma).

V., per la giurisprudenza, quanto avviene in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, in cui la Corte ammette il deposito di memorie dei comitati per il no, non consentendo loro di partecipare alla camera di consiglio: cfr. le sent. nn. 31, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49 del 2000 e, successivamente, 42 del 2003 e 45 del 2005.

Sarebbe in tal senso molto utile una disciplina simile a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove gli interventi degli "amici curiae" sono ammessi, ma solo entro rigorosi limiti quantitativi e, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, soltanto per portare argomenti "nuovi", non sviluppati nel ricorso principale; in parole più semplici, solo se costituiscono un arricchimento e non un appesantimento del contraddittorio²⁸.

E la stessa possibilità di far ascoltare alla Corte costituzionale la voce dei cittadini, che non sono parti del giudizio *a quo*, appare ancora più importante alla luce della natura solo incidentale del nostro giudizio e della carenza dell'azione diretta.

Nella decisione, invece, la chiusura al contraddittorio si riflette anche sulla richiesta dell'attivazione dei poteri istruttori, che viene liquidata dalla Corte costituzionale, in quanto proveniente da soggetti costituiti "fuori termine" o il cui intervento è stato ritenuto "inammissibile". La Corte pare, quindi, dimenticarsi che, in generale, i poteri istruttori formali sono prima di tutto poteri d'ufficio, che avrebbero potuto, e dovuto, come abbiamo appena spiegato, essere attivati in questo caso indipendentemente dalle parti, ma in via autonoma²⁹.

Le parti, nel presente giudizio, consapevoli dei propri limiti, avevano voluto dare un "suggerimento" al Giudice costituzionale. In linea generale, come fa il legislatore, la Corte costituzionale nelle grandi questioni in cui è coinvolta la "scienza" dovrebbe anche sentire, se possibile, gli scienziati o chiedere loro di rispondere a domande scritte, come fa normalmente il Tribunale costituzionale tedesco nelle grandi questioni in cui la misura del proprio operato si deve necessariamente basare su una conoscenza reale e non ideologica del problema (si pensi alla famosa decisione in tema di aborto³⁰, dove, soltanto grazie alle risposte chieste al Max Planck Institut, il BVerfG riesce a superare la barriera ideologica della necessità di punire penalmente la donna che abortisce, in quanto "omicida", alla luce del diritto alla vita del nascituro).

3. Il ruolo ambiguo della sentenza Parrillo

Infine, qualche osservazione su un altro profilo che lascia perplessi: la lettura e la soggezione ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Parrillo c. Italia*³¹.

²⁸ Viene innanzitutto in rilievo l'art. 44 (*Third-party intervention*) del Regolamento della Corte Edu, oltre che gli articoli contenuti dell'Appendice al Regolamento (artt. A1, A2, A5 e A6).

²⁹ Sui poteri istruttori della Corte costituzionale v. T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit.; tra gli sporadici casi in cui la Corte, "sfruttando" la possibilità di attivare i suoi poteri istruttori (cfr. l'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e l'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale), ha fatto ricorso ai propri poteri istruttori, v. l'ord. n. 109 del 1975 (accertamento sui requisiti di ammissibilità del ricorso), l'ord. n. 308 del 1986 (accertamento in tema di rilevanza); l'ord. n. 230/1982 (accertamento dell'interesse a ricorrere); le ordd. nn. 48 del 1958 e 91 del 1969 (accertamento dell'esistenza di vizi formali della legge, mediante un esame dell'*iter legis* svoltosi all'interno delle Camere; negli ultimi cinque anni invece la Corte costituzionale non ha mai utilizzato in modo formale e diretto tali poteri.

³⁰ Sulla pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco e sul ruolo della scienza dinanzi a quest'ultimo nel noto caso indicato nel testo ci si permette di rinviare a M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

³¹ Sentenza del 27 agosto 2015 (ric. n. 46470/11); sulla pronuncia, cfr. V. ZAGREBELSKY, "*Parrillo c. Italia*". *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e costituzione (Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande camera 27 agosto 2015 (Parrillo c. Italia))*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 609 ss. e,

Questa sentenza, esattamente come nel caso della sent. n. 162 del 2014 sulla fecondazione eterologa, esprime anche processualmente un rapporto molto stretto fra Corte costituzionale e Corte EDU nella soluzione della questione: la Corte, infatti, sospende il giudizio, in attesa della pronuncia della Corte europea sul caso *Parrillo c. Italia*, anche se le parti erano diverse così come diversi erano anche i termini della questione.

Davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo era, infatti, in discussione il principio della libertà di ricerca scientifica, sia pure limitatamente al profilo della possibilità di destinare alla ricerca gli embrioni soprannumerari e abbandonati; davanti alla Corte EDU, invece, la richiesta era circoscritta al riconoscimento dell'embrione come "proprietà" della donna (che era vedova e che, quindi, non avrebbe potuto accedere alla fecondazione assistita, alla luce dei divieti della legge n. 40 del 2004 sulla fecondazione *post mortem*)³².

Nelle more del giudizio davanti alla Corte costituzionale, quest'ultima, però, decide di ridefinire in linea di principio i rapporti con la Corte europea e, nella sent. n. 49 del 2015, afferma in modo perentorio che il rapporto fra ordinamento interno e sovranazionale non comporta che il Giudice costituzionale sia vincolato a qualsiasi decisione della Corte europea, ma, invece, occorre che si tratti di una "giurisprudenza consolidata".

La decisione, come è noto, ha fatto molto discutere e non sono mancati i commenti di stampo molto diverso. In ogni caso, proprio nella sentenza *Parrillo*, la Corte europea ne prende atto in modo molto critico, giustificando la propria apertura a un ricorso "diretto" della cittadina italiana davanti al Giudice europeo, senza aver esperito tutti i gradi di giudizio interni, anche per il livello insufficiente di applicazione della Convenzione e della sua giurisprudenza da parte dei giudici italiani, dopo le determinazioni della sent. n. 49 del 2015.

Smentendo quest'ultima, nella decisione che si commenta, la Corte costituzionale pone a fondamento della propria pronuncia non il principio "di diritto" della sentenza della Corte EDU (che, d'altra parte, come si è visto, non era attinente al caso, in quanto limitato a statuire se l'embrione fosse "proprietà" della donna in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione europea e, in secondo luogo, se fosse o meno nella disponibilità della ricorrente, in quanto espressivo del suo diritto alla vita privata, disporre liberamente degli embrioni fecondati, destinandoli ad attività di ricerca scientifica), ma alcune affermazioni contenute nella sentenza europea e assurde dal Giudice costituzionale a principi da rispettare nella propria statuizione. Una smentita immediata, quindi, della sent. n. 49 del 2015.

volendo, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, cit., p. 1 ss.

³² Pertanto, nel caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la vedova lamentava la violazione degli art. 8 della Cedu (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) e dell'art. 1 del Protocollo addizionale 1 della Cedu (sulla tutela del diritto di proprietà privata); nel giudizio *a quo* da cui è scaturita la sentenza qui in commento, invece, le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate dal Tribunale di Firenze nell'ambito di un giudizio cautelare promosso ex art. 700 del codice di procedura civile, nel quale la ricorrente, sottoposta ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita, ed il suo coniuge chiedevano al giudice di ordinare al centro medico dove la fecondazione assistita era avvenuta di riconsegnare loro gli embrioni prodotti al fine di destinare i nove embrioni risultati non impiantabili alla ricerca scientifica connessa alla propria patologia genetica. I parametri costituzionali invocati in questo caso sono gli artt. artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33 Cost.

La Corte costituzionale ritiene, invece, vincolanti ragionamenti che la Corte europea svolge sulla complessità della materia oggetto del suo scrutinio e sulla normazione differente nei singoli Stati contraenti: affermazioni, queste ultime, che, unite a considerazioni sulla natura dell'embrione, inteso quale materiale biologico e non essere vivente³³ e, in ogni caso, come "problema" della scienza, hanno portato il Giudice europeo soltanto ad escludere che il legislatore italiano abbia oltrepassato il proprio margine di apprezzamento, sotto quel determinato profilo, e non in relazione alla libertà di ricerca scientifica protetta dall'art. 10 della Convenzione, rispetto alla quale il ricorso era stato in prima battuta dichiarato inammissibile per difetto della qualità di vittima della ricorrente.

Vero è che la lettura della sentenza *Parrillo* non costituisce e non esaurisce il fondamento della motivazione, ma è, tuttavia, significativa dell'enfasi che il Giudice costituzionale pone su semplici affermazioni della sentenza europea, in contraddizione con il ragionamento, viceversa, sviluppato nella sent. n. 49 del 2015.

In conclusione, la Corte costituzionale non ascolta gli scienziati, svaluta la portata delle sue precedenti decisioni sulla legge n. 40 del 2004 e, in generale, sulle questioni scientifiche e offre una risposta sul piano generale e non sulla questione di costituzionalità sollevata, rifugiandosi in quello che, purtroppo, sembra essere diventato un "*leit motiv*" delle decisioni più recenti: il rinvio alla discrezionalità legislativa, sancito con una pronuncia di inammissibilità. Lo spazio demandato al legislatore, però, risulta molto ampio e, ove non adeguatamente approfondito, può determinare un passo indietro rispetto al proprio ruolo di garante della Costituzione e un passo avanti nel nulla, dal momento che il legislatore è inerte, soprattutto di fronte a temi complessi.

Uno scenario complicato, che rischia di lasciare un campo troppo vasto di diritti negati, che sarà coperto, andando in alcuni casi oltre i propri poteri, dai giudici comuni, come del resto è avvenuto, in modo parziale e contraddittorio, nell'ambito delle unioni civili³⁴.

³³ Cfr. il §158 della pronuncia, dove si afferma che "*the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person's genetic material and biological identity*".

³⁴ Ci si riferisce alla giurisprudenza in tema di "stepchild adoption", che, prescindendo dal richiamo della Corte alla discrezionalità legislativa, ha disposto l'adozione di figli biologici di un componente di coppie omosessuali a favore dell'altro coniuge/convivente, ordinando la trascrizione della sentenza straniera che dispone all'estero l'adozione ovvero disponendo l'adozione medesima in Italia: cfr. le decisioni della Corte d'Appello di Milano, 16 ottobre 2015, n. 2543; del Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015; del Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015; della Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016.

La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale

Maria Pia Iadicco*

THE «TRAGIC CHOICE» ON THE DESTINY OF NOT IMPLANTED EMBRYOS BETWEEN LEGISLATOR'S DISCRETIONALITY AND SCRUTINY OF CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: Starting from the analysis of the Judgment no. 84/2016 of the Italian Constitutional Court, which declared inadmissible the questions as to constitutionality of articles 6, par. 3, and 13, pars 1, 2 and 3, of the Law no. 40/2004, this paper aims to clarify the complex category of not implanted embryos. Through these insights, it further outlines possible future destinations of not implanted embryos, underlining that they do not always imply «tragic choices» by representative legislator.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction; Italian Constitutional Court; not implanted embryos; adoption for the birth; scientific research on human embryos.

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 84 del 2016 tra continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/04. – 2. Le problematiche scaturenti dalla revoca del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato. – 3. Lo sgretolamento del divieto di crioconservazione degli embrioni. – 4. Precisazioni sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita» e considerazioni sul loro destino, non necessariamente tragico.

1. La sentenza n. 84 del 2016 tra continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/04

Con la sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale si è aggiunto un nuovo episodio alla lunga e tormentata saga giurisprudenziale della legge n. 40 del 2004, recante norme sulla procreazione medicalmente assistita (PMA). Dopo più di tre anni¹ dall'ordinanza con

* *Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli studi di Napoli. Contributo su invito.*

¹ A determinare un così significativo ritardo nell'assunzione della decisione finale, ha certamente contribuito il rinvio a nuovo ruolo della causa, disposto in attesa della pubblicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Parrillo v. Italia, relativo al medesimo art. 13 della l. n. 40/04 in quella sede denunciato per asserita violazione dell'art. 8 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo addizionale. La questione del controverso rapporto tra norme interne e norme convenzionali che regolano la PMA non sarà trattato in questa sede; ci si limita soltanto a rilevare che, nel giudizio instaurato dinanzi alla Consulta, il giudice a quo non aveva indicato la CEDU quale parametro interposto del vaglio di costituzionalità della legge. Ciononostante la Corte costituzionale non solo ha disposto il rinvio a nuovo ruolo della causa in attesa della pronuncia del giudice europeo, ma ha poi richiamato (con qualche imprecisione), nella sent. n. 84/2016, il contenuto della decisione della Grande Chambre sul caso Parrillo, definendolo «caso analogo». A prescindere da qualsiasi valutazione sull'opportunità di un confronto sul tema tra Consulta e Corte di Strasburgo e non potendoci, in queste note, soffermare sull'ondivago atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale riguardo all'utilizzo, nei propri giudizi, del parametro interposto costituito dalla CEDU, si vuole solo evidenziare che i due giudizi, decisi

la quale il Tribunale di Firenze aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 3, e 13, commi da 1 a 3, della legge, per violazione di plurimi parametri costituzionali, la Consulta ha dichiarato l'inammissibilità di entrambe le questioni, seppur per diversi motivi: quanto alla prima, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo* del dubbio di costituzionalità relativo al divieto di revoca del consenso all'impianto degli embrioni prodotti *in vitro* dopo la fecondazione dell'ovulo²; con riferimento alla seconda, in quanto la pronuncia additiva, sollecitata dal giudice rimettente per temperare l'assolutezza del divieto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione non finalizzata alla tutela dello stesso, rientra nell'ambito di scelte altamente discrezionali spettanti al legislatore rappresentativo e perciò sottratte al sindacato della Corte³.

Questa sentenza del 2016 presenta vari aspetti di continuità con le pregresse decisioni rese dal giudice costituzionale in materia di PMA, ma anche significativi profili di novità, tra i quali, anzitutto, quello di rimettere, per la prima volta, al vaglio della Consulta il controllo sul bilanciamento tra salvaguardia degli interessi dell'embrione e promozione della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva. È pur vero che la Corte aveva dichiarato, con la sentenza n. 46 del 2005, l'ammissibilità della richiesta del referendum abrogativo di parti degli artt. 12, 13 e 14 della l. n. 40/04⁴, ma, com'è noto, il giudizio di ammissibilità si atteggia con caratteristiche specifiche e autonome rispetto al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e, pertanto, in quella sede, la Corte non è stata chiamata a valutare l'illegittimità costituzionale della legge n. 40/04, né dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'abrogazione referendaria⁵.

Un primo tratto di congiunzione tra la decisione in esame e i precedenti giudizi di legittimità costituzionale della l. n. 40/04⁶ può essere rintracciato nella dichiarazione di inammissibilità della questione relativa all'art. 6, co. 3, già pronunciata, per la medesima ragione, con la sent. n. 151/09 e con l'ord. n. 97/10. Si tratta di un punto di particolare interesse, per almeno un duplice ordine di motivi: in primo luogo, pur non potendosi non convenire con la Corte sull'effettiva carenza del requisito della rilevanza della questione sollevata dal giudice fiorentino in relazione all'art. 6, co. 3 – per il suo carattere meramente ipotetico e non attuale –, si deve riscontrare la persistenza di molte problematiche scaturenti da tale controversa disposizione, a cominciare dall'indefinita destinazione degli embrioni di cui la madre abbia rifiutato l'impianto, contravvenendo al divieto di revoca del consenso alla pro-

rispettivamente dalla Corte Edu e dalla Corte costituzionale italiana, nonostante alcune analogie, sono profondamenti diversi, non solo perché differenti erano le peculiari circostanze di fatto delle coppie ricorrenti e le norme richiamate nei due giudizi, ma soprattutto perché diversi sono questi ultimi e il ruolo ricoperto in ciascun sistema dal giudice costituzionale e da quello convenzionale. In generale, sui rapporti tra Corte costituzionale e giudice convenzionale su questioni inerenti la fecondazione artificiale, v. G. Repetto, "Non di sola CEDU...". La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa, in *Dir. pubbl.*, 2013, p.131 ss.; sul caso Parrillo, v. almeno V. ZAGREBELSKY, "Parrillo c. Italia". *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, p.609 ss.

² Punto 6 del Considerato in diritto.

³ Punto 11 del Considerato in diritto.

⁴ Consultazione referendaria fallita per il mancato raggiungimento del *quorum* necessario per la sua validità.

⁵ Così Corte cost., sent. 46/2005, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶ Altri aspetti di continuità possono essere ravvisati sia nel già citato richiamo alla giurisprudenza CEDU, sia nel fatto che più questioni di legittimità costituzionale della l. n. 40/04 sono sorte a seguito di ricorsi d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; nel segno della continuità anche la inammissibilità dell'intervento nel giudizio costituzionale di varie associazioni che non erano parti nei giudizi *a quibus*.

secuzione del trattamento di PMA dopo la fecondazione dell'ovulo. In secondo luogo, si può osservare che le due questioni rimesse al vaglio della Consulta dal Tribunale di Firenze, seppur distinte⁷, si prestano ad una lettura "in parallelo", riguardando entrambe l'incerta condizione degli «embrioni non portati a nascita»⁸. Più precisamente, il dubbio di legittimità costituzionale relativo all'art. 6, co. 3, della l. n. 40/04 finiva per investire non tanto le condizioni legittimanti la revoca del consenso all'impianto degli embrioni già formati *in vitro*, quanto la successiva sorte degli stessi, atteso che la legge n. 40/04 vieta sia la soppressione degli embrioni, sia la loro crioconservazione (art.14, co. 1).

Al contempo, e tenuto conto dell'assolutezza del divieto di ricerca sugli embrioni di cui all'art. 13, il medesimo tribunale dubitava della legittimità costituzionale di tale disposizione nella specifica e unica ipotesi in cui la sua applicazione avesse interessato anche embrioni non portati alla nascita perché inidonei all'impianto, in quanto affetti da grave patologia. Con riferimento a tale specifica circostanza, il giudice *a quo* rimarcava come l'incondizionato divieto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni finisse per risolversi «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese alla ricerca scientifica», senza per questo garantire il diritto alla vita dell'embrione.

Preso atto della possibile lettura congiunta delle due *quaestiones legitimitatis* sollevate dal giudice di Firenze, ma anche e soprattutto della loro sostanziale distinzione, l'obiettivo principale di queste brevi note è quello di fare chiarezza sulla eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita», precisando anzitutto perché, nonostante il chiaro divieto di crioconservazione posto dalla legge del 2004, ad oggi⁹ esiste un numero considerevole di embrioni non impiantati dei quali, anche a seguito dell'intervento del giudice costituzionale, è stata disposta la criopreservazione in azoto liquido previo congelamento. Il passo successivo sarà quello di verificare gli spazi e le condizioni per la possibile assunzione di una decisione normativa più flessibile e pragmatica in materia di sperimentazione su alcune tipologie di embrioni. Ripercorrendo l'*iter* argomentativo della sent. n. 84 del 2016 si specificheranno le ragioni per cui una simile scelta non può che spettare al legislatore rappresentativo.

2. Le problematiche scaturenti dalla revoca del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato

Per ammissione dello stesso giudice rimettente, il dubbio di costituzionalità relativo all'art. 6, co. 3, sebbene privo di un concreto collegamento con il giudizio *a quo*, nasceva da una valutazione sistematica della disciplina dettata dalla legge n. 40/04, quale risultante all'esito degli interventi caducatori e manipolativi della Consulta.

⁷ Come si preciserà meglio *infra*, le due questioni sono distinte non solo perché hanno ad oggetto due diverse disposizioni, ma anche perché presuppongono la ponderazione tra diversi interessi di rilievo costituzionale.

⁸ Punto 8.2. del Considerato in diritto.

⁹ Nell'ultima *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione assistita* (26 giugno 2015), contenente i dati riferiti all'anno 2013, si evince che il numero degli embrioni formati e crioconservati in quell'anno è pari a 22.143, con un aumento del 16,8% rispetto al 2012. Il *trend* di crescita degli embrioni sottoposti a crioconservazione parte dal 2009, anno di emanazione della sent. n. 151 della Corte costituzionale, su cui vedi *infra*. Nel 2008 gli embrioni crioconservati erano 763, nel 2010 sono stati 16.280.

In effetti, come ripetutamente evidenziato dalla pressoché unanime dottrina¹⁰, il divieto di revoca del consenso all'impianto di cui all'art. 6, co. 3, solleva soprattutto un problema di natura pratico-operativa, dal momento che la legge 40 reca tanto un divieto assoluto di distruzione degli embrioni, quanto un divieto di crioconservazione degli stessi (salvo l'eccezionale ipotesi prevista nel 3° comma dell'art. 14), non definendo dunque quale debba essere il destino degli embrioni non impiantati a causa del rifiuto da parte della madre¹¹. Né ha *immediati* risvolti pratici la considerazione dei motivi che inducono la donna a revocare il consenso all'impianto dopo la formazione dell'embrione; quali che siano le ragioni – anche le più deplorabili – che spingono la madre a rifiutare il trasferimento in utero dell'embrione e pur ammesso che sia anche solo astrattamente configurabile un sindacato da parte di un terzo sulla decisione da ella assunta¹², pare evidente che la legge n. 40/04 nulla dispone sulle conseguenze del diniego opposto dalla donna¹³. Non solo la legge non prevede alcuna sanzione nei riguardi della medesima, ma neppure potrebbe prospettarsi un'esecuzione coattiva dell'impianto: chiari ed insormontabili ostacoli giuridici impediscono la configurazione di un aberrante obbligo di trasferimento coattivo dell'ovulo fecondato contro la divergente volontà manifestata dalla madre, che pur aveva precedentemente acconsentito alla creazione dell'embrione. Anche qualora si insistesse nel voler ricavare dalla lettera dell'art. 6 un obbligo in capo al medico e ai genitori, si tratterebbe evidentemente di un obbligo non coercibile, in quanto l'impianto coattivo dell'embrione si risolverebbe in un trattamento sanitario obbligatorio sicuramente irrispettoso della persona umana¹⁴, giacché capace di degradare il corpo della madre a mera incubatrice, senza contare che esso non sarebbe funzionale a garantire il diritto alla vita dell'embrione, evidentemente esposto al successivo ricorso da parte della donna all'interruzione volontaria della gravidanza, anche in considerazione delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento (art. 4, legge n. 194/78).

Con grande realismo e seppur con alcuni dubbi di legittimità, i decreti ministeriali del 2004 e del 2008, che adottavano le Linee guida in materia di PMA, consentivano la crioconservazione non solo degli embrioni non trasferiti per cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna – conformemente a quanto già previsto dall'art. 14, co. 3, della l. n. 40/04 – ma anche di quelli il cui trasferimento risultava comunque non attuato, evidentemente per il rifiuto da parte della madre.

¹⁰ In tema v. almeno A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 217, con ampi riferimenti dottrinali.

¹¹ Né potrebbe essere di qualche aiuto l'inciso di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 14 che «fa salve» le previsioni della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Tale inciso, denso di ulteriori aspetti problematici è, in ogni caso, non confacente alla soluzione pratica del problema della revoca del consenso all'impianto, giacché, com'è evidente, l'interruzione di una gravidanza presuppone l'avvio della stessa e dunque l'impianto dell'embrione.

¹² V. l'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale (ord. 7 dicembre 2012, pubbl. in G.U. del 17 luglio 2013, n. 29), dove il Tribunale di Firenze sostiene che la decisione sul non impianto dell'embrione, anche quando dovuta alla prevenzione di rischi per la salute della madre, è una scelta demandata al sanitario e non alla donna.

¹³ Cfr. l'opinione dissenziente di A. Santosuosso e C.A. Redi sulla «Relazione finale» approvata l'8 gennaio 2010 dalla «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.

¹⁴ Sul limite del rispetto della persona umana anche nel caso di trattamenti sanitari obbligatori disposti per legge, ai sensi dell'art. 32 Cost., v. almeno R. ROMBOLI, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (dir. da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988, p.343.

Tuttavia, questa previsione, non riprodotta nelle successive Linee guida adottate nel 2015, non solo poneva problemi di rapporti tra fonti giuridiche di diverso rango gerarchico¹⁵, ma esponeva il medico al rischio di incorrere nella pesante sanzione conseguente alla violazione del divieto di crioconservazione¹⁶.

Senza potersi ulteriormente addentrare in questa sede sulle problematiche scaturenti dalla previsione di cui all'art. 6, co. 3, si vuole soltanto rimarcare che il dubbio di costituzionalità che ha investito tale controversa disposizione concerne prevalentemente le conseguenze della revoca del consenso al trattamento e precisamente cosa si debba fare dell'embrione di cui la madre abbia, legittimamente o illegittimamente, rifiutato l'impianto. Il problema degli embrioni non impiantati a causa dell'opposizione da parte della donna¹⁷ a proseguire il progetto procreativo resta a tutt'oggi irrisolto, come lo era del resto già fin dall'entrata in vigore della legge n. 40/04 e meriterebbe compiuta regolazione da parte del legislatore, in quanto il regime di indeterminatezza che si protrae da oltre 12 anni potrebbe indurre gli operatori sanitari ad assumere atteggiamenti a dir poco discutibili, come la minaccia del ricorso a provvedimenti coercitivi da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti della donna che abbia rifiutato l'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo¹⁸.

3. Lo sgretolamento del divieto di crioconservazione degli embrioni

Pur dovendosi ribadire l'impossibilità di configurare un impianto coattivo degli embrioni nell'utero della donna non più consenziente, è opportuno precisare che il divieto di crioconservazione degli stessi, di cui all'art. 14, co. 1, ha subito nel corso degli ultimi anni un progressivo sgretolamento.

¹⁵ Cfr. P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

¹⁶ Secondo una parte della dottrina la crioconservazione degli embrioni di cui la donna rifiuta l'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo potrebbe farsi discendere da un'interpretazione estensiva dell'art. 14, co. 3, su cui ci si soffermerà nel corso della trattazione. In questo senso, v., da ultimo, V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in www.penalecontemporaneo.it, p.5 ss.

¹⁷ Se si considera l'incidenza prevalente, se non esclusiva, dello stato gravidico sulla salute psico-fisica della madre (cfr. Corte cost., ord. n. 389/1988), si spiega la diversa rilevanza della revoca del consenso all'impianto da parte del padre dopo la fecondazione dell'ovulo. Laddove infatti si rinvenga una discordanza tra la volontà dell'uomo e quella della donna, è sempre quest'ultima a prevalere, tanto nel caso in cui il padre si opponga al trasferimento dell'embrione dopo la sua formazione, quanto laddove la madre rifiuti l'impianto dell'embrione nonostante la divergente volontà del partner maschile. Nel primo caso, infatti, ben si comprende la ratio del divieto di cui all'art. 6, che pertanto vieta all'uomo, che abbia prestato il consenso alla fecondazione dell'ovulo con il proprio seme, di opporsi successivamente all'impianto dell'embrione, cui sarà ugualmente attribuito lo stato di figlio legittimo o naturale. Ed infatti le Linee guida ministeriali, in riferimento all'art. 14 della l. n. 40, specificano che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Nel caso invece di revoca del consenso all'impianto da parte della madre, nessun rilievo potrà essere attribuito alla divergente volontà del padre che ovviamente non potrà pretendere un impianto coattivo dell'embrione, né potrà impedire, come noto, il successivo ricorso da parte della donna all'IVG. Su tali questioni, A. PALMA, *La revoca del consenso alla crioconservazione degli embrioni*, in AA.Vv., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Vol. II, Bari, 2012, p.936 ss.

¹⁸ V. l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, dove si riferisce di una simile prospettazione, da parte dei responsabili del Centro medico di fecondazione assistita, nei confronti della coppia, ricorrente nel giudizio *a quo*.

Nella sentenza che si commenta, il giudice costituzionale rileva che «nel nostro ordinamento, la possibilità di creare embrioni non portati a nascita (...) è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151/2009». L'affermazione è parzialmente corretta o comunque bisognosa di qualche precisazione: come si è già avuto modo di puntualizzare, anche prima della decisione del 2009 della Consulta, quando la donna revocava il consenso all'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo, *sul piano pratico*, si poneva il problema del destino degli embrioni prodotti ma non impiantati.

È pur vero però che, prima della sentenza n. 151/09, la legge n. 40/04 vietava di creare, in ciascun ciclo di PMA, più di tre embrioni e di procedere ad un loro parziale impianto. I divieti di cui all'originaria formulazione dell'art. 14, co. 2, erano stati dettati dal legislatore del 2004 con l'evidente intento di porre fine alla pratica della produzione soprannumeraria di embrioni con successiva crioconservazione di quelli non immediatamente trasferiti. Tale pratica, in carenza di alcun limite legale, trovava ampio ed incontrollato riscontro nei protocolli di PMA effettuati prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e si prestava ai più disparati fini, tra i quali, in particolare, quello di produrre un numero di embrioni (una "scorta") sufficiente per effettuare indagini genetiche preimpianto e, all'esito di queste, selezionare gli embrioni non affetti da malattie genetiche; rispondeva all'esigenza di evitare i rischi sulla salute della donna e del nascituro derivanti da ripetute stimolazioni ormonali o da possibili gravidanze plurigemellari; o ancora, mirava a creare embrioni il cui trasferimento in utero veniva posticipato, vuoi per ragioni mediche connesse alla salute della madre – che consigliavano di non procedere all'immediato avvio della gravidanza –, vuoi per ragioni di mera opportunità fatte proprie dai genitori, chiamati così a decidere, in accordo con il medico, non solo il momento di formazione degli embrioni ma anche quello del loro trasferimento in utero¹⁹.

L'approvazione della legge n. 40/04, recante non solo l'obbligo di produrre massimo tre embrioni da impiantare tutti immediatamente, ma anche un esplicito divieto di crioconservazione degli stessi, pur perseguendo il condivisibile obiettivo di vietare il ricorso alla crioconservazione per ragioni che esulano dalla prevenzione di rischi alla salute della gestante connessi all'immediato trasferimento degli embrioni, ha finito per sollevare, sotto più profili e in ragione della rigidità dei divieti ivi previsti, dubbi di compatibilità con l'art. 32 della Costituzione, che tutela il fondamentale diritto alla salute. Ed infatti, con la sent. n. 151/09, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., dell'art. 14, co. 2, limitatamente all'obbligo di produzione di massimo tre embrioni e di un loro contemporaneo impianto, e del co. 3 del medesimo articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni (...) debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della madre». Pur non pronunciandosi in merito all'altra questione di costituzionalità relativa al co. 1 dell'art. 14, la Corte ha introdotto, quale logica conseguenza dell'intervento caducatorio sul comma 2 dello stesso articolo, una deroga implicita al divieto di crioconservazione, ammettendo così il ricor-

¹⁹ Ciò si è, ad esempio, verificato nel caso *Parrillo*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 27 agosto 2015. La ricorrente Sig.ra Adelina Parrillo nel 2002 si era sottoposta con il suo compagno a trattamento di fecondazione *in vitro*; i cinque embrioni ottenuti mediante il trattamento furono posti in crioconservazione. In data 12 novembre 2003, il compagno della ricorrente decedette in un attentato a Nassiria, mentre trasmetteva un servizio sulla guerra; a seguito di ciò, la donna decise di non farsi impiantare gli embrioni e chiese ripetutamente al centro di PMA, presso il quale erano stati crioconservati, il rilascio degli stessi perché potessero essere donati alla ricerca sulle cellule staminali.

so alla tecnica del congelamento nei riguardi degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica. Quel che rileva evidenziare, fin d'ora, è che il mancato immediato trasferimento di questi embrioni è funzionale ad evitare effetti pregiudizievoli sulla salute della madre ed, eventualmente, del nascituro, ma non necessariamente presuppone l'accertamento di anomalie o malformazioni embrionali, tali da determinarne l'inidoneità all'impianto, il quale potrà essere effettuato in un secondo momento, quando ad esempio la coppia deciderà di avviare una nuova gravidanza.

Ben diversa è la condizione degli embrioni «privi di trasferimento (...) perché malati»²⁰, e cioè di quegli embrioni di cui sia stato accertato, tramite diagnosi preimpianto, la trasmissione della malattia genetica di cui i genitori sono affetti o portatori sani. Com'è noto, dopo una lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale²¹, che ha visto nella sent. n. 151/09 un significativo anche se non risolutivo passaggio, si è iniziata a spianare la strada per l'esecuzione di indagini genetiche preimpianto, quanto meno quando richieste da coppie infertili e portatrici di malattie a trasmissione genetica. Tali esami diagnostici richiedono, in molti casi²², un'elevata produzione di embrioni volta ad incrementare le probabilità di produrne alcuni sani e quindi impiantabili senza arrecare gravi pregiudizi alla salute della madre. Ma, come correttamente rimarcato dal giudice costituzionale in un passaggio della decisione in esame, è soprattutto a seguito e per effetto della sent. n. 96 del 2015 che si è ampliato il numero degli embrioni selezionati dopo l'effettuazione di diagnosi preimpianto, in quanto, da un lato, è stato rimosso il divieto di accesso alla PMA per coppie fertili ma portatrici di malattie a trasmissione genetica, dall'altro, sono stati in buona parte²³ chiariti i presupposti degli esami diagnostici preimpianto e della successiva ed eventuale selezione embrionaria.

Di lì a poco nella correlata sent. n. 229/2015²⁴, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi sulla sorte degli embrioni selezionati a seguito di indagini genetiche preimpianto e, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni della l. n. 40/04, che configurano il reato di soppressione dell'embrione anche quando riferito a quelli affetti da malattia genetica, ne ha disposto la crioconservazione obbligatoria e di durata indeterminata. Pur pervenendo alla condivisibile conclusione per cui la malformazione di questi embrioni non ne giustificherebbe la «soppressione *tamquam res*», in un anodino passaggio di quella sentenza la Corte, spinta dall'esigenza di assicurare un'adeguata tutela alla «dignità dell'embrione», ha consentito ancora una volta il ricorso alla procedura di crioconservazione, assicurando agli embrioni non trasferiti perché

²⁰ Punto 8.2. del *Considerato in diritto*

²¹ Per una ricostruzione della quale si rinvia a B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della l. n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *www.rivistaic.it*, 2/2014.

²² Come quando è alto il rischio di trasmettere al nascituro la malattia genetica di cui sono affetti i genitori.

²³ Sulla necessità di un ulteriore intervento del legislatore, volto a chiarire i presupposti di praticabilità della diagnosi genetica preimpianto, v. C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in questa *Rivista*, n. 1/2016, p.271 ss., e, se si vuole, M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, p.803 ss.

²⁴ Su cui cfr. L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2015.

malati un trattamento non meno deteriore di quello riconosciuto agli embrioni soprannumerari non impiantati per scelta medica²⁵.

4. Precisazioni sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita» e considerazioni sul loro destino, non necessariamente tragico

Tenuto conto delle risultanze di questo *restyling* giurisprudenziale²⁶ della legge n. 40/04, è possibile tentare di fare chiarezza sull'eterogenea categoria degli «embrioni non portati a nascita», tutti attualmente crioconservati nonostante la formale vigenza del divieto legale di cui all'art. 14, co.1. Le precisazioni che seguiranno sembrano quanto mai necessarie, perché gravide di rilevanti implicazioni di natura teorica e pratica, ma si rivelano anche opportune, in quanto l'uso indifferenziato, con riferimento a questi embrioni, di aggettivazioni come “abbandonati”, “avanzati”, soprannumerari” o “residuali”, potrebbe trarre in inganno, portando a sottovalutare le preminenti ragioni del mancato impianto e così anche le possibili future destinazioni degli stessi.

In primo luogo, si deve osservare che, prim'ancora di qualsiasi intervento del giudice costituzionale, nell'impianto originario della l. n. 40/04 era già consentito (e tuttora lo è) il ricorso alla crioconservazione degli embrioni quando il trasferimento dei medesimi «non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (art. 14, co. 3). A prescindere dalla possibile lettura estensiva di questa disposizione, va sottolineato che essa espressamente configura la crioconservazione come misura transitoria in attesa di un trasferimento in utero degli embrioni «da realizzarsi non appena possibile», ma non si può escludere *a priori* che le condizioni di salute della madre, ostative all'impianto, perdurino dopo la crioconservazione degli embrioni rendendone impossibile il trasferimento in utero.

In secondo luogo, rientrano tra gli embrioni non impiantati e crioconservati anche quelli la cui produzione in soprannumero, dopo la sentenza n. 151/09 della Corte costituzionale, sia stata pianificata e programmata dal medico e dalla donna sottoposta al trattamento di PMA per garantire il buon esito dello stesso, senza esporre a pregiudizio la salute della madre o del nascituro.

In terzo luogo, vi sono gli embrioni selezionati a seguito di indagini preimpianto, in quanto risultati affetti dalla medesima malattia a trasmissione genetica dei genitori e il cui impianto determinerebbe un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, alla stregua di quanto previsto, ai fini del ricorso all'aborto terapeutico, dall'art. 6 della legge n. 194/78²⁷.

In quarto luogo e tenuto conto della incoercibilità dell'impianto degli embrioni, vanno presi in considerazione quelli di cui la madre abbia revocato il consenso al trasferimento in utero dopo la loro formazione.

²⁵ Secondo il giudice costituzionale la soppressione non troverebbe giustificazione nel soddisfacimento di altri interessi antagonisti di rilievo costituzionale, come nel caso del mancato impianto funzionale a tutelare il diritto costituzionale alla salute della madre.

²⁶ O meglio, di una vera e propria riscrittura giurisprudenziale della legge, come rilevato, tra i tanti, da S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

²⁷ Corte cost., sent. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Infine, ed a completamento del quadro degli embrioni attualmente non portati alla nascita, vi sono quelli formati e congelati prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/04 e quelli non impiantati in quanto non è stato possibile effettuare la biopsia²⁸.

Tutti questi embrioni, sebbene accomunati dalla condizione del non impianto e dall'attuale stato di crioconservazione, non si prestano ad una valutazione unitaria ed indiscriminata circa la loro possibile futura destinazione. Vi è un fondamentale differenza tra gli embrioni selezionati a seguito di diagnosi genetica preimpianto e tutti gli altri non portati a nascita: i primi non potranno mai essere impiantati nell'utero della madre, giacché il loro trasferimento determinerebbe un grave pericolo per la salute della medesima; i secondi, invece, non sono *assolutamente* inidonei all'impianto, che, ove ne ricorrano i presupposti, potrà essere effettuato in futuro previo scongelamento. Detto diversamente, il mancato impianto dei primi è dovuto a condizioni intrinseche e patologiche dell'embrione aventi gravi ricadute sulla salute della madre (come forse di qualsiasi altra donna); negli altri casi, il mancato trasferimento dipende da ragioni estrinseche allo stato dell'embrione, connesse cioè o alla volontà o alle specifiche condizioni di salute della madre, ma queste circostanze non rendono tali embrioni inidonei ad un successivo impianto, che dia compimento alla loro aspettativa di vita²⁹.

Con riferimento a quest'ultima tipologia di embrioni non impiantati e crioconservati, si pongono specifiche questioni che non investono soltanto la determinazione della responsabilità e la sopportazione dei costi della conservazione³⁰, ma anche e fundamentalmente la necessità di predisporre una di-

²⁸ L'impossibilità di procedere alla biopsia non consente di conoscere lo stato di salute dell'embrione prodotto e non trasferito. Al riguardo, va rammentato che l'art. 14, co. 5, della l. n. 40/04 riconosce alla coppia il diritto di essere informato sullo stato di salute dell'embrione in ogni fase di applicazione delle tecniche di PMA.

²⁹ Si potrebbe anche ipotizzare un'ulteriore distinzione tra embrioni "assolutamente" inidonei all'impianto, che per le ragioni che si espliciteranno *infra* potrebbero essere destinati alla ricerca; ed embrioni che sono solo "relativamente inidonei all'impianto", e cioè embrioni di cui la madre abbia revocato il consenso all'impianto, ma le cui eventuali anomalie e malformazioni non avrebbero gravi ricadute sulla salute psico-fisica di altre donne, pronte ad accettarli nel proprio grembo e a favorire così la nascita di un figlio, anche se malformato, e ciò sempre e solo nell'ipotesi in cui venga regolata l'adozione dell'embrione per la nascita. Rispetto a quest'ultima ipotesi – che chiama in causa delicati compiti di accertamento dello stato di salute dell'embrione e di informazione della donna che intenda accoglierlo – non sarebbe legittimo distrarre l'embrione dalla sua "destinazione privilegiata", qual è la nascita, e dunque si dovrebbero oltremodo favorire le aspettative di vita di questo embrione sempre e necessariamente *con* la donna che voglia accoglierlo nel proprio corpo.

³⁰ Le Linee guide ministeriali del 2004 e 2008 distinguevano tra embrioni in attesa di futuro impianto, compresi quelli crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge 40, ed una seconda categoria di embrioni in c.d. stato di abbandono, stabilendo un diverso regime di costi per la crioconservazione. Diversamente le nuove Linee guida approvate nel 2015 non dispongono nulla a riguardo, ma rinviano a quanto previsto nel paragrafo E.9 dell'Accordo Stato-Regioni stipulato il 15 marzo 2012. Tale atto contiene tuttavia una regolamentazione parzialmente diversa, non solo sull'allocatione dei costi per il congelamento, ma anche riguardo alla qualificazione degli embrioni crioconservati. L'Accordo Stato-Regioni del 2012 stabilisce infatti che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto» vanno congelati e crioconservati presso i centri dove vengono effettuate le tecniche. Quanto al sostentamento delle relative spese si rinvia alla «normativa vigente», che, in effetti, fino al 2015 era contenuta nelle già citate Linee Guida ministeriali del 2008, oggi sostituite da quelle approvate il 1° luglio 2015, le quali, tuttavia, su questo specifico aspetto, si limitano a richiamare l'Accordo del 2012 che, a sua volta, rinvia alle Linee Guida del 2008. Quanto agli embrioni in «stato di abbandono», l'Accordo del 2012 affida alle Regioni e alle Province autonome la regolazione del regime dei costi e quindi, ancora una volta, si rinvia ad atti di futura approvazione; ma, in particolare, va evidenziato che l'Accordo qualifica come embrioni abbandonati quelli prodotti prima dell'entrata in vigore della legge 40. Non è

disciplina che ne favorisca la loro destinazione più appropriata e cioè la nascita. E pertanto, laddove si dovesse accertare il definitivo stato di abbandono di questi embrioni da parte dei genitori, sarebbe auspicabile che il legislatore ne consenta l'impianto nell'utero di un'altra donna, disposta così a dare soddisfazione tanto alle aspettative di vita dell'embrione "orfano", quanto al proprio interesse alla genitorialità il quale, oltre a trovare realizzazione nelle forme della genitorialità sociale e affettiva, vedrebbe nella gestazione un ulteriore e fondamentale momento di instaurazione di quel legame³¹. Una simile soluzione, che richiede un'attenta e compiuta regolamentazione legislativa, è già stata auspicata da oltre un decennio³² dal Comitato Nazionale di Bioetica che, nel documento del 2005 sulla «Adozione per la Nascita (APN)», ha messo in luce una problematica lacuna nella disciplina italiana sulla fecondazione assistita: la legge n. 40/04, infatti, pur prefigurando una tutela forte del nascituro, nulla dice «in positivo» sul futuro destino degli embrioni congelati ed abbandonati, lasciando così ipotizzare che essi debbano essere custoditi fino alla loro estinzione, momento, tra l'altro, indeterminabile non potendo, allo stato attuale, la scienza fornire alcuna risposta certa sulla durata massima della crioconservazione.

Pur esistendo diverse opinioni sullo statuto giuridico dell'embrione e sul grado di tutela ad esso spettante, dovrebbe essere generalmente condiviso che, laddove non vi sono interessi antagonisti all'impianto e all'avvio di una gestazione, l'interesse prioritario dell'embrione che deve trovare soddisfacimento è l'ottenimento della nascita e ciò potrebbe essere garantito dall'intervento solidaristico di una donna diversa dalla madre biologica, disposta ad "adottare" l'embrione abbandonato. Non ci sembra siano configurabili altri rimedi per soddisfare l'aspettativa di vita dell'embrione, condizionata necessariamente dalla mediazione del corpo di una donna³³; né sembra preferibile perpetrare

facile comprendere il senso di questa precisazione, che si rileva sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti competenti a regolare il regime dei costi, ma non influisce nell'immediato e praticamente sullo stato degli embrioni abbandonati, per i quali si dispone in ogni caso la crioconservazione. Non è chiaro, in particolare, se detti embrioni, prodotti prima della l. n. 40, debbano oramai ritenersi idonei all'impianto (in considerazione dell'eccessiva durata della crioconservazione?) o se, invece, anche per questi, i centri di PMA debbano sopportare i costi di congelamento in vista di una futura richiesta di impianto.

Ad ogni modo, come si è potuto appurare, la sorte di questi embrioni crioconservati è ad oggi indefinita ed, infatti, nel Comunicato stampa del Ministero della Salute diramato il 1° luglio 2015, in occasione dell'approvazione delle nuove linee guida, il Ministro Lorenzin ha annunciato l'imminente approvazione di un apposito decreto sugli embrioni abbandonati.

³¹ In questo senso l'adozione per la nascita dell'embrione abbandonato presenta qualche analogia con la surrogazione di maternità: in entrambe le ipotesi, infatti, la gestazione è effettuata da una donna diversa da quella il cui ovocita è stato fecondato. Tuttavia vi è una sostanziale differenza tra le due fattispecie: la donna che adotta l'embrione ai fini della nascita effettua la gestazione per assumere il ruolo genitoriale e senza che il suo intervento sia stato progettato all'atto della fecondazione; diversa è anche l'intenzione soggettiva della gestante che, nel caso dell'adozione per la nascita, è mossa dal desiderio di una maternità che assumerà pienamente, oltre che dall'obiettivo altruistico di sottrarre una vita umana embrionale all'ipotesi di congelamento a tempo indeterminato.

³² Prim'ancora del documento dell'CNB, l'istituto della adozione degli embrioni era stato previsto nel disegno di legge n. AC 414 approvato, nel corso della XIII Legislatura, dalla Camera dei deputati il 26 maggio 1999, in un testo risultante dall'unificazione di diversi disegni di legge in materia di PMA.

³³ Se è vero, infatti, che le moderne tecnologie riproduttive permettono di scindere la riproduzione dalla sessualità e, laddove consentito dall'ordinamento, supportano la distinzione tra genitorialità genetica, uterina e giuridico-sociale, è altrettanto vero che, ad oggi, nessuna tecnologia consente di prescindere dal corpo di una donna e, in particolare, dal suo utero, per la gestazione e la nascita di un feto, comunque concepito.

sine die la conservazione in azoto liquido dello stesso o, ancor meno, attenderne l'estinzione, facendo così svanire definitivamente qualsiasi speranza di essere impiantato e venire alla luce. Volendo riprendere l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 84/2016 e adattandola alla particolare condizione degli embrioni abbandonati ma capaci di essere portati a nascita da parte di un'altra donna, si può sostenere che, in questi casi, la decisione sul loro destino è sicuramente meno «tragica» di quella degli embrioni inidonei all'impianto.

Purtroppo molto diversa è la situazione di questi ultimi, la cui condizione patologica, lungi dal costituire un male in sé o il solo presupposto sufficiente per autorizzarne la definitiva estinzione, costituisce una causa ostativa all'avvio o alla prosecuzione della gravidanza, il cui buon esito non può prescindere dallo stato di salute della madre o di qualsiasi altra donna disposta ad accogliere l'embrione. Proprio la peculiare condizione degli embrioni non impiantati e non impiantabili, perché malati, ha indotto il Tribunale di Firenze a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/04, nella parte in cui vieta di destinare alla ricerca scientifica – orientata alla sperimentazione di innovative pratiche terapeutiche che potrebbero giovare all'interesse di tanti malati privi di cure alternative ed efficaci – anche questi embrioni, destinati pertanto all'ibernazione indefinita. Senza voler mettere in discussione l'obbligo di tutela costituzionale del nascituro, il giudice fiorentino ha valutato con grande pragmatismo le conseguenze scaturenti da un divieto assoluto di qualsiasi intervento sperimentale sull'embrione a prescindere dal suo grado di sviluppo³⁴ e soprattutto dalla sua idoneità a essere impiantato nell'utero di una donna. Il dubbio avanzato a riguardo è quello di un'eccessiva, incongrua e perciò irragionevole compressione di interessi di sicuro rilievo costituzionale, quali la libertà di ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.) e la tutela della salute individuale e collettiva (art. 32), evidentemente connessa all'avanzamento dell'attività di ricerca in ambito biomedico. In questo specifico caso, la «scelta tragica», il dilemma di fondo da sciogliere è se sia ragionevole dare a questi embrioni una destinazione diversa dalla crioconservazione, una destinazione come il prelievo di cellule staminali pluripotenti che, pur aprendo potenzialmente verso nuove prospettive terapeutiche – non nell'interesse dell'embrione stesso³⁵, ma in prospettiva solidaristica – comporta necessariamente la distruzione dell'embrione³⁶.

A fronte di una simile questione, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi pronunciare nel merito, non tanto perché, com'è evidente, la decisione sul bilanciamento tra i valori in conflitto rientra nei compiti del legislatore rappresentativo, quanto piuttosto per la carenza, nel caso di specie, della crisafulliana «rima obbligata» e, quindi, perché l'addizione normativa sollecitata dal giudice a

³⁴ Il giudice rimettente ha infatti dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. n. 40/04 anche nella parte in cui «non viene attribuito alcun rilievo alla specifica condizione in cui il materiale genetico si trova», precisando altresì che, secondo la scienza biologica, tra il momento della fecondazione e quello della formazione dell'embrione intercorre un lasso di tempo in cui si è in presenza di una «entità in fase precedente». Ed infatti, alcuni ordinamenti giuridici diversi da quello italiano distinguono tra embrione e pre-embione.

³⁵ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della l. n. 40/04, «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è consentita a condizione che si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (corsivo non testuale).

³⁶ Cfr. R. CRISTIANO, *La sperimentazione sugli embrioni*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, p.324.

quo non costituirebbe l'unica scelta compatibile con la Costituzione, capace di ripristinare la coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico³⁷. Seppur è vero, infatti, che la decisione di destinare le cellule embrionali alla ricerca sperimentale risponderebbe ad una finalità di sicuro rilievo costituzionale e comunque non frustrerebbe, nel caso specifico, l'aspettativa di vita di un embrione, destinato ugualmente al deperimento, è altrettanto certo che una simile opzione dovrebbe essere accompagnata dalla compiuta regolamentazione di aspetti che non possono essere affidati alla sola responsabilità dei medici o dei ricercatori, ai codici deontologici e neppure all'intervento surrogatorio del giudice. La stessa Corte costituzionale non ha mancato di rilevare che qualora il legislatore – «quale interprete della volontà della collettività»³⁸ – dovesse in futuro adottare un approccio più permissivo nei confronti della ricerca sugli embrioni, solo lo stesso potrà risolvere, anche sulla base delle «evidenze scientifiche»³⁹, altre rilevanti questioni: tra queste, si segnalano, in particolare, la necessità di definire quali condizioni (e cioè quali malattie o anche solo l'impossibilità di praticare la biopsia) rendono un embrione non idoneo all'impianto; quali ricerche scientifiche condotte su embrioni malati possono giustificarne, in ragione dei loro obiettivi, l'utilizzo e inevitabilmente la distruzione⁴⁰; se prima della destinazione alla ricerca sarà necessario ricorrere, per un determinato periodo, alla crioconservazione; come si accerta lo stato di abbandono dell'embrione; e, non da ultimo, sempre il legislatore dovrà premurarsi di predisporre idonee cautele per evitare la commercializzazione delle cellule embrionali.

Sembra pertanto che, così argomentando, il giudice costituzionale non abbia, come in passato⁴¹, imboccato discutibili scorciatoie per evitare di assumere una decisione nel merito sulla composizione degli interessi in conflitto. Né pare che in questa sentenza la Corte abbia eccessivamente enfatizzato il rispetto per la dignità dell'embrione; pur condividendo l'opinione di quella parte dottrina che ha messo in luce la grande valenza ma allo stesso tempo la vaghezza del concetto di dignità umana⁴², si vuole far notare che anche nelle precedenti sentenze demolitorie che, in vario modo, hanno "mitigato" le misure a tutela dell'embrione predisposte dalla l. n. 40/04, la Corte, nel dare preminenza ai

³⁷ Punto 11 del Considerato in diritto

³⁸ E «tenuto conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». Così punto 11 del Considerato in diritto.

Sull'opportunità che il diritto segua e, in qualche modo, codifichi le opzioni già condivise a livello sociale, v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p.103 ss., il quale, tuttavia, non solo avverte quanto sia raro che su questioni di biodiritto si formino spontaneamente scelte largamente condivise, ma soprattutto precisa che, quand'anche dovesse consolidarsi un orientamento prevalente, «il diritto non potrebbe avallare acriticamente la scelta maggioritaria, ma dovrà valutarne la legittimità costituzionale ed assicurare che la decisione sia compatibile con la necessità di tenere aperto un dialogo plurale tra portatori di istanze e impostazioni diverse».

³⁹ Sui vincoli e limiti che incontra la discrezionalità legislativa nel regolare fatti "scientificamente connotati", S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015, p.435 ss.

⁴⁰ Come opportunamente rilevato da S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, in *Il governo del corpo*. Tomo I, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p.1101, il perseguimento di finalità terapeutiche non rende indifferente il modo in cui si svolge la ricerca scientifica.

⁴¹ Vedi le ordinanze nn. 369/2006 e 150/2012.

⁴² Si veda almeno C. CASONATO, *op. cit.*, p.81 ss. Ampiamente sul concetto di «dignità dell'embrione» V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est?*, cit., p.11 ss.

contrapposti interessi costituzionali dei genitori e, in particolare, al diritto alla salute della madre, si è sempre premurata di salvaguardare gli interessi dell’embrione⁴³.

In conclusione, pare evidente che il dibattito sulla possibile destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni non impiantabili sia quanto mai aperto. Il giudice costituzionale, dal suo canto, lungi dall’occultare la forte conflittualità del tema⁴⁴, ha messo in luce i principali orientamenti maturati a riguardo nel mondo giuridico, scientifico, nonché nell’opinione pubblica. Forse si è troppo accentuata la distanza tra le possibili scelte in merito alla sperimentazione sugli embrioni e ciò potrebbe contribuire a polarizzare ulteriormente e rendere inconcludente il dibattito sul tema, che invece meriterebbe più serene e approfondite riflessioni. Non si sottovaluta che, riguardo al destino degli embrioni non impiantati e non impiantabili, la ricerca di soluzioni di compromesso o quanto meno di un “minimo comun denominatore” tra visioni diametralmente opposte, è molto più complessa di quanto invece si è prospettato con riferimento agli embrioni abbandonati ma adottabili in vista della nascita. Tuttavia, l’assunzione di un approccio pragmatico e possibilista al tema della sperimentazione sugli embrioni potrebbe condurre all’elaborazione di una disciplina più permissiva di quella prefigurata dalla l. n. 40/04, una disciplina che comunque e necessariamente dovrà essere presidiata da norme capaci di scongiurare i rischi di sperimentazioni arbitrarie e di strumentalizzazione degli embrioni. Una maggiore apertura alle esigenze del progresso scientifico non potrebbe condurre il decisore politico a far propria una concezione utilitaristica dell’essere umano⁴⁵ fin dai primissimi stadi della sua formazione e, proprio per questo e in considerazione dei plurimi valori racchiusi nella Carta costituzionale, una normativa più permissiva non potrebbe che essere ispirata al valore della solidarietà.

⁴³ V. sent. n. 151/2009, con la quale la Consulta ha sì restituito all’autonomia del medico un adeguato e dovuto spazio di valutazione sul numero di embrioni producibili e sulle modalità del trasferimento in utero, che comunque non deve arrecare pregiudizi alla salute della madre, ma, allo stesso tempo, non ha trascurato di salvaguardare gli interessi dell’embrione; ed infatti, tale decisione non ha travolto il comma 2 dell’art. 14, nella parte in cui vieta di creare un «numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario» per il buon esito di una gravidanza.

V. anche sent. n. 96/2015, nella quale, una volta riconosciuta la funzionalità degli esami diagnostici preimpianto alla soluzione di problemi di salute della donna, la Corte si è premurata, nell’interesse dell’embrione, di precisare che l’accertamento delle patologie a trasmissione ereditaria debba avvenire in apposite strutture pubbliche specializzate e che gli esami diagnostici debbono mirare al «fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro alla stregua del medesimo “criterio di gravità”» di cui all’art. 6 della legge n. 194/78. Tale precisazione – accompagnata dal monito rivolto al legislatore di procedere ad individuare ed aggiornare periodicamente, anche sulla base dell’evoluzione tecnico-scientifica, le patologie a trasmissione ereditaria – persegue il fondamentale scopo di evitare il ricorso ad esami genetici predittivi al di fuori delle ipotesi di individuazione di anomalie o malformazioni embrionali aventi gravi ripercussioni della salute psicofisica della madre, contribuendo così a rimarcare la distanza tra la selezione genetica preimpianto, praticata a fini medico-preventivi, ed il reato di selezione a scopo eugenetico degli embrioni (art. 13, co. 3, lett. b).

⁴⁴ In questo senso, si ritiene che, con la sent. n. 84/2016, la Corte abbia adempiuto compiutamente ad un onere argomentativo rigoroso tanto più appropriato quando essa è chiamata ad affrontare tematiche altamente conflittuali e divisive. In questo modo il giudice costituzionale si espone al controllo critico del mondo scientifico e dell’opinione pubblica, il che non può che rafforzarne la legittimazione nel sistema costituzionale dei poteri.

⁴⁵ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p.118 ss.

Pertanto, di fronte al deperimento certo o alla crioconservazione *sine die* di embrioni che non potranno mai essere impiantati nell'utero di alcuna donna, senza causare gravi pregiudizi per la salute della medesima e del nascituro, il principio di beneficiabilità indurrebbe a prendere in considerazione di destinare questi embrioni alla ricerca scientifica, al fine di sperimentare pratiche terapeutiche funzionali a garantire il diritto alla salute di altre persone, sulla falsariga – e con le opportune distinzioni – di quanto previsto in materia di donazione di organi *ex mortuo*⁴⁶.

Si comprendono le ragioni per cui una simile opzione non può essere accolta da chi ritiene illegittima (oltre che eticamente inaccettabile) qualsiasi utilizzazione strumentale e con esito distruttivo degli embrioni, in quanto ne offenderebbe la dignità e il loro diritto alla vita, che pur rimarrebbe definitivamente frustrato dal mancato impianto⁴⁷; meno intuibili – o forse più deprecabili – sono i motivi per cui, in un ordinamento come quello italiano, che vieta la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, persino su quelli inevitabilmente destinati al deperimento, tali attività possono essere invece svolte su linee cellulari staminali importate dall'estero⁴⁸ e non necessariamente ricavate da embrioni non più impiantabili.

⁴⁶ V., in tal senso, il documento «Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili» del 26 ottobre 2007, con il quale alcuni componenti del CNB di sono espressi a favore della possibilità di individuare un criterio di accertamento di morte dell'embrione, quando la sua vitalità non sia definitivamente venuta meno, di modo che si renda possibile la donazione di cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *ex mortuo*.

⁴⁷ Coloro che si oppongono a qualsiasi tipo di sperimentazione a carico degli embrioni ritengono che quelli non trasferiti in utero per la presenza di gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dovrebbero essere lasciati nel terreno di cultura fino a "morte naturale". Secondo costoro la crioconservazione degli embrioni, che potrebbe estendersi per un periodo di tempo dalla durata imprevedibile, sarebbe una condizione irrispettosa della dignità dell'embrione.

⁴⁸ Sulla "liceità" dell'utilizzazione a fini di ricerca di cellule staminali embrionali importate dall'estero, cfr. E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p.450 ss., le cui considerazioni investono il solo piano giuridico e non il ben distinto piano etico.

In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione

Valeria Marzocco*

THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE LEGAL STATUS OF THE EMBRYO

ABSTRACT: Who decides on Embryo? The Italian 'Rules Governing Assisted Fertilization' (L. 40/2004) allows clinical and experimental research on a human embryo only under the condition that therapeutic and diagnostic procedures are conducted to protect the health and development of the embryo itself, and excludes experimentation on embryos (art. 13 L. 40/2004). Recently, this article has been offered to the Italian Constitutional Court's consideration (C.C. 84/2016), under the lens of a balancing text between the freedom of research and the protection of human dignity. The legal and philosophical construction of what (or who) an embryo is, in its relation with human dignity, is very interesting to analyze. In this sense, the Italian Constitutional Court's judgment is crucial, because of the particular interpretation of the Aristotelian argument, often spent in this topic, but even for the boundaries that it poses between law and science in defining the theoretical and legal status of the embryo.

KEYWORDS: Embryo; Research; Human Dignity; Law and Science.

SOMMARIO: 1. Un'occasione mancata? La non (in)attesa pronuncia della Corte sull'art. 13 della Legge 40. – 2. «Un'entità che contiene in sé il principio della vita». Il corto circuito tra dignità e natura umana. – 3. A chi spetta definire l'embrione? La costruzione normativa del vivente tra diritto e scienza. – 4. In *potenza* o in *atto*? L'embrione nelle secche della natura umana.

1. Un'occasione mancata? La non (in)attesa pronuncia della Corte sull'art. 13 della Legge 40

Lo scorso marzo, difficilmente ci si sarebbe potuti attendere che la Corte siglasse un'altra pagina della tormentata storia giurisprudenziale che erode, da dodici anni, la Legge 40 in materia di procreazione medicalmente assistita¹. Per l'esame delle due questioni proposte alla

* Professoressa associata in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. Contributo su invito.

¹ Sarebbe difficile, con riguardo alla Legge 40/2004, dar conto dei molti contributi che, sin dalla sua emanazione, si sono assunti il carico di segnalarne contraddizioni e criticità. Ciononostante giova, in termini ricostruttivi, segnalare alcuni lavori che sono in grado ancor oggi, nella vasta letteratura che ha accompagnato e sollecitato la costruzione di un approccio critico alla Legge, di rendere chiaramente quale fosse la complessità della questione: in chiave di comparazione inter-ordinamentale (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: luci ed ombre*, Trento, 2005, pp. 13-40), nei suoi immaginabili profili di illegittimità costituzionale (C. TRI-

Consulta, e soprattutto con riguardo alla pronuncia additiva sollecitata dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze sul temperamento del divieto di sperimentazione sull'embrione², non era difficile ipotizzare entrambe le pronunce di inammissibilità. Prevedibile l'inammissibilità della questione di legittimità che verteva sull'art. 6 co. 1 della Legge, per la contraddittorietà del fatto dal quale originava la censura, che ne rendeva chiaramente inattuale e ipotetica la rilevanza nel giudizio ordinario. Altrettanto non inatteso, seppure di certo più complesso, l'analogo esito dell'esame sulla questione avanzata con riferimento all'art. 13 (co. 1, 2 e 3). Nonostante ciò, soprattutto questo punto, che chiamava la Consulta ad affrontare, seppure nel perimetro tracciato dall'incidente di costituzionalità, la sorte degli embrioni sovrannumerari e della loro destinazione alla ricerca scientifica, investiva i giudici di un mandato difficile e non aggirabile.

Sebbene infatti, per un verso, non fosse immaginabile che la Consulta intervenisse nel senso indicato da giudice rimettente sull'art. 13 della Legge³, la materia, per il grado stesso del giudizio di bilancia-

PODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 501-548; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici della Corte Costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2004, pp. 523-554), nella portata degli irragionevoli divieti in essa sanciti (V. POCAR, *La legge italiana sulla fecondazione assistita. Ovvero come e perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini*, in *Sociologia del diritto*, 1/2004, pp. 5-12). Da allora ad oggi, sulla centrale e non sciolta questione dello statuto dell'embrione, cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2011, pp. 459-476.

² Facendo riferimento al fatto storico, dal quale originava la richiesta avanzata dalla parte di destinare alla ricerca scientifica embrioni malati prodotti nell'ambito del procedimento di procreazione medicalmente assistita, il giudice *a quo*, sulla base del presupposto del distinto (rispetto a C. Cost. 151/2009) conflitto per il quale si richiedeva alla Corte la verifica del parametro di ragionevolezza impiegato dal Legislatore, costruisce argomenti chiaramente proiettati nella direzione di una pronuncia additiva, volta a contemperare il divieto assoluto di cui fa parola la norma dell'art. 13: "A parere del giudicante (...) diversamente si prospetta, stante l'assetto dei valori e dei principi costituzionali, il divieto di utilizzare gli embrioni residuati da procedimenti di PMA – cioè gli embrioni malati, ovvero ancora non biopsiabili, dunque sicuramente non più impiegabili per fini procreativi e destinati perciò all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno –, per impieghi alternativi e sicuramente meritevoli di tutela alla luce della Carta costituzionale quale, ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico". In questi termini, prevedendo l'art. 13 legge n. 40/2004, "un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzato alla tutela dell'embrione stesso, non opera nessuna distinzione in proposito, traducendosi, a parere del giudicante, in un divieto privo di deroghe e temperamenti e quindi del tutto irragionevole, e perciò sicuramente in contrasto non solo con i richiamati principi sanciti dalla carta costituzionale (art. 9 e 32 Cost.), ma anche da Convenzioni internazionali (artt. 1, 5, 18 Conv. Oviedo sulle Biotecnologie)": Trib. Firenze, ord. 7/12/2012.

³ Non, probabilmente, dopo *Parrillo contro Italia*, che la Corte EDU decide nell'agosto del 2015. Una pronuncia dalla quale venivano una serie di cautele dal riconoscimento della legittimità del margine di apprezzamento esercitato dal legislatore italiano nella previsione del divieto di cui all'art. 13 della legge 40, espressione di una discrezionalità ritenuta "necessaria in una società democratica" e come tale compatibile con l'art. 8 della Convenzione. Sul 'vincolo' che da ciò potesse discenderne, alla luce dei rapporti tra giurisprudenza convenzionale e sindacato di costituzionalità interna dopo le sentenze 'gemelle' 349/2007, n. 348/2007, può essere opportuno, in termini ricostruttivi e generali, il rinvio a G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 3/2014, pp. 1075-1120. Più ampiamente, sul ruolo della Convenzione come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità all'indomani delle sentenze del 2007, con cui è riconosciuta alla Convenzione "una forza passiva superiore alle leggi ordinarie" che "senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo" ha "importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento

mento che era richiesto di operare, tra “la tutela dell’embrione” e “interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”⁴, richiedeva una costruzione teorica, alla quale la Corte in effetti non si sottrae nel suo iter argomentativo. Sotto questo profilo, *Parrillo contro Italia* offriva un quadro di indicazioni decisive. Per un verso, per la censura prospettata nell’ordinanza riguardante il parametro di ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore tra la tutela dell’embrione e l’interesse alla ricerca scientifica, la Corte EDU tracciava una prospettazione frammentata del quadro europeo di regolazione sul tema (par. 177-179), quadro in cui del tutto legittima (perché non eccedente dal punto di vista della discrezionalità concessa al legislatore nazionale sulla particolare declinazione che la questione offre alla tutela della vita familiare e privata coperta dall’art. 8 della Carta EDU) era stata, ad avviso dei giudici di Strasburgo, la valutazione etico-normativa positivistica dal legislatore italiano nella norma dell’art. 13 della Legge 40. Per altro verso, ancora più rilevante, è il perimetro sostanziale che *Parrillo contro Italia* aveva tracciato, su due punti cruciali, riguardanti la proiezione del diritto all’autodeterminazione della persona con riguardo all’embrione e la delimitazione in senso escludente del suo assorbimento all’interno di un paradigma proprietario. Il primo aspetto cadeva nella valutazione preliminare che incardinava il rilievo eccepito da Parrillo nella copertura assicurata dall’art. 8 della Carta EDU alla tutela della vita personale e del diritto all’autodeterminazione⁵, aspetti entrambi ritenuti inerenti alla domanda, posto in punto teorico il legame, riguardante l’identità biologica, delle questioni che si pongono con riguardo al diritto all’invocata autodeterminazione circa la loro sorte. L’altro riguardava il nodo, altrettanto decisivo, dell’asserita violazione dell’ambito di operatività del divieto di cui all’art. 13 della Legge italiana rispetto art. 1 del Protocollo della Carta EDU, su cui esclusivamente (e con esiti forse decisivi per l’esame giuridico del punto) si concentra la trattazione della Corte di Strasburgo, assumendo «non essere necessario affrontare la questione, delicata e controversa, dell’inizio della vita umana, l’art. 2 della Convenzione non essendo in causa nel caso specifico»⁶. Alla Corte costituzionale italiana, che attende il giudicato di Strasburgo, l’impostazione argomentativa di *Parrillo contro Italia* restituisce da entrambi i punti di vista un quadro gravido di implicazioni normative per lo statuto dell’embrione, che non è *persona*, iscrivendo la sua inerenza alla tutela della vita privata e personale solo con riguardo al progetto genitoriale procreativo, e non è *res* e come tale *bene*, ai sensi della fattispecie tu-

che la CEDU concede agli Stati”, cfr. M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei «nuovi diritti»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, pp. 537-568.

⁴ C. Cost., sent. n. 84/2016.

⁵ Vagliando l’ambito di copertura della doglianza avanzata da Parrillo ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, la Corte (par. 153), osserva che “secondo la sua giurisprudenza, il concetto di ‘vita privata’ di cui all’articolo 8 della Convenzione è ampio, non può essere definito in modo esaustivo e comprende, tra l’altro, il diritto all’autodeterminazione (...). Tale concetto comprende anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore o di non diventarlo (...)", ritenendo, da ciò “che la possibilità per la ricorrente di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all’autodeterminazione. Nel caso di specie è pertanto applicabile l’articolo 8 della Convenzione, dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata” (par. 159): Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Parrillo contro Italia*, Ricorso n. 46470/11, 2015).

⁶ Su questo punto, per un approccio critico, cfr. V. ZAGREBELSKY, “*Parrillo c. Italia*”. *Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2015, pp. 609-615.

telata dalla norma dell'art. 1 del Protocollo EDU, in ragione della "portata economica e patrimoniale di tale articolo"⁷. In entrambi i profili, sebbene non fosse in questione, perché espressamente esclusa dal ragionamento, la domanda sul se l'embrione potesse o meno considerarsi titolare di un diritto alla vita ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, i giudici di Strasburgo lasciavano precipitare implicitamente proprio su questo punto alcuni dei principali nodi che transitano nel giudizio della Consulta. Che l'embrione sia in effetti declinazione della 'vita umana' è la premessa normativa non esplicitata al ragionamento della Corte di Strasburgo, sia allora che è ancorata al progetto genitoriale l'area entro la quale è legittimo l'esercizio del diritto all'autodeterminazione della persona, sia sul punto dell'esclusione di una sua interpretabilità come bene, che lo sottrae ad un paradigma proprietario idoneo a ridurre lo statuto nei termini di mera *res*. Si tratta di una premessa che giustifica il *favor dignitatis* di cui l'embrione è beneficiario, ma che lascia aperta la domanda su quanto stretti siano gli spazi offerti all'interprete per perimetrarne i confini. A quale livello è dato chiudere il circuito tra dignità umana e diritto alla vita, nella declinazione che di essa offre l'embrione? Si tratta di un circuito dato per reciprocamente valido per assioma, o va discusso, quand'anche assumendosi il carico morale di una "scelta tragica" che esso può comportare, soprattutto lì dove quel diritto alla vita appare messo in questione proprio dall'esclusione di una destinazione al progetto genitoriale?

Chiamata a vagliare il parametro di ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore sulla norma dell'art. 13 della Legge 40, la Corte torna sul fondamento della dignità dell'embrione (che già in Cort. Cost. 96/2015 aveva indicato come valore di rilievo costituzionale, ancorato all'art. 2 della Carta fondamentale), in un giudizio in cui il circuito di reciproca implicazione tra questa e il diritto alla vita, della cui natura esso è partecipe, si offre in tutta la sua criticità. Ma se sul tema degli embrioni sovranumerari non impiantabili (dacché affetti da anomalia genetica) si sarebbe trattato, inevitabilmente, di tornare sul "potenziale di vita" di cui l'embrione è portatore nel ragionamento condotto dalla Corte di Strasburgo, la Consulta sceglie di non farlo, aderendo a quello stesso modello normativo che la Corte EDU aveva offerto per lo statuto dell'embrione, non problematizzandone il significato iscritto nel collegamento potenziale alla vita umana, lasciandone inevase le criticità sotto il profilo teorico e pratico.

2. «Un'entità che contiene in sé il principio della vita». Il corto circuito tra dignità e natura umana

Nel giudizio che la Corte era chiamata a esprimere sul parametro del bilanciamento cristallizzato dal Legislatore nella norma dell'art. 13 della Legge 40, lo statuto dell'embrione entra in campo in termini cruciali, incrociando la questione che più criticamente lo connota, il tema dell'inizio della vita umana e della definizione che il diritto e la scienza si contendono nel rivendicare per sé l'esercizio di una funzione normativa su di esso. In questi termini, la pronuncia segna una pagina, forse tra le più delicate, del processo di definizione dei rapporti tra giudizio normativo e conoscenza scientifica da tempo incardinato presso le Corti, sia a livello della giurisdizione nazionale⁸ che convenzionale⁹.

⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Parrillo contro Italia*, par. 214.

⁸ Su ciò, per una ricostruzione del paradigma emergente in seno alla giurisprudenza della Corte Costituzionale in ordine al ruolo da assegnare alle acquisizioni tecnico scientifiche, ma anche all'individuazione, che passa at-

Considerando i due principali modelli in cui questo processo si è offerto, il giudizio della Corte mentre partecipa di un parametro consolidato presso la sua stessa giurisprudenza, e che si pone in continuità con il medesimo assetto dei rapporti tra diritto e scienza emersi in *Parrillo contro Italia*, traccia per converso una distanza con il diverso e più articolato quadro che la Corte di Giustizia ha offerto, proprio con riguardo al collegamento tra dignità umana e diritto alla vita dell'embrione¹⁰.

Nel quadro definito dell'evoluzione scientifica e tecnologica, ma anche del "conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi", la questione dello statuto dell'embrione umano segna una pagina giuridicamente complessa proprio sotto il profilo della definizione del suo legame con le categorie del linguaggio giuridico, tra *res* e *persona*. Per altro verso, la rappresentazione del dilemma che l'embrione pone al giurista è al cuore di quella ridefinizione dei rapporti tra diritto e morale che il costituzionalismo contemporaneo problematizza, fondando su di essa ragioni e criticità del giudizio di bilanciamento come tecnica di interpretazione che non può più fare a meno della dimensione argomentativa e giustificativa in più modi affine al discorso pratico della morale¹¹. In questi termini, argomentare per principi, quando la questione è quella della sfida linguistica e concettuale che le nuove soggettività pongono al quadro della regolazione giuridica, significa portare all'interno del discorso giuridico non solo le diverse opzioni filosofico-morali che si fronteggiano, ma anche i conflitti che, stante la struttura aperta dei principi, si pongono nel processo della loro interpretazione. Per lo statuto dell'embrione, ciò impone di tener conto di un quadro frammentato e non veritativo sotto il profilo morale, per la divaricazione che da ciascu-

traverso di esse in termini di regole tecniche offerte da una comunità di *expertise* scientifiche, da considerarsi "alla stregua di una fonte extra-giuridica di norme giuridiche", cfr. S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, pp. 817-841. Più ampiamente, argomentando a partire dalla esperienza giuridica statunitense, cfr. R. BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in E. CAMASSA E C. CASONATO (a cura di), *La nuova disciplina della procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., pp. 41-62.

⁹ Su ciò, particolarmente indicativo, anche per il diretto interesse che esso mostra nel costituirsi come paradigma di costruzione, attraverso la scienza, di una possibile definizione dell'embrione, sulla base della sua idoneità a *divenire* persona, è il caso *Brüstle* vicenda decisa tra il 2011 e il 2014, dalla Corte di Giustizia Europea (*Brüstle v. Greenpeace*, 2011 [Case C-34/10] e *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 2014 [Case C-364/13]): su ciò, con riguardo alle problematicità che si prefiguravano alla vigilia del secondo intervento della Corte di Lussemburgo, cfr. S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013, pp. 653-655.

¹⁰ Si tratta di un punto cruciale, con riguardo al quale non può non ricordarsi la posizione espressa da Jürgen Habermas che, pure muovendosi all'interno di un paradigma di protezione dell'embrione sia da pratiche diagnostiche che di sperimentazione, in ragione "della indisponibilità della vita umana prepersonale", costruisce un argomento che ne giustifica la meritevolezza sul piano morale senza "estendere l'argomento della 'dignità dell'uomo' fino ad includervi 'gli inizi' della vita umana": cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, *Poscritto*, p. 79 e p. 67. Per una discussione critica di questa posizione habermasiana, consapevole di una lettura che, complessivamente, deve riferirsi alla sua teoria dell'agire comunicativo, cfr. V. FRANCO, *Bioetica e procreazione assistita. Le politiche della vita tra libertà e responsabilità*, Roma, 2005, pp. 32 ss.

¹¹ Ciò implica una nuova e integrata verifica del postulato della validità all'interno del ragionamento giuridico, che accoglie, come *species* del discorso pratico morale, il canone della giustificabilità razionale delle decisioni; su ciò, in termini generali, per il grado di connessione che ne deriva tra diritto e morale, cfr. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997.

na delle distinte concezioni offre “per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto”¹².

Se non fosse che è proprio la non adeguata considerazione di questa pluralità ad esser il *punctum dolens* più evidente e drammatico della regolazione che il legislazione italiano statuiva per la procreazione medicalmente assistita. Dinanzi ad un quadro così fortemente orientato nella sua ispirazione personalistica, come quello offerto dall’impianto complessivo della Legge 40, al punto da palesare, sin dal principio, i profili di estrema criticità che hanno condotto, nel 2015, alle sentenze 96 e 225, non è così certamente per la prima volta che la Corte si trovi a entrare normativamente sullo statuto dell’embrione. E alla giurisprudenza appena citata, in effetti la Consulta rinvia, non solo sul punto della dignità dell’embrione che Cort. Cost. 96/2015 aveva ancorato, come valore di rilievo costituzionale, all’art. 2 della Carta fondamentale, ma anche su quella declinazione ontologica che, nel respingere la questione di legittimità della condotta di soppressione di embrioni (ancorché malati) Cort. Cost. 229/2015 aveva offerto, nel porre quel principio della sua dignità come non passibile di essere affievolito dalla condizione della loro impiantabilità in ragione di malformazioni o anomalie genetiche. È del tutto chiaro che, nell’inedito giudizio di bilanciamento che la Corte ha dinanzi (non più tra la dignità dell’embrione e il diritto alla salute materna, ma tra quella e l’interesse solidaristico allo sviluppo della conoscenza scientifica), rinviare a quel passaggio della sentenza 229/2015, nella definizione ontologica e statica che ne connetteva il collegamento con il diritto alla vita, assuma un tutt’affatto diverso significato. Nonostante plurali siano le opzioni che, sotto il profilo morale e filosofico, si diano sullo statuto dell’embrione, è difficile non notare che, in continuità e coerenza con i suoi precedenti giudicati, la Corte sull’embrione abbia idee molto chiare. Si tratta di un’entità che contiene in sé il principio della vita e, indipendentemente dalla concreta possibilità che essa si sviluppi, nel caso di specie perché incompatibile con la vita, l’embrione è vita perché partecipa della sua natura, *tamquam esset*. Si tratta di un’entità morale e giuridica che certamente cede, nell’individuazione del parametro di bilanciamento ragionevole, dinanzi alla tutela della salute della donna (Cort. Cost. 96/2015), ma non è lesa né allora che sia in questione la loro soppressione (Cort. Cost. 225/2015), né, oggi, quando di essi si intenda prospettare una destinazione solidaristica per le esigenze della libertà di ricerca scientifica.

Come per i giudici di Strasburgo, anche per la Corte italiana, la questione dell’inizio della vita umana e del grado del suo collegamento con la dignità dell’embrione è una questione che non va discussa, sulla scorta di una strategia argomentativa che, per un verso, ne fa una questione scientifica (sulla quale, allo stato troppo divergenti e incerte sono le evidenze che ne vengono restituite), per altro ne assume un fortissimo connotato ontologico, racchiuso in una definizione suggestiva, ma non giustificata nella sua determinazione, di ‘potenza di vita’. Nonostante sia caduto, nella lunga e tormentata storia della riscrittura, per mano della giurisprudenza della suprema Corte, il rigido ancoramento personalistico al quale la Legge 40 marcava l’intero suo impianto¹³, l’embrione sembra essere ancora,

¹² C. Cost., sent. n. 84/2016.

¹³ Sulla costruzione di uno statuto dei “diritti dell’embrione” che ne fa, nell’impianto della Legge, «un soggetto anomalo, singolare, e tutelato in modo del tutto sproporzionato rispetto ad altri soggetti», cfr. G. ALPA, *Lo statuto dell’embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2004, p. 40. Su ciò, cfr. altresì, in

sul piano simbolico prima ancora che categoriale, tenuto in una dimensione di intangibilità quasi metafisica. Eppure, la palese irragionevolezza prospettata dal giudice di Firenze, così vicina all'eccezione formulata da Parrillo dinanzi alla Corte di Strasburgo, chiede di essere presa ancora in considerazione, sul piano squisitamente teorico-giuridico, oltre che su quello meramente pratico. E risiede esattamente nella necessità di considerare seriamente il paradosso in cui versa la condizione degli embrioni sovranumerari, tutelati a tal punto da esser lasciati in una condizione di giacenza *sine die*.

Dal punto teorico, Corte Cost. 84/2016, percorrendo un iter che in parte deriva dalla sua precedente giurisprudenza, in parte è il medesimo che aveva fatto ritenere alla Corte EDU che la donazione degli embrioni alle esigenze della ricerca scientifica non fosse coperta dalla tutela di cui all'art. 1 del Protocollo EDU, perché non rientrante nella fattispecie normata dal principio *de quo* riferibile ai solo beni, argomenta sulla drammatica criticità che sotto il profilo dommatico l'embrione pone, tra *res* e *persona*.

L'embrione non è *res*, ovvero non è da considerarsi mero materiale biologico, per quel suo collegamento inerente alla vita di cui esso è portatore, seppure solo in potenza. Ma del tutto evidente è che l'embrione non sia neanche *persona*, non potendo ciò affermarsi né in termini filosofico-morali – a meno che non si palesi la prospettiva filosofico-morale di stampo personalistico che si sta scegliendo di privilegiare, che però non vanta alcuna primazia sulle altre, essendo, come ricorda la Corte, plurali le opzioni che possono aversi sul punto, – né tanto in punto teorico-giuridico, e ciò *a fortiori* alla luce della sentenze 96 e 225 del 2015. Più che *in limine* tra *res* e *persona*, l'embrione è in Corte Cost. 84/2016, come in *Parrillo contro Italia*, principio intangibile, come lo è la vita che per definizione esso custodisce. Se tuttavia, in *Parrillo contro Italia*, si ammetteva in linea di principio che l'embrione partecipasse del patrimonio biologico della persona e della sua identità, seppure nel caso prospettato tale profilo sia stato ritenuto non inerente ad alcun “particularly important aspect of the applicant's existence and identity”¹⁴, la Corte italiana non tocca questo aspetto. L'embrione non impiantabile, in virtù dell'ontologica definizione che ne viene offerta, come entità che contiene in sé il principio della vita, non è né *res* (e come tale non oggetto di atti di disposizione di cui la donazione è tipologia), né *persona* (nel senso di entità che partecipa della identità personale di chi lo ha generato). L'individuazione del parametro di ragionevolezza utile a bilanciare tra tutela della dignità dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica rinvia, come la Corte rimarca opportunamente, ad un vaglio “gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione”. Implicazioni destinate, allo stato, a restare escluse proprio al vaglio di un parametro di ragionevolezza che si ritrova di fatto paralizzato dalla definizione normativa dell'embrione il cui valore risiede in un legame che si sceglie di non esplicitare, nel senso indicato da tutti i possibili argomenti in campo, tra la sua tutela della sua dignità e il diritto alla vita alla cui natura esso partecipa.

una sorta di bilancio provvisorio che tiene per fermo il nodo della soggettività dell'embrione come autentico *punctum dolens* della regolazione italiana, al netto delle già intervenute pronunce di incostituzionalità, F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit.

¹⁴ Corte Europea dei Diritti Umani, *Parrillo contro Italia*, par. 174.

3. A chi spetta definire l'embrione? La costruzione normativa del vivente tra diritto e scienza

Le sfide poste dalle biotecnologie alla scienza del diritto riguardano dilemmi inediti, sia sotto il profilo dello stress linguistico e concettuale portato dalle rivendicazioni di soggettività morali che non coincidono con quella giuridica¹⁵, che con riguardo alla ridefinizione di fatti che il giurista annoverava tradizionalmente come fatti naturali, come l'inizio e la fine della vita¹⁶.

Nel lungo e tormentato itinerario che ha contraddistinto la Legge 40, la questione dello statuto dell'embrione tiene in sé tutti e ciascuno di questi problemi ed è stata elemento centrale e senz'altro fortemente divisivo. A distanza di dodici anni dall'entrata in vigore della legge, non vi è dubbio che il quadro di quel che ne resta radicalizzi inevitabilmente questo dilemma¹⁷, anche e soprattutto in ragione delle pronunce di illegittimità che hanno modificato il suo impianto originario. Su questo punto, particolarmente significativa è stata la sentenza 229/2015, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 13 co. 4 lett. B) e 4 "nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili" e "rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche"¹⁸. È un punto decisivo, che aprendo definitivamente alla possibilità di effettuare una indagine diagnostica sull'embrione che consente alla coppia, nei limiti dati dalla legge, di procedere ad autorizzare il trasferimento in utero dei soli embrioni 'sani', pone la questione della sorte di quelli esclusi dalla selezione pre-impianto. La produzione di embrioni svilup-

¹⁵ In questi termini, entra nel dibattito giuridico e costituzionale italiano, una distinzione che difficilmente può rendersi in termini linguistici e che appartiene alla filosofia morale e giuridica angloamericana, tra *moral rights* and *legal rights* (a cui è strettamente connessa quella tra *moral* and *legal subjects*). Si tratta di un canone che sovranegeggia, non solo lì dove, come nel caso dell'embrione, ci si trova a dover individuare nuove soluzioni, affannandosi talvolta a recuperare categorie ibride (valga su tutte, la discussione sull'appartenenza che, sul tema del corpo e della sua ambigua collocazione tra proprietà e personalità, conduce parte della civilistica italiana: su ciò, mi sia concesso di rinviare a V. MARZOCCO, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli 2012). Su ciò, per la discussione giusfilosofica, cfr. su tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

¹⁶ In questi termini, per una discussione che si incardinava, significativamente, nell'ambito delle giornate organizzate dall'Accademia dei Lincei, nel 1982, su "Il diritto e la vita materiale", cfr. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1982, pp. 499-529. Rileggendo questo tema alla luce della Legge 40, nel senso di un contributo offerto dalle biotecnologie nel "segmentare" diversamente e in termini inediti "la creatura umana", cfr. F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2004, pp. 533-568.

¹⁷ È soprattutto a seguito della caduta del divieto di cui all'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40/2004, che prevedeva originariamente la creazione di un numero limitato di embrioni (un massimo di tre) e l'obbligo di impiantarli contemporaneamente, proibendo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari, che la Corte ha posto parte delle premesse di un dilemma, quello dello statuto dell'embrione, che si è progressivamente radicalizzato proprio man mano che cadevano i divieti e le loro irragionevolezza: su ciò, cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, cit.

¹⁸ Si tratta di un punto che segnalava i medesimi profili di incoerenza sistematica censurati nel giudizio *Costa e Pavan contro Italia*, in cui la II sezione della Corte EDU era intervenuta a rilevare l'incoerenza della legislazione italiana in materia, che mentre vietava, con la Legge 40/2004 la diagnosi pre-impianto, permetteva per altro verso alla ricorrente di abortire un feto che sarebbe nato affetto da malattia: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, II Sez. *Costa e Pavan contro Italia*, 2012).

patisi in numero maggiore rispetto a quelli trasferiti in utero, pone problemi su più livelli, non necessariamente connessi agli esiti della diagnosi pre-impianto. Ma di certo, è allo stato la questione centrale, in cui quel potenziale di vita è in effetti escluso dal dato per cui essi non sono stati selezionati perché portatori di anomalie genetiche.

Per gli uni e per gli altri, embrioni sovranumerari, prodotti e non impiantati nel procedimento della fecondazione (in stadio pre-blastocistico o blastocistico), ovvero prodotti e non selezionati per l'impianto, perché affetti da anomalie genetiche, la sorte è la medesima, la crioconservazione *sine die*. Un paradosso del quale la fondazione ontologica della dignità dell'embrione sul valore che esso esprime della vita umana non contribuisce in alcun modo a sciogliere il nodo, rimarcando l'irragionevolezza di una tutela tanto forte da tradursi in una paralisi dell'azione. Nulla muta, all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale 84/2016 per il destino di questi embrioni, restando ferma una condizione che una delle opinioni separate di *Parrillo contro Italia* aveva bene rappresentato avere il suo cuore in una aspirazione a tutelare "un potenziale di vita", che talvolta non potrà mai concretizzarsi, sacrificando, di fatto "l'interesse a prevenire, mediante la ricerca scientifica, l'effettiva sofferenza umana"¹⁹.

Il fatto che questo paradosso stia ancora in piedi, rende ancora oggi necessario interrogarsi sull'orizzonte normativo in cui più generale esso si iscrive, che riguarda il rapporto tra diritto e scienza nella diversa interpretazione che in questi anni la giurisprudenza delle Corti nazionali e convenzionali hanno offerto sul ruolo che l'uno e l'altra rivendicano sulla definizione del vivente. Di questa delimitazione di confini, la sentenza della Corte partecipa proprio a partire dalle premesse che chiudono, irrigidendolo, lo statuto dell'embrione e della sua dignità sulla potenza di vita che esso esprime. Restando, allo stato, incerta la possibilità di determinare, sotto il profilo scientifico, la potenza di vita che l'embrione custodisce, lo sforzo teorico, di cui Cort. Cost. 84/2016 è espressione, diventa ontologico, lì dove prende atto che la domanda implicitamente affidata alla scienza resta inevasa: ci si riferisce, come rilevato il Comitato nazionale per la Bioetica italiano (CNB)²⁰, alla definizione possibile di un'essenza, l'embrione, per la quale il diritto non ha categorie, perché il suo linguaggio affanna (è un *chi*, o un *cosa*, *res* o *persona*?). Su questo punto, tuttavia, l'adozione di una determinazione assiomatica, che non problematizza i termini in cui quella *potenza*, "entità che contiene in sé il principio della vita" è in grado (per le scelte operate da chi è persona o per la necessità naturale imposta da anomalie genetiche) tradursi nel suo *atto*, ovvero l'individuo umano, lascia intatti elementi di criticità notevoli, sia sotto il profilo teorico, che pratico. Se il linguaggio giuridico e le sue categorie affannano, non è il piano del discorso morale pratico a soccorrere, quanto piuttosto quello classico del discorso filosofico sulla natura, con tutte le sue insidie e le sue ambiguità²¹. È quest'ultimo quello che offre le categorie, come campo normativo, più ancora che argomentativo, in grado di poter occupare quello spazio lasciato vuoto da una scienza ancora troppo incerta sull'affidamento che il diritto le conferisce a definire cosa è vita umana. Considerata nella sua ampiezza, questa definizione assoluta di valore

¹⁹ Su ciò, Corte Europea dei Diritti dell'uomo, *Parrillo contro Italia*, *Opinione dissenziente del Giudice Sajò*.

²⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sul destino degli embrioni derivanti da PMA e non impiantabili*, 2007.

²¹ Su ciò, ancora valida è la approfondita disamina che dell'argomento 'natura', per eccellenza ambiguo e fallace, offriva Hans Welzel: H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

non solo non si confronta con *i valori*²², ma finisce per scontare la complessità del patrimonio filosofico di cui è portatrice²³. Per altro verso, sotto il profilo della costruzione del ragionamento giuridico della Corte, una tale definizione normativa, fondata sulla presunzione (fino a prova scientifica contraria) di un'equivalenza data per assunta dell'embrione con il valore della vita umana, lo colloca una dimensione di exteriorità all'identità personale e al principio di autodeterminazione esercitato al di fuori del progetto genitoriale.

Nella costruzione argomentativa sia della Corte EDU che della Corte costituzionale italiana, a questa definizione sarebbe allo stato impossibile sottrarsi, nella incertezza di un sapere scientifico che non fornisce una risposta alla domanda sul quando la vita cominci. Nonostante ciò, se il diritto non è la natura, come Kelsen ci ha insegnato, una tale incertezza si colloca su di un piano che è distinto e deve distinguersi dalla prospettiva normativa posta dalla qualificazione giuridica, che seleziona e fissa il significato giuridico della norma²⁴. Per lo statuto dell'embrione ciò significa che il legislatore, al quale Corte Cost. 84/2016 rinvia la valutazione dilemmatica delle scelte morali implicate dai nuovi scenari ridisegnati dalle biotecnologie, debba assumere in tutta la sua portata questa sfida, intendendo il *quando* dell'inizio della vita non già come questione ontologica, ma *in funzione* della giustificazione del ragionevole temperamento di esigenze in contrasto, ancor più quando queste non siano entrambe abbiano l'essere umano nel proprio orizzonte²⁵.

Alla luce di queste criticità, un utile laboratorio di riflessione viene senz'altro dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che ha messo a fuoco una possibile determinazione del 'principio di vita' di cui è portatore l'embrione sulla base di una relazione dinamica e non predefinita con il sapere scientifico. Su questo fronte, che è quello del mercato e della questione della brevettabilità del vivente, lo sforzo interpretativo della Corte di Giustizia europea mostra in effetti elementi d'interesse non marginali. Chiamata a interpretare il divieto di brevettabilità dell'embrione posta

²² In questi termini, torna la forza dell'argomento schmittiano sulla portata sostanzialistica e 'tirannica' del discorso sui valori: "parlare di valori e il pensare per valori" non è altra cosa che porsi al livello di "un eterno conflitto dei valori e delle divisioni del mondo, una guerra di tutti contro tutti, un perpetuo *bellum omnium contra omnes* al cui confronto il vecchio *bellum omnium contra omnes* e persino l'atroce stato di natura della filosofia politica di Thomas Hobbes sono autentici idilli": C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, p. 50.

²³ Non vi è modo di non vedere il legame che connette l'utilizzo di queste formule definitorie per lo statuto dell'embrione – 'principio di vita', 'potenza di vita' – con la filosofia aristotelica e la sua concezione teleologica della natura: su ciò, cfr. M. RECHLIN, *The Argument from Potential: a Reappraisal*, in *Bioethics*, 11, 1997, pp. 1-23.

²⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

²⁵ D'altronde, che vi sia una varietà di posizioni sul punto, si evince dalla diversità delle legislazioni nazionali: a mero titolo esemplificativo può osservarsi come solo già nel contesto europeo le definizioni e le tutele offerte al "prodotto del concepimento" possano essere diametralmente opposte. In Spagna la *Ley 14/2006 sobre técnica de reproducción humana asistada* e la *Ley 14/2007 de investigación biomédica* demarcano una netta distinzione, quanto alla tutela offerta, tra il pre-embrione (gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovulo dalla sua fecondazione fino al quattordicesimo giorno) e l'embrione (dall'impianto in utero fino all'organogenesi), mentre nel Regno Unito, che è tra gli Stati che offre una più ampia possibilità di intervento per finalità di ricerca scientifica sugli embrioni, ai sensi dello *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990, come modificato nel 2008, è considerato embrione umano l'ovulo in corso di fecondazione o soggetto ad altro procedimento idoneo a produrre un embrione. Particolarmente, sull'esperienza spagnola, in chiave comparata, cfr. L. CHIEFFI, *Un confronto italo/spagnolo sulle "questioni di inizio vita": ipotesi di contaminazione tra modelli di regolazione giuridica*, in *Revista brasileira de direito constitucional*, 23/2015, pp. 63-71.

dall'art. 6 II co. lett. C della direttiva 98/44, la Corte di Lussemburgo si è trovata a ridefinire la nozione ampia di embrione di *Brüstle c. Greenpeace* del 2011, in base alla quale fosse da "considerarsi embrione umano l'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso la partenogenesi", attestandosi su di una determinazione finalistica più restrittiva, fondata su di un distinto e più complesso riferimento alle acquisizioni offerte dalla conoscenza scientifica. Richiamati dalla *High Court* britannica a determinare il principio finalistico offerto in *Brüstle c. Greenpeace*²⁶, i giudici di Lussemburgo chiarivano che allorquando, secondo le conoscenze della scienza, un ovulo non fecondato, indotto a svilupparsi, non possa evolversi in un individuo, in difetto di talune componenti genetiche necessarie, esclusi ulteriori interventi di ingegneria genetica, non sia possibile considerarlo in termini di embrione umano. Non è sufficiente, per potersi accordare la tutela conseguente allo statuto di embrione, che siffatto organismo sia "tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano", dovendo esso "necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano"²⁷.

Già offerta, nel caso *Brüstle c. Greenpeace* come necessaria premessa alla quale affidare l'orientamento da accordarsi al giudizio di bilanciamento posto tra gli obiettivi della direttiva, tra la libertà di ricerca scientifica e la tutela della persona umana e della sua dignità, la questione teorica dello statuto dell'embrione tornava, nel 2014, in un diverso e più pregnante ruolo affidato alla scienza nella determinazione delle condizioni stesse di questo bilanciamento. Nel registro di una medesima visione teleologica della natura umana, il pendolo della qualificazione di embrione si sposta nel senso della sua concreta "inherent" capacità di svilupparsi in individuo: non il solo collocarsi in una linea di sviluppo possibile, "commencing", quanto bensì la idoneità allo sviluppo concreto "developing" della vita individuale ne connota lo statuto, in una interpretazione normativa del meritevole di tutela che, per un verso, declina in termini ristretti il concetto di embrione sulla base della conoscenza scientifica, per l'altro segnala la primazia del momento giurisprudenziale e del fatto nel processo di acquisizione e consolidamento degli stadi di evoluzione tecnico-scientifica.

4. In potenza o in atto? L'embrione nelle secche della natura umana

Qualche anno fa, appena approvata la legge 40/2004, Guido Alpa poneva una questione che, a dodici anni di distanza, appare ancora dirimente alla luce degli scenari paradossali che il rapporto tra diritto e scienza ha aperto sullo statuto dell'embrione. In una fase del dibattito in cui riecheggiava ancora l'opportunità di legiferare in una materia che avrebbe comportato una scelta di campo in ordine a quello che a tutti gli effetti era da considerarsi un *prius* logico, la definizione normativa dello statuto dell'embrione, l'attenzione cui egli richiamava gli interpreti verteva su due punti: la difficoltà del linguaggio del diritto a farsene carico e la complessità del rapporto tra vita umana e persona che esso di necessità andava ponendo²⁸.

²⁶ Su ciò, cfr. *supra*, nt. 9.

²⁷ Corte di Giustizia Unione Europea, Grande Sez., 18 dicembre 2014, n. 364, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, caso C-364/13.

²⁸ G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, cit.

Definire l'embrione attraverso la costruzione di un circuito tra la sua dignità e la vita umana di cui esso è portatore, seppure sulla scorta delle incertezze del dato scientifico, significa cascare nel paradosso della natura umana. Come che lo si intenda, in termini ontologici o teleologici, l'argomento definitorio che prova a categorizzare l'embrione facendo leva sulla natura umana è fallace. Lo è quando il modello è ontologico – l'embrione è "principio" o "potenza", custodendone la natura in termini metafisici – perché inevitabilmente, proprio nel dichiarare una sua evidente affinità con l'eredità del pensiero giusnaturalistico aristotelico, finisce con il declinarne le principali sollecitazioni in termini critici proprio rispetto a quel paradigma, fermandone l'identità dello statuto ontologico come potenza che prevale rispetto al suo atto correlativo, ovvero l'individuo umano. Lo è, non di meno, allora che, seppure in termini di una più elastica e dinamica relazione tra potenza (embrione) e atto (individuo umano) si fa leva su di un principio finalistico, affidando però alla scienza il compito di definirne i margini, e non uscendo così da un paradigma naturalistico.

Natura come dato *ontologico* o *essere in divenire* (per il cui accertamento è dato mandato alla scienza), l'embrione cade in entrambi i casi nelle secche di un canone naturalistico che finisce con l'estromettere non solo la ragione giuridica ma lo stesso discorso pratico morale, alla cui funzione argomentativa pure gran parte del costituzionalismo contemporaneo affida il cuore della funzione e dei parametri del bilanciamento. Il nodo del paradosso che ancora oggi, all'indomani della sentenza della Corte resta insoluto, va affrontato da qui ed è, in questo senso, nient'altro che l'eterno ritorno, nel discorso dei giuristi, della natura e delle ambiguità in cui incorre ogni tentativo di offrirne una definizione.

Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni

Salvatore Prisco*

THE LAW AND THE NARRATIVES ON THE EMBRYO

ABSTRACT: Starting from the assumption that biopolitics and bioethics are built on “case narratives”, the article traces the main and opposing “narratives” on the legal status of the embryo, which, for some, is a subject of rights, to be balanced with those of others who are already fully formed persons, while for others, it is living matter whose dignity is to be safeguarded, albeit as entities without personality. We briefly comment the ECHR judgment *Parrillo v. Italy* and the Italian Constitutional Court’s decision nr. 84/2016 in the light of the idea that scientific experimentation on embryos that have not been specifically produced, but are already existing and cryo-preserved though not implantable and not “adopted for birth”, could be legitimised (because they would in any case be destroyed as things), understanding their dignity in terms of the benefits they bring, from a perspective of intergenerational solidarity.

KEYWORDS: Biolaw; Legal status of embryo, biopolitics and bioethics, “case narratives”, balancing test, intergenerational solidarity.

SOMMARIO: 1. Diritto, bioetica e narritività. – 2. Come il diritto “narra” l’embrione. –3. Giurisprudenza su materie “sensibili”, tecniche argomentative, dignità degli embrioni abbandonati e solidarietà intergenerazionale.

1. Diritto, bioetica e narritività

In una panoramica ad ampio spettro su *Quel che resta della legge 40*, Antonio D’Aloia osserva fra l’altro 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. *Brüstle* 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»¹.

Lo studioso citato è accorto e consapevole. Costruisce un sillogismo, al modo dei Maestri della Pandettistica, con tanto di premessa maggiore, premessa minore e conclusione. In essa, però, non può evitare di ricorrere ad un parametro che connota con chiarezza lo spartiacque metodologico tra il lo-

* Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II, dove insegna Diritto pubblico comparato e Diritto e Letteratura

¹ A. D’ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 1 ss.

gicismo formale del giuspositivismo e il modo odierno di praticare il diritto, con la sua apertura metodologica e la sensibilità alla critica ermeneutica, cioè il *passepertout* della “ragionevolezza”, il più politico dei criteri e lo strumento dell’egemonia delle Corti sul legislatore, come chi scrive – non certo isolato – ha provato in altra sede a dimostrare².

Ha scritto Patrick Glenn³ che «Lo Stato inteso come ente è stato rinvigorito dalla logica “classica” usata per costruirlo, In larga misura, noi comprendiamo ancora lo Stato in questi termini, le attuali circostanze del mondo stanno portando a un ripensamento di questo stile di pensiero giuridico. Lo Stato è ora più permeabile e la sua autorità viene progressivamente ridimensionata da altre svariate forme di normatività. Sembra sempre più appropriato considerare lo Stato come una opzione normativa tra le altre. In quanto tale, esso è concepito al meglio come una tradizione inclusiva sorrette da “altre” forme di logica», quale è – aggiunge chi scrive il presente testo – quella *fuzzy* o incrementale, che supera i principi di identità e non-contraddizione alla base del giuspositivismo classico, applicati anelaticamente.

Attraverso la ragionevolezza, la rigidità delle antiche scuole di diritto si scioglie nella necessità di aprire l’esperienza giuridica alla “narrazione”, la pressione del caso e del “vissuto” orienta insomma non solo l’interpretazione del materiale normativo pre-esistente; di più: costituisce la *ratio* e il seme della sua integrazione essenziale, che in biopolitica e bioetica in particolare (ma l’assunto vale in realtà sul piano teorico-generale) è ineludibile.

Bioetica e biodiritto, insomma, o sono narrativi, o non sono. Se qualche collega metodologicamente “classico” (per così dire) storcerà a questo punto il naso e se i valutatori anonimi dell’Anvur fossero maldisposti al riguardo, pazienza: come dice un giovane leader politico, proteso a battere le opposizioni alla sua azione «ce ne faremo una ragione».

La logica del narrabile ha peraltro di caratteristico il fatto che è stringente quantomeno nel rifiuto dell’univocità: il “ragionevole” – nell’età in cui occorre prendere atto del weberiano politeismo dei valori di un mondo in cui in sostanza manca un sentimento assiologico comune ed omogeneo – implica una necessaria pluralità di narrazioni, che nella concretezza del giudizio sul caso sfociano non in compromessi tra valori (che sul piano ideale non possono darsi, o sono difficoltosi e meramente verbali, ciascuno di essi pretendendo il primato, come ammoniva Carl Schmitt⁴), ma in temperamenti che medino nella prassi tra contrapposte esigenze di tutela.

Si proverà a seguire allora le “narrazioni giuridiche” sull’embrione e tra tutte, pur partendo dalla condivisione delle premesse di quel sillogismo, a indicare quale possibile esito in parte diverso – anche se non radicalmente opposto in termini di apprezzamento assiologico e di cui esiste del resto documentazione, ancorché ad oggi minoritaria – possa intravedersi. Non è detto che la storia che si rac-

² S. PRISCO, “Rigore è quando arbitro fischia”? Spunti di ‘ragionevole’ scetticismo tra legislatore, giudici e interpretazione, in *Studi in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2015, 585 ss.

³ P. GLENN, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove regole*, prefazione di S. Ferlito, trad. it., Napoli, 2016, 63.

⁴ Ci si riferisce ovviamente a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it, a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008. Del testo esistono peraltro ormai numerose traduzioni e la storia delle sue ricezioni da noi è ripercorsa in P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico italiano nell’immediato dopoguerra*, in *Filosofia Politica*, 2, 2009, 253 ss.

conta finisca dunque con un “vissero tutti felici e contenti”, come le rassicuranti favole dell’infanzia, ma almeno la si vive ad occhi aperti, come fanno bene gli adulti. Ha un andamento in ogni caso narrativo, come si è detto, cioè descrive possibilità alternative, prima che prescrittivo.

«Attraverso tutte le trasformazioni introdotte dalle biotecnologie» – ha scritto Remo Bodei⁵, «l’idea stessa di vita come spontaneità, autopoiesi, viene indebolita» ed ancora: «In ogni caso, il problema non sembra essere quello di condannare il diritto degli individui ad avere una vita più sensata attraverso l’uso delle biotecnologie. Si tratta di stabilire limiti e di creare una cultura dei limiti, di evitare una privatizzazione o un interesse privato nelle scoperte scientifiche e di non porre ostacoli, dettati soltanto dalla paura, alla ricerca scientifica, perché non è con la semplice paura o, per dirla con Jonas, con “l’euristica della paura”, che si controllano i processi in atto». Come, altrove, l’autore conclude⁶: «Il limite diventa quindi immancabilmente provvisorio, si sposta con i soggetti al pari dell’orizzonte, chiude per aprire, è fatto per essere sormontato».

Sembra assai ben detto: «Creare una cultura» e solo dopo – e solo forse – prescrivere, facultare, vietare giuridicamente.

Un giurista non può che essere – prima che un tecnico – un intellettuale, che fa dialogare di volta in volta la sua disciplina con le inquietudini e le domande del suo tempo, con quanto forma in una sola parola la sua personalità. Essa determina il modo in cui si formerà la sua pre-comprensione del caso di volta in volta sottoposto al proprio esame, per esserne consapevole ed esplicitarla, tenendone conto per “tarare” la propria interpretazione⁷.

«La natura ama nascondersi», scrisse Eraclito. Da qui, Pierre Hadot è partito per comporre una affascinante «storia dell’idea»⁸ della medesima, alla ricerca di un oggetto al tempo stesso esposto e nascosto, apparentemente conoscibile e che però sempre sfugge, in definitiva, a tutti i tentativi di svelarne il senso ultimo. In questo libro l’autore appunto li ripercorre, da Omero a Wittgenstein e a Heidegger, tanto quelli “prometeici”, tanto gli “orfici”, cioè sia che si provi ad avvicinare l’oggetto attraverso la razionalità “classica” della scienza – coi suoi tradizionali e consolidati metodi cognitivi di deduzione formale e/o induzione sperimentale – sia che lo si attinga in via intuitiva, impiegando ad esempio la letteratura e la musica. L’empatia è insomma tra gli strumenti presenti nella cassetta degli attrezzi anche del giurista e (sia pure *cum grano salis*), va utilizzata quando occorre, non certo occultata.

⁵ R. BODEI, *Bioetica e biotecnologie*, in *Frontiere della Vita*, IV, Roma, 1999, 705 ss. .

⁶ Id. *Limite*, Bologna, 2016, 96.

⁷ La letteratura al riguardo è immensa. Si vedano almeno e fra i più recenti, per riepiloghi sul rapporto tra cultura e diritto, V. BALDINI, *Diritto, pluralismo culturale e Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale “precomprensione” per l’interpretazione dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012, 1 ss. e, se si vuole, F. ABBONDANTE, S. PRISCO (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Napoli, 2015, del quale si legga la *Nota introduttiva*, 1 ss.

⁸ P. HADOT, *Il velo di Iside. Storia dell’idea di natura*, trad. it., Torino, 2006.

Che cosa di più “naturale”, precisato questo, dell’embrione e al tempo stesso di più “culturale”, dipendendo le concezioni che si abbiano della sua natura, dignità e manipolabilità o meno dalla comprensione dello scienziato, del filosofo, del teologo e appunto del giurista⁹?

⁹ Sul piano teologico e filosofico, le diverse tesi sulla natura dell’embrione e quindi sulla sua riconducibilità a una cosa o a una persona – e, in questo caso, già dall’inizio piena o a “formazione progressiva” – si fondano sulla distinzione aristotelica tra “uomo in potenza” e “in atto”, questione di enorme portata e che qui può solo essere segnalata, eccedendo il suo approfondimento lo spazio disponibile e le stesse competenze di chi scrive. Tale impostazione è ancora presente in elaborazioni attuali. Una prospettiva laica (R. PRODOMO, *L’embrione tra teologia e filosofia*, Napoli, 1998) costruisce ad esempio di recente l’idea di persona come una costruzione appunto per fasi successive, ai cui diversi gradi di perfezionamento si accompagna un incrementale riconoscimento di soggettività (antropologica e quindi giuridica) per chi appartenga alla specie umana. Essa appare singolarmente influenzata dalla teoria, che è alla base dell’ortodossia teologica cattolica sul punto, della “successione delle anime” (si veda per tutti F. AMERINI, *Tommaso d’Aquino. Origine e fine della vita umana*, Pisa, 2009, spec.77 ss.). Per la stessa, l’anima razionale sopravviene tra il quarantesimo giorno di gravidanza (per il feto maschio) e il novantesimo (per quello femminile), tuttavia le pratiche abortive restano illecite da subito, perché comunque spezzano la naturale proiezione dell’embrione a svilupparsi e a ricevere l’anima più completa, che comprende le precedenti. Un vivace dibattito ha preso avvio a partire da un articolo di E. SEVERINO sul *Corriere della Sera* del 1° dicembre 2004, poi raccolto con altri e con scritti di raccordo in *Id.*, *Sull’embrione*, Milano, 2005. La tesi è in sostanza qui che l’embrione non sia persona, perché ha in sé anche la possibilità di non proseguire il suo sviluppo, quindi al tempo stesso non-persona. Da parte cattolica si è contrapposto a questa visione il principio di precauzione, per cui – nel dubbio – si dovrebbe comunque tutelare l’embrione appunto sin dal primo formarsi della vita. Di recente, sul valore di tale principio in bioetica, si legga A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10, 2016, 19.

Sul piano scientifico, la voce (senza firma) *Embrione/ bioetica* dell’*Enciclopedia Treccani online*, segnala che – rispetto alla più diffusa convinzione per cui «Le conoscenze acquisite con la biologia dimostrano che la vita umana esiste fin dal concepimento. L’embrione umano, a partire dalla fusione dello spermatozoo e dell’ovocita, è un nuovo individuo, distinto dai genitori, nella fase iniziale dello sviluppo vitale, che lo condurrà, attraverso un processo coordinato, continuo e graduale, a divenire adulto» – esistono teorie gradualiste che riconoscono ad esso «lo statuto di individuo umano solo dopo il raggiungimento di determinati stadi dello sviluppo biologico (la cariogamia, l’impianto in utero, la comparsa della stria primitiva, la presenza di un aspetto umano, la capacità di provare dolore)». Accanto ad esse, definite di matrice biologico-genetica e alle quali si deve la coniazione di termini come *embrione preimpianto*, *pre-embrione* e *ootide*, altre «centrate sullo sviluppo di caratteristiche psicosociali (...) stabiliscono che solo al raggiungimento di determinate fasi di sviluppo e crescita l’individuo umano possa essere considerato meritevole di tutela e che in taluni casi questa tutela sia riconoscibile solo nella vita adulta, o solo nell’ipotesi in cui altri soggetti decidano di riconoscerla». Con riferimento a tali assunti, il britannico *Report of the Committee of inquiry into human fertilization and embryology* del 1984, dovuto alla commissione presieduta da Mary Warnoch in Gran Bretagna, funzionale alla redazione e approvazione nel 1990 dell’*Embryo Bill (Human fertilization and Embryology Act)*, distingue tra pre-embrione – nelle prime due settimane dalla formazione e prima della comparsa della stria primitiva – che potrebbe formare oggetto di sperimentazione ed embrione, pur riconoscendo che, nel processo vitale complessivo, questa distinzione (che ha tra l’altro ispirato l’art. 4 della *Ley de reproducción asistida*, 35/1988, in Spagna) appartiene all’ordine convenzionale. Per una divulgazione delle tesi del Rapporto dovuta alla medesima autrice si veda il suo *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?* trad. it., Torino, 2004.

2. Come il diritto “narra” l'embrione

Nella sentenza 229/2015, resa in tema di norme sulla selezione e diagnosi pre-impianto di embrioni, la Corte Costituzionale italiana ha tra l'altro insegnato come sia incensurabile «la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di “soppressione di embrioni”, ove pur riferita (...) agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica. Anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani (...), si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico. Con la sentenza n. 151 del 2009, questa Corte ha già, del resto, riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.; e l'ha bensì ritenuta suscettibile di “affievolimento” (al pari della tutela del concepito: sentenza n. 27 del 1975), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti. Nella fattispecie in esame, il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista».

L'accento alla problematicità della qualificazione giuridica dell'embrione è evidentemente compiuto in ragione della consapevolezza della giurisprudenza della Corte di Cassazione, prima contraria, quindi oscillante in direzione di una soggettività *ante partum* limitata a fini risarcitori, in ogni caso oggi aperta alla necessità di una tutela in qualche modo riparatoria verso chi sia gravato da una *wrongful life* per errore medico e anche verso i suoi più stretti familiari, ma anche perché normative e giurisprudenze nazionali, comunitaria e internazionale sono, come noto, divise¹⁰.

Significativa al riguardo l'indagine linguistica di V. DURANTE, *La “semantica dell'embrione” nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, 13 (Ottobre/ Dicembre 2010), 37 ss., che analizza il modo di impiegare i termini linguistici in proposito di diverse legislazioni e individua così «quattro differenti soluzioni semantiche, che vanno da quelle più pragmatiche, in cui si evita di definire l'embrione umano e di attribuirgli uno specifico *status* giuridico, a quelle, all'altro estremo, in cui emerge la volontà di conferire un valore pieno all'embrione, al fine di equiparlo ai soggetti dotati di capacità giuridica. Indagando le conseguenze di tali scelte, si evidenzia come non sempre le qualificazioni “forti” si rivelano le più adatte agli scopi che si prefiggono, soprattutto a causa della persistente esigenza di bilanciare la protezione dell'embrione con altri valori ugualmente tutelati». Anche da tale indagine si può dunque trarre conferma dell'assunto che motiva il presente scritto, ossia il rilievo determinante della narrazione (di cui la semantica è uno strumento) e della comprensione dell'interprete per la ricostruzione giuridica dello *status* dell'embrione.

Per un panorama comparato delle soluzioni giuridiche in materia, recente, ma anteriore agli ultimi sviluppi, si vedano altresì G. BALDINI, M. SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e sviluppo della persona: verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007.

¹⁰ Con riferimento al contrasto tra le normative italiane sull'interruzione volontaria della gravidanza e sulla procreazione medicalmente assistita e al divieto di brevettabilità dell'embrione umano, in particolare, che presuppone appunto un consenso su quale natura esso abbia, si vedano alcuni riepiloghi critici recenti di

Risulta comunque qui chiarissima la linea del ragionamento e perspicuo è il richiamo dei precedenti. Nella medesima direzione si è sempre mosso altresì il nostro Comitato Nazionale di Bioetica, massimo organismo tecnico consultivo del Governo, che ha dedicato al tema molti documenti, che ne hanno considerato varî, ma connessi, profili: così *Identità e statuto dell'embrione umano* del 1996; la *Dichiarazione sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionale umana*, il testo *Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa e Impiego terapeutico delle cellule staminali*, tutti resi nel 2000; il *Parere su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali* del 2003; le *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"* e *L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, entrambi del 2005, nonché *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, del 2007.

Sarebbe interessante considerare in modo approfondito l'evoluzione interna delle posizioni del Comitato, la cui composizione viene del resto periodicamente rinnovata, come qui però non si può fare. Va in ogni caso tenuto presente che i testi non sono sempre approvati all'unanimità, ma con distinzioni interne tra gli esperti che lo compongono, al modo in cui presso molte Corti è consentita l'esplicitazione di opinioni dissenzienti o concorrenti con quella risultata maggioritaria.

Nel 2004, comunque, in risposta a una domanda di un organismo scientifico *Sull'utilizzo a fini di ricerca delle linee cellulari h1 e h9 derivanti da embrioni umani*, il Comitato rinviava al proprio testo del 2003, per ricordare come la sua maggioranza si fosse allora espressa con un «parere negativo riguardo a qualsiasi forma di sperimentazione che comporti o abbia comportato la distruzione di embrioni umani» e segnalando la soluzione in termini proprio della legge 40 del medesimo anno.

Questa è dunque la "narrazione" dello statuto giuridico dell'embrione umano da noi ancora più diffusa, quella ad oggi maggiormente condivisa ed "ufficiale", per l'autorevolezza degli organi che la propongono e per l'ampia dottrina che vi aderisce.

È chiaro che, ove si fosse invece voluto dare ingresso nell'ordinamento italiano a una visione rigorosa di rispetto assoluto della vita fin dal suo formarsi, l'indirizzo avrebbe dovuto essere più stringente, la lettura della materia diversa.

normative e giurisprudenze interne ed europea: S. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/ oggetto di tutela?*, in *Riv.it. Med. Leg.*, 4, 2013, 1735 ss.; A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di "embrione umano": il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in *Federalismi.it*, 1, 2015. I. RIVERA, *La brevettabilità dell'embrione umano e il valore della dignità umana. La sentenza della Corte di Giustizia UE International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 maggio 2015. Per l'evoluzione – in particolare – della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'interruzione volontaria della gravidanza e la procreazione medicalmente assistita, che tale ricerca implicano, si aggiungano S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 maggio 2013; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corti*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 67 ss. e, già in precedenza e nello specifico del presente lavoro, A. SCHUSTER, *Lo status giuridico dell'embrione in ottica comparata*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto. Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 255 ss.

Sarebbe stato in primo luogo da tenere fermo il rifiuto di ogni sospetto di trattamento strumentale dell'embrione – soggetto debole fra tutti, quello malato e non impiantabile debole poi, per così dire, al quadrato – e (in questa diversa prospettiva *pro life*) sarebbe stata più stringente anche la valutazione della situazione in diritto del feto, vietando del tutto l'aborto o permettendolo solo in vista della necessità di impedire la morte altrimenti inevitabile della madre, cioè scriminando una condotta da ritenere comunque delittuosa in ragione dello stato di necessità. Sarebbe stato ancora inevitabile non rilevare (il che del resto si osserva comunque da molti) il contrasto tra quanto permette la legge 194/1978 e l'art. 1 della legge 40/2004. Si sarebbe dovuto insistere infine nel difendere a spada tratta l'assetto valoriale di quest'ultima e nel sostenere quindi la sola inseminazione omologa, limitandola rigorosamente ai soli casi in origine qui previsti e in particolare alla produzione di un numero di embrioni strettamente essenziale per l'impianto, dei quali vietare l'analisi prima di questo momento. Questa è dunque una seconda e alternativa linea di "lettura" delle problematiche sulla disciplina giuridica dei problemi relativi all'origine della vita umana.

Tra i giuristi, chi svolge il tema ispirandosi appunto a tale orientamento ha infatti ritenuto – criticamente e con rammarico – che la «tensione alla tutela del concepito ha perso (...) gravidanza a causa degli interventi della Corte costituzionale stessa che, partendo da tali dichiarazioni di principio (*del tipo di quelle sopra riportate*, n. d. r.) nel bilanciamento tra diritti ha poi inclinato il piatto della bilancia sulla base della prevalenza dei diritti di chi persona lo è già rispetto ai diritti di chi persona non lo è ancora pienamente»¹¹.

È sicuramente vero che la questione resta fortemente divisiva in seno alle opinioni pubbliche e nelle stesse costituzioni. Ad esempio e come noto, l'Irlanda e l'Ungheria vedono costituzionalizzata la tutela della vita fin dal concepimento, o, per stare all'interruzione della gravidanza, sempre l'Irlanda e inoltre la Polonia hanno posizioni tendenziali di rifiuto o di massima restrizione della pratica, dopo dinamiche complesse e peculiari a ciascuno dei due ordinamenti, che non è qui il luogo (né vi sarebbe lo spazio) per ricordare; negli Stati Uniti *Roe versus Wade* fa ancora discutere e, come è noto, una giurisprudenza della Corte Suprema ha ammesso, a certe condizioni, la praticabilità dell'obiezione di coscienza da parte di soggetti, loro titolari, che gestiscano direttamente imprese commerciali e che per motivi religiosi non intendano finanziare in favore delle dipendenti polizze di assicurazione che prevedano la copertura di prestazioni abortive¹².

¹¹ Così ad esempio L. VIOLINI, *Alla ricerca dello statuto degli embrioni crioconservati*, in *Quaderni di Scienza e Vita*, 20013, 24; per posizioni analoghe, argomentate in relazione alla giurisprudenza sulla diagnosi pre-impianto, L. SPOSATO, *La tutela dell'embrione e il "diritto nascente". Osservazioni "minime" sulla ragionevolezza del legislatore*, in *Altalex*, 17 marzo 2008; G. ROCCHI, *Embrione: qualcosa o qualcuno? La Corte Costituzionale di fronte alla logica stringente della fecondazione in vitro*, in *DiMT*, 16 febbraio 2016 (questa nota si caratterizza peraltro soprattutto come previsione e auspicio rispetto alla sentenza 84/2016 della Corte Costituzionale, alla quale è anteriore); R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari*, in corso di pubblicazione in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, che si è letta in anticipo per la cortesia dell'autrice.

¹² Per un esame del panorama normativo e giurisprudenziale comparato recente sulla questione dell'aborto e se lo si vuole, si veda, S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015, 1. ss.; sulla sentenza della Corte Suprema statunitense richiamata da ultimo, si legga F. IOVINO, *La coscienza riconosciuta alle persone giuridiche?*

Sussiste però una ancora diversa ed ulteriore “narrazione”. Si cede qui la parola, per illustrarla, all’opinione di minoranza espressa nel sopra richiamato parere del 2003 del CNB del 2003 (che rinvia a sua volta a una posizione sempre minoritaria, ma già presente in modo più ampiamente argomentato nel documento del 2000 sulla ricerca relativa alle cellule staminali), presentata da Demetrio Neri e sottoscritta anche dai membri Barni, Battaglia, Caporale, d’Avack, Flamigni, Gaddini, Piazza, Schiavone e Silvestri:

«Il ragionamento sviluppato da una parte del Comitato si è confrontato col fatto dell’esistenza, anche in Italia, di un notevole numero di embrioni formati bel corso di procedure di fecondazione in vitro, ma, per varie ragioni, non utilizzati per il trasferimento in utero e crioconservati presso vari centri. Sulla base di un attento bilanciamento dei valori in gioco – che tiene conto anche del fatto che gran parte di tali embrioni sarebbero destinati ad essere distrutti – questa parte del Comitato ha ritenuto che “la rimozione e la coltura in laboratorio di cellule staminali da un embrione che non può essere impiantato non significherebbero una mancanza di rispetto nei suoi confronti, ma possono considerarsi se mai un contributo, da parte della coppia donatrice alla ricerca di terapie per malattie difficilmente curabili e spesso inguaribili che deriva da un atto di solidarietà”; e ha quindi concluso di ritenere «eticamente lecita la donazione di cellule staminali a fini terapeutici fagli embrioni non più in grado di essere impiantati”». Segue poi nel testo la raccomandazione di indicare, nel caso, protocolli scientifici rigorosi per garantire l’accesso a laboratori qualificati e in condizioni tali da non favorire monopoli nella ricerca.

Un comitato etico non potrebbe, senza andare *ultra vires*, cioè contro le proprie competenze, esprimersi in modo diverso, ma qui c’è un terreno già tracciato per un giurista laico: la proposta di un diverso bilanciamento tra gli interessi coinvolti, che valorizzi la solidarietà di specie, a favore delle generazioni future, la salute come bene tutelato quindi anche nell’interesse della collettività, la dignità medesima di un’entità purtroppo non impiegabile secondo la destinazione vitale verso la quale il suo sviluppo secondo natura la preordinerebbe, ma che nella destinazione alla sperimentazione per la ricerca non sarebbe smaltita come “cosa” – quale appunto essa non è – bensì valorizzata per uno scopo diverso e nobile, di rango costituzionale pari a quello sacrificato, perché egualmente personalistico, ma in proiezione intergenerazionale¹³.

Completata nel 2007 con l’apertura all’“adozione per la nascita” di embrioni impiantabili, ma rifiutati¹⁴, questa è una visione che muove da un *ethos* di grande profondità e sarebbe inattaccabile anche

Nota alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti Health And Human Service Department v. “Hobby&Lobby” (n. 13. 356 del 30 Giugno 2014,) in *Rivista AIC Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015.

¹³ Un inquadramento dei dilemmi morali che si presentano, nell’orizzonte scientifico attuale, su questo piano di riflessione è quello di G. COSTA, *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*, Firenze, 2006.

¹⁴ Sulla proposta (nel quadro di una sensibilità critica della l. n. 40/2004 omogenea con le posizioni degli autori di cui alla nota 11) si leggano ora M. CASINI, C. CASINI, *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”*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 135 ss.

sul piano costituzionale¹⁵, come ad avviso di chi qui scrive lo sono altresì la donazione di organi *post mortem* e la gestazione per terzi, se – e solo se – ricondotta a profonde ragioni di oblatività endofamiliare (di una madre per la figlia, di una sorella per una sorella) e di gratuità (valendo altrimenti le obiezioni correttamente avanzate dal Movimento francese per il divieto internazionale della maternità surrogata).

Si badi: questa posizione non degrada e reifica l’embrione, negandone la natura di origine stessa del processo vitale e comunque non sarebbe (se ciò facesse, ma non lo fa) da chi scrive condivisa; nemmeno lo ritiene come una sorta di forma vita minore, imperfetta perché ad esempio non fosse stato ancora impiantato o non si fosse prodotta la stria primitiva.

Non esistono, per il diritto, vite e processi vitali imperfetti; a pensare il contrario si concluderebbe nel senso di giustificare il sacrificio della vita dei minorati gravi, degli anziani malati di Alzheimer e via esemplificando. Il personalismo costituzionale non autorizza affatto a percorrere una strada del genere, o a dare ingresso a pratiche eugenetiche che non fossero ad esempio nell’interesse dello stesso feto, quando ancora si trovasse *in utero matris* (e così, per dirne solo una, il ricambio del sangue di un nascituro che fosse per eredità genitoriale affetto da anemia mediterranea).

Qui si dice – e unicamente si vuole ribadire – qualcosa di molto diverso. Non vanno prodotti embrioni *ad hoc*, o in ragionevole eccedenza, nel corso di un procedimento di fecondazione medicalmente assistita; di fatto però ne esiste in apposite “banche” un certo numero che, o per deterioramento, o perché altrimenti non richiesti, non saranno impiantati, nemmeno nella forma dell’ “adozione”, da taluno escogitata.

Per essi soltanto – senza discussione o dubbio processi vitali – è piuttosto chi li condanna a una crioconservazione senza termine predeterminato e (che potrebbe anche eccedere la normale durata della vita umana “sociale”) a non cogliere, in nome di un rispetto per la vita del tutto ideologico, la ferita alla dignità che infligge loro questa situazione. Un sacrificio per la salute e il benessere della specie sarebbe dunque un modo per fare sì che essi non siano stati prodotti invano e non vengano smaltiti come mere cose delle quali non resterà il ricordo¹⁶.

¹⁵ Conforme G. COLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *RBDC*, 17, 2011, 311 ss.. Si veda peraltro *contra* (pur da una prospettiva laica, ma sottolineando i rischi di quello che comunemente si chiama *slippery slope*, “piano inclinato” verso una progressiva desensibilizzazione al rifiuto dell’eugenetica) già J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it., Torino, 2002, 72: «Supponiamo che l’uso sperimentale degli embrioni generalizzi una prassi per cui la tutela della vita umana prepersonale venga considerata *come secondaria* rispetto ad altri possibili fini (incluso l’auspicabile sviluppo di nobili “beni collettivi” per esempio nuovi metodi di cura). La diffusa accettazione di questa prassi renderebbe meno sensibile la nostra visione della natura umana e aprirebbe le porte a una genetica liberale. In ciò possiamo già ora vedere quello che in futuro ci apparirà come un *fait accompli* del passato, cui i fautori della genetica liberale faranno appello come un Rubicone da noi già effettivamente oltrepassato» (corsivi testuali).

¹⁶ Individua correttamente una possibilità di diverso bilanciamento, nella considerazione della già presente disponibilità di linee di cellule staminali importate, onde si può concludere che «l’attività di ricerca scientifica sulle cellule staminali legittimamente importate dall’estero non integri il divieto di cui all’art. 13 della l. n. 40 del 2004» e appunto nel possibile sacrificio benefico, per le generazioni future, degli embrioni crioconservati non trapiantabili, al fine di perseguire le finalità costituzionali di cui agli artt. 32 e 33, altrettanto correttamente ritenendo che a tale soluzione non si opponga il testo dell’art. 18, c. 2, della Convenzione di Oviedo sulla biome-

Va rilevata una situazione singolare: nell'ordinamento giuridico italiano, le leggi relative ad aborto e fecondazione medicalmente assistita (come del resto alcune bozze note della legge da molti anni in preparazione presso le Camere sulle dichiarazioni relative alla condizione del fine vita incosciente) disciplinano le pratiche cui rispettivamente si riferiscono generalmente in modo restrittivo, ma aprendosi con dichiarazioni di principio che sono redatte in modo da dichiarare intenzioni opposte.

L'art. 1 della legge 194/1978, ad esempio, così recita: «*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio/ L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite/ Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che lo aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite*».

L'art. 1 della legge 40/ 2004, a sua volta, dispone: «*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/ Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*».

Se per l'interruzione di gravidanza il legislatore del 1978 ha seguito le precedenti indicazioni della giustizia costituzionale e poi questa ha in concreto confermato l'impianto normativo, per la fecondazione assistita, come in concreto disciplinata e in relazione a tutte le pratiche ad essa collegate e funzionali, la severità della Corte è stata invece notevole e ha demolito uno alla volta tutti i punti qualificanti della legge.

In sostanza, una delle caratteristiche delle normative in questione è proprio quella di assumere, dalla modalità della narrazione, la capacità di usare le parole a scopo manipolativo. Si tratta di specificazioni del cosiddetto "diritto penale-manifesto", o "simbolico", che dichiara finalità che non è idoneo a garantire, o minaccia sanzioni che nell'effettività sono destinate a non essere comminate¹⁷.

3. Giurisprudenza su materie "sensibili", tecniche argomentative, dignità degli embrioni abbandonati e solidarietà intergenerazionale

Per notare la pluralità delle sensibilità culturali e delle soluzioni normative e giurisprudenziali in argomento offre l'occasione per precisare ancora una ulteriore caratteristica chiara della narratività

dicina, P.I. D'ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 luglio 2012, 14 ss.

¹⁷ Si vedano al riguardo L. RISCATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire», Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica contemporanea*, Torino, 2008; G. PERRONE, «*Eppur si muove*». *Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti in vitro, ma non più destinati a fini procreativi: la posizione della Corte Edu tra pronunce e nuove prospettive. Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Rivista AIC Osservatorio Costituzionale*, 4 febbraio 2016, 6.

propria della bioetica e del biodiritto: la sua trasversalità, la sua im-politicità, che naturalmente va intesa bene.

Com’è ovvio, si tratta di problemi di forte rilievo politico, ma che interpellano innanzitutto coscienze individuali e in relazione ai quali proposte e strategie si riaccorpano lungo linee di pressione e di intervento sui poteri pubblici diverse dal solito, perché giungono in genere prima all’attenzione del giudice (di molti giudici) e delle Corti Costituzionali e solo dopo trovano (seppure la trovino) disciplina di legge. Sono agitate da minoranze “intense”, che in Parlamento o non sono presenti, o comunque – se ci sono – soccombono alla forza dei numeri altrui e quindi devono trovare altre strade per fare emergere le *issues* cui tengono. Si è cioè di fronte a una tecnica sperimentata per dare evidenza e forza di pressione a quello che è stata definito criticamente¹⁸ «il traffico dei diritti insaziabili», che si appoggia alla circolazione per via giurisprudenziale dei modelli di tutela dei diritti e in questo modo ne persegue la diffusione.

Questo vale per ogni tema: tra quelli più discussi, per l’aborto, la fecondazione meramente assistita, il fine vita e le convivenze omoaffettive. Ecco perché la modalità regolatoria di *common law* è più aderente alla logica con cui esse si presentano di volta in volta al proscenio e precisamente questo è accaduto con la questione sollevata da tre (in sostanza due) ordinanze del Tribunale di Firenze e decisa dalla Corte Costituzionale con la sentenza 84/2016.

Si ricorderà infatti il modo in cui la stessa Corte era stata investita (risolvendole con una declaratoria in parte di infondatezza, in altra di inammissibilità, con la sentenza 138/ 2010) delle questioni di legittimità costituzionale sollevate a proposito delle norme della legge sullo stato civile che impedisce a una coppia *gay* le pubblicazioni matrimoniali: cause “pilota”, tendenti ad ottenere per via paragiurisdizionale quanto un legislatore neghittoso (e che ha invero continuato ad esserlo a lungo) tardava a riconoscere ad interessi sociali, che fino ad allora costringevano alla clandestinità il wildiano “amore che non osa dire il suo nome”. Anche in quel caso, poi, vi era stata la costituzione nel giudizio davanti alla Consulta di associazioni esponenziali di tali interessi, che tendevano così a forzare una salda giurisprudenza che da sempre ne ha escluso in rito l’ammissibilità in casi del genere, non essendo l’istituto dell’*amicus curiae* previsto nel nostro panorama ordinamentale. Nel caso di specie, l’argomento che l’Avvocatura dello Stato impiega per negare ingresso alla richiesta di audizione di esperti in vista della decisione, che era stata avanzata e che la Corte ha respinto, è che «in ogni caso, i nominativi indicati della citata istanza di parte sono quelli di studiosi che hanno scritto sull’argomento e i cui contributi scientifici (definiti dalla dottrina “microverità scientifiche”) possono essere facilmente acquisiti e considerati nell’ambito della consueta attività preparatoria da parte degli uffici della Corte». Questa dunque la strada che si può immaginare venga ulteriormente percorsa (poiché in effetti lo è già) per aprire il giudizio a forme di *expertise* – sia officiosa, sia di parte – idonee ad integrare nel nostro modello di processo costituzionale il pluralismo di interessi che si muovono attorno ad ogni decisione.

La strategia processuale delle parti ricorrenti, nei due casi ricordati, appare in definitiva tendere ad una nuova “narrazione”, ad una lettura e composizione degli interessi in conflitto da compiersi negli auspicati termini di una ragionevolezza ricostruita (per la vicenda specifica in esame) in termini diversi da quella fino ad allora fatta propria dal legislatore, che sfoci – se non nell’obbiettivo massimo del-

¹⁸ Nel volume dallo stesso titolo: L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007.

la richiesta declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni di una legge impugnata – quantomeno in una decisione additiva di principio, che sia dunque di sollecitazione al legislatore.

Si tratta di una legittima strategia di *lobbying*, che in questo ha avuto piani di attacco diversi: l'uno sovranazionale (appunto il ricorso 46470/ 2011 proposto alla Cedu dalla signora Adele Parrillo contro l'Italia) ed uno interno, cui è seguita la citata pronunzia della Consulta.

Chi scrive – s'intende ribadirlo – ritiene serie, niente affatto infondate ed anzi pregevoli sul piano etico le ragioni di fondo che sottostanno alle istanze delle parti ricorrenti nelle vicende evocate, salvo considerare che i profili di stretto diritto positivo e il variegato quadro delle normative dei diversi Paesi sulla materia dei due giudizi consigliassero proprio quell'atteggiamento di prudenza che la nostra Corte e in precedenza quella della Convenzione hanno in concreto assunto, scegliendo in sostanza di non decidere.

Il punto da sottolineare è peraltro quello che si ritiene di avere appena messo in luce. In questo, come nel caso precedentemente ricordato delle unioni omosessuali, si è oggi di fronte alle prime e complesse mosse di una partita che non può essere risolta da una sentenza (o da più pronunzie, interne e di giudici nazionali di altri Paesi e sovranazionali), senza chiamare in campo la responsabilità dei legislatori, a loro volta sollecitati dall'affollarsi di casi che provochino un ampio e non elusivo dibattito di opinione, del pubblico colto in genere e di quello degli scienziati ed operatori del settore, siano poi tali soggetti scienziati impegnati nella ricerca o tecnici che operano nelle attività dei centri che praticano la fecondazione medicalmente assistita.

Si tratta, insomma e in definitiva (come si deve ripetere), di una questione di cultura. Della necessità che maturi – più precisamente – una maggiore consapevolezza tanto dei vincoli imposti dalla solidarietà intergenerazionale, quanto dalla promozione di pratiche da essa richieste, producendo così frutti anche nel campo in esame quella sensibilità verso l'ambiente, la salute, la bio-genetica, il problema della sostenibilità dei debiti pubblici e delle prospettive previdenziali che ha già sollecitato fra i giuristi riflessioni orientate al riguardo¹⁹, anche se ancora timidamente accolte dai legislatori (ma si veda ora la c. d. "legge sul dopo di noi", approvata in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 14 giugno 2016 e recante *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*).

Nel caso *Parrillo versus Italia*, la difettosa – se non mancante del tutto – prospettiva in tale direzione (insomma, l'inesistenza o scarsa apertura convenzionale ai diritti sociali e s'intenda qui compresa nell'aggettivo appunto anche l'eticamente doverosa considerazione dei "diritti dei lontani", di chi insomma verrà dopo di noi) ha costretto la ricorrente ad inquadrare la sua pretesa di riottenere embrioni criorconservati prodotti da lei e dal marito scomparso in un'epoca in cui l'ordinamento italia-

¹⁹ Si vedano, ad esempio e tra gli altri, G. MAIORANA, *Dovere di solidarietà e generazioni future*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali. La prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 403 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; nonché il ricchissimo volume, che raccoglie gli atti di un convegno parmense, R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008 e da ultimo, la bella e problematica voce di A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, di prossima pubblicazione in *Enc. Dir., Aggiornamenti*, Milano, 2016, 331 ss., che si è letta in anticipo per la cortesia dello stesso.

no non conosceva i divieti inderogabili di cui agli artt. 6, 13 e 14 della legge del 2004, in un'ottica di autodeterminazione personale, una volta che si era interrotto per drammatiche circostanze esterne alla coppia il progetto di vita che essa intendeva perseguire e in una rivendicazione "proprietaria" dell'uso del proprio corpo e di quanto ne è derivato.

Gioco facile, per la Corte di Strasburgo, quello di rilevare quindi da un lato la non determinante essenzialità, a configurare tale profilo della sua personalità (anche in ragione della pregressa – ed in realtà sul punto oscillante²⁰ - giurisprudenza e del prevalere di un riflesso conservatore e prudentiale, in ordine a una questione di nuova prospettiva), dell'orientamento verso il *favor* alla ricerca scientifica, per prevenire o curare malattie altrimenti – ad oggi – non sconfiggibili e dall'altro la non riconducibilità Torino delle decisioni su materia vivente allo schema ideale, di influenza statunitense, *privacy – property*, rilevando infine l'inesistenza di un largo e comune consenso europeo in tema²¹, il che apre dunque la via all'ampio margine di discrezionalità dei diritti nazionali.

La Corte italiana, sulla questione analoga proposta dal Tribunale di Firenze e che era stata (è il caso di dire) "congelata" in attesa di tale pronuncia, si è pertanto piuttosto agevolmente adeguata, nella ricordata direzione pilatesca, con la sentenza 84/2016, dopo avere essa stessa - come si è giustamente rilevato - generato il problema con la propria sentenza 151/2009, ma senza poi ritenersi in grado di affrontare e risolvere le conseguenze prevedibili²².

E tuttavia – com'è facile prevedere – «le temps l'emporterà».

²⁰ Come rileva S. PENASA, *La Corte Europea*, cit., 4 s.

²¹ Su un profilo processuale (la decisione intervenuta nonostante l'apparente non esaurimento delle vie di ricorso interne), M. D'AMICO, *La Corte europea come "giudice unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza 27 agosto 2015 Parrillo contro Italia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 settembre 2015; anche sul merito, L. POLI, *La sentenza Parrillo v. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in *www.sidi-isl.org.*, 27 settembre 2015; V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato tra le Corti*, in questa *Rivista*, 3, 2015, 157 ss. (spec. 163 ss.); G. PERRONE, «Eppur si muove»..., cit.

²² V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 8 maggio 2016; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum Costituzionale*, 4 giugno 2016; A. RICCIARDI, *La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta la questione degli embrioni crioconservati*, in *Rivista AIC Osservatorio Costituzionale*, 22 giugno 2016; è di quest'ultima il giudizio riportato, con la bella immagine di embrioni soprannumerari condannati altrimenti «al "freddo oblio" della crioconservazione». Più ardua invece la sua idea che su un tema del genere si esprima il corpo elettorale in una sede referendaria, sia pure diversa da quella abrogativa, come del resto dovrebbe rendersi possibile ove il referendum costituzionale ex art 138 confermasse la recente riforma italiana e si desse quindi ingresso alle varianti dello strumento che si aprirebbero in sede di integrato art. 75, con una successiva legge costituzionale di attuazione. Questo perché – come del resto l'autrice pur correttamente rileva (ivi, 5) – «argomenti del genere (...) coinvolgono la sfera personale di ciascuno, la sua cultura e le sue più profonde e radicate convinzioni», sicché appare difficile metterle ai voti. Devono avanzare innanzitutto e piuttosto, in materia, il dibattito pubblico e la sensibilità collettiva, potendosi in seguito riproporre il problema di una diversa e più matura sistemazione legislativa.

Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla *prudencia*?

Giovanna Razzano*

THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION NR. 84/2016 ON EMBRYO'S PROTECTION AND INTERESTS OF THE SCIENTIFIC RESEARCH: A CAUTIOUS APPROACH?

ABSTRACT: The Constitutional Court has returned to the Parliament the choice about the possibility of using human embryos for research. The Court acknowledges that it is an ethical controversial issue and recognizes that the evaluation should be made by the Parliament. For this reason, the Court's decision can be defined as prudent. The issue remains that of understanding why the earlier case-law has annulled those parts of the law that established choices on issues that were also very much debated, that are equally important from an ethical standpoint. So far, the Constitutional Court has further accentuated the principle of utility – in reference to “needs of procreation” – in respect to the principle of protection of the unborn life, having denied the request of unconstitutionality of the testing of embryo prohibition perhaps may be an answer to a different logic. The current forecast of Law 40 endorses a logic of caution and responsibility, which bans the use of embryos for research. Especially as the research through embryonic stem cells so far has not led to any clinical trial and, most recently, genetic engineering has come to produce genetically modified human embryos, which the scientists themselves, for now, have decided not to implant in uterus.

KEYWORDS: medically assisted reproduction; frozen human embryos; human embryonic stem cell research; constitutional case-law; European Court of Human Rights; precautionary principle; right to life; principle of utility.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La «possibilità», «sul piano giuridico», di creare embrioni in sovrannumero e l'ampiezza della deroga al principio generale che vieta la crioconservazione. – 3. L'infondatezza della questione di legittimità del divieto, penalmente sanzionato, di soppressione di embrioni e l'inammissibilità della questione concernente il loro uso per la sperimentazione. – 4. La *ratio* della sentenza: due chiavi di lettura. – 5. La constatazione dell'esistenza di due fronti e l'ampio margine di apprezzamento (in capo al Parlamento). – 6. Le scelte di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte. Il principio di utilità e quello di tutela della vita. – 7. L'approccio critico nei confronti delle possibilità scientifiche. – 8. L'assenza dell'elemento della c.d. “necessità scientifica” dell'uso degli embrioni per la ricerca. Conclusioni.

* Professore aggregato di Diritto Pubblico, Dipartimento di studi giuridici, filosofici ed economici di Sapienza Università di Roma, abilitata a Professore Associato e Ordinario. Contributo su invito.

1. Introduzione

La sentenza n. 84 del 2016, in tema di fecondazione artificiale e, in particolare, di trattamento degli embrioni crioconservati, offre numerosi spunti per la riflessione e per la ricostruzione dello stato dell'arte in materia¹. Merita inoltre di essere segnalata per due motivi più specifici: perché identifica la *nuova* questione² «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)»³. E soprattutto perché riconosce, nella scelta operata dal legislatore a questo riguardo, una «elevata discrezionalità», «per i profili assiologici che la connotano», che la sottraggono, secondo la Corte costituzionale, al proprio sindacato e alla possibilità di una pronuncia additiva in merito. Considerazione che, questa volta, conduce ad una pronuncia di inammissibilità della questione sollevata⁴.

Si assiste, dunque, ad una discontinuità con l'indirizzo finora adottato dalla giurisprudenza costituzionale sulla legge 40 del 2004, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, contrassegnato, com'è noto, da pronunce che, non solo hanno affrontato nel merito le questioni prospettate, ma si sono spinte fino ad annullare e a modificare, con taluni interventi additivi, le parti maggiormente qualificanti della medesima legge⁵. L'intera sentenza, inoltre, è pervasa da uno stile argomentativo evidentemente ispirato alla *prudencia*, da intendersi ora in senso originario, come “virtù”, ossia comportamento buono per il conseguimento del bene e della giustizia, nell'accezione di Aristotele⁶, Cicerone⁷ e Tommaso⁸, ora come scelta pragmatica, nell'accezione moderna, di scienza camerale improntata ai criteri delle scienze esatte⁹.

¹ Per una ricostruzione (anteriore alla sent. 96/2015), cfr. A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, Editoriale in questa Rivista, 4/2014; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, ivi. Da ultimo A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, Relazione conclusiva delle Giornate di studio su “*La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*”, Messina 5-6 maggio 2016, in <http://www.federalismi.it/>, 10/2016.

² Nuova in quanto non inerente al tema del bilanciamento fra la tutela del concepito e la salute della donna, né a quello della dignità e della tutela dell'embrione, già affrontati dalla precedente giurisprudenza (§ 8.2.1. in dir.).

³ Secondo la prospettazione del giudice remittente.

⁴ Già nella precedente sentenza n. 229 del 2015, la Corte (§ 3 in dir.) si era riferita alla «discrezionalità legislativa circa l'individuazione delle condotte penalmente punibili», affermando che «può essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza (sentenze n. 81 del 2014, n. 273 del 2010, n. 364 del 2004, ordinanze n. 249 del 2007, n. 110 del 2003, n. 144 del 2001, *ex plurimis*)». Nella precedente sentenza, tuttavia, il giudice delle leggi era giunto ad una pronuncia di infondatezza della questione.

⁵ A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., p. 6, osserva come la legge 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». Nel quadro determinatosi occorre considerare anche la sentenza che ha abolito il divieto di fecondazione eterologa. Per una critica A.M. GAMBINO, *Divieto di fecondazione eterologa, espressione di civiltà giuridica*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Atti del seminario svoltosi a Roma il 2 aprile 2012*, a cura di F. Vari, Torino, 2012.

⁶ La *phronesis* di Aristotele (384-322 a.C.) è la virtù dianoetica che media tra il piano della teoria e quello della pratica e conduce al buon agire, alla ricerca del giusto mezzo fra l'eccesso e il difetto e infine alla felicità sociale

In concreto, le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale ordinario di Firenze sono state due: quella attinente all'art. 13 della legge 40 del 2004, di cui è stato censurato il «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso» e rispetto al quale viene appunto sollecitata da parte della Corte costituzionale una pronuncia additiva, che temperi l'assolutezza del divieto, per un asserito contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, 1 comma Cost. E quella attinente all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della medesima legge 40, in quanto, secondo il giudice *a quo*, la previsione ivi contenuta, per cui la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati (...) fino al momento della fecondazione dell'ovulo», sarebbe stata in contrasto con gli artt. 2, 13 e 32 Cost.

La seconda questione viene subito dichiarata inammissibile, «per il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza». La coppia, infatti, aveva già prestato il consenso all'impianto in utero di uno dei dieci embrioni «prodotti»¹⁰, portando a termine, pur se con esito negativo, il trattamento di PMA. Questa concreta situazione risulta determinante, secondo la Corte, per escludere che la questione possa essere *rilevante*, perché, quand'anche in futuro i ricorrenti avessero voluto ripetere il ciclo di PMA, come assicurano attraverso il giudice remittente, la questione, futura ed eventuale, resta comunque priva del carattere dell'*attualità* in riferimento al giudizio principale. Affermazione questa, non priva di interesse generale con riguardo alla *rilevanza* e quindi ai *limiti del sindacato di costituzionalità spettante alla Corte*¹¹. Osserva infine la Corte, quasi a stemperare la consistenza del problema, che è lo stesso giudice *a quo* ad ammettere che il divieto di cui all'art. 6 è di per sé sprov-

(*Etica Nicomachea* VI, 1140 b, 5-10). Per Aristotele «prudente» è «l'esser capace di deliberare bene sulle cose che sono buone e vantaggiose» (*Ibidem*, 1140 a, 25). Su questo aspetto del pensiero aristotelico cfr. E. BERTI, *In principio era la meraviglia*, Roma-Bari, 2007, p. 266 ss.

⁷ È proprio Cicerone (106-43 a.C.) che traduce per la prima volta in latino (*Trattato De Officiis*, Libro I, V, VI, XLIII), con il termine *prudencia*, (forma contratta di *previdencia*, cioè la capacità di vedere in anticipo) il concetto individuato da Aristotele.

⁸ S. Tommaso d'Aquino (1225 ca.-1274) ne tratta ne *La somma teologica*, Bologna 1984, vol. XVI, *La prudenza*, questione 47, artt. 6-7, pp. 232-236. Secondo l'elaborazione filosofica classica e cristiana, com'è noto, la virtù della *prudencia* unisce etica e politica, intelletto e volontà, teoria e prassi, giustizia e diritto.

⁹ A partire da T. Hobbes (1588-1679) prende infatti piede un indirizzo di pensiero che cerca di studiare la politica attraverso un metodo rigoroso, improntato ai principi delle scienze naturali, dove diventa centrale l'operare tecnico, dove la prudenza diviene "accortezza" e la politica si scinde dall'etica e dalla giustizia, collocandosi in prossimità dell'abilità tecnico-pratica. La *prudencia civilis* diviene infine, con I. Kant, «l'abilità nella scelta dei mezzi per il proprio benessere massimo» (*Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1995, p. 137).

¹⁰ L'espressione è quella del Tribunale di Firenze.

¹¹ Secondo V. CRISAFULLI (*Lezioni di diritto costituzionale*, II, *La Corte costituzionale*, Padova, 1992, p. 280), il requisito della rilevanza attiene alla incidentalità; si tratta di un "filtro" e di un "selettore". Ricorda l'autore che «l'interesse che muove l'intero ingranaggio, ed in cui può dirsi si concreti la rilevanza della questione, è l'interesse (oggettivo) del giudice a non applicare norme incostituzionali, e non già l'interesse eventuale di una tra le parti del processo ad ottenere una decisione ad essa favorevole» (*Ibidem*, p. 287). Osserva inoltre A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, § 3.2.2.2. ss. che la Corte ha in più occasioni ritenuto che la rilevanza debba esser valutata con riguardo al momento nel quale l'ordinanza introduttiva è stata emessa: «Se la norma impugnata non fosse inerente al giudizio a quo, il giudizio di costituzionalità verrebbe ad esser sollevato sostanzialmente in via principale e per motivi ed interessi che esulano da quelli discussi nel giudizio in cui formalmente ha origine».

visto di sanzione per l'ipotesi di violazione; e che esso è stato ulteriormente attenuato dalla deroga, introdotta dalla sentenza della Corte n. 151 del 2009, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, «in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto»¹².

Quanto alla prima questione, concernente la possibilità di donazione di embrioni umani per la ricerca e quindi per l'uso e per la sperimentazione sugli stessi, viene inquadrata dal giudice delle leggi in termini di «conflitto tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»¹³. La Corte passa dunque ad un piano descrittivo più ampio e svolge non solo un'interessante disamina delle argomentazioni a favore dell'uno e dell'altro *diritto* (quello della scienza e quello dell'embrione) ma anche un'interessante riepilogo della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Strasburgo sul punto. Tali ricostruzioni meritano un ulteriore approfondimento.

2. La «possibilità», sul piano giuridico, di creare embrioni in sovrannumero e l'ampiezza alla deroga al principio generale che vieta la crioconservazione

In primo luogo, è importante l'affermazione della sentenza secondo cui, «nel nostro ordinamento, la possibilità di creare embrioni non portati a nascita – embrioni comunemente definiti soprannumerari o residuali – è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009»¹⁴. La Corte ricorda infatti che quest'ultima, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva, comunque, la destinazione ad un unico e contemporaneo impianto, «ha in conseguenza di ciò, derogato al divieto di crioconservazione sancito, in via generale, nel precedente comma 1 della stessa disposizione, in ragione della necessità del ricorso alla tecnica di congelamento, nei centri di PMA, con riguardo, appunto, agli embrioni prodotti ma non impiantati». Di conseguenza l'art. 14, comma 1, che vieta la crioconservazione, oltre che la soppressione di embrioni, anche se tuttora in piedi, è di fatto largamente derogato, come dimostra emblematicamente la stessa vicenda da cui ha avuto origine la pronuncia in commento. Con parole del giudice a quo, la ricorrente ha effettuato il trattamento di PMA «utilizzando l'ultimo embrione (di media qualità) dei dieci da essa complessivamente prodotti»¹⁵. Risultano dunque nove gli embrioni crioconservati residuali di un singolo trattamento, peraltro non riuscito e che, stando agli atti, si intende ripetere. Un

¹² § 6.2., che riprende le parole testuali dell'ordinanza di rimessione. In realtà il dispositivo della sentenza n. 151 del 2009 dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Mentre più rigorosamente il testo originale dell'art. 14, comma 3, disponeva che, «qualora 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, è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

¹³ § 8.1.

¹⁴ § 8.2.

¹⁵ § 2.2.

dato che rende l'idea della misura della deroga al generale principio di divieto di crioconservazione, oltre che della stessa esponenziale crescita degli embrioni crioconservati per effetto di tale sentenza¹⁶.

Ancora, richiamando la successiva sentenza n. 96 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, la Corte ricorda che questa pronuncia ha reso possibile la diagnosi preimpianto, al fine appunto di evitare il trasferimento in utero degli embrioni affetti da siffatte patologie genetiche. Per i quali anche risulta, di conseguenza, derogato il divieto di crioconservazione. La Corte riconosce dunque che il numero degli embrioni residuali privi di trasferimento, in particolare perché malati, risulta virtualmente ampliato anche per effetto questa sentenza¹⁷.

Sulla questione non si può fare a meno di osservare che, quanto più la Corte mette in evidenza la «possibilità», «sul piano giuridico», degli embrioni in sovrannumero, tanto più viene in rilievo l'incisività della sentenza sulla legge¹⁸. La legge 40, al contrario, aveva inteso risolvere a monte il problema giuridico degli embrioni in soprannumero¹⁹, vietando appunto, almeno tendenzialmente²⁰ e

¹⁶ Nell'ultima *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, del 26 giugno 2015, 10, (riferita ai dati del 2013), si legge: «Continuano ad aumentare gli embrioni formati e crioconservati: sono 22.143 nel 2013; erano 18.957 nel 2012, con un aumento del 16.8%. Tale aumento è conseguente all'applicazione della sentenza 151/2009 della Corte Costituzionale, che ha eliminato il numero massimo di tre embrioni da formare e trasferire in un unico impianto; nel 2010, il primo anno di piena applicazione della sentenza della Consulta sono stati crioconservati 16.280 embrioni, mentre erano 763 nel 2008, ultimo anno di applicazione della Legge 40 nella forma originale».

¹⁷ § 8.2.

¹⁸ La prevalente dottrina ha invece commentato positivamente tale incisività, ritenendo assai opportuno l'annullamento, da parte della Corte, delle restrizioni della legge 40, fin dall'inizio fortemente avversata. *Ex multis*, in ordine cronologico, M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, (13 maggio 2004). M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, p. 453 ss.; 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, p. 539; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 3, p.523; AA.VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. Casonato, T. E. Frosini, Torino, 2006; M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1695; AA.VV., *Dalla provetta alla Corte. La legge 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto e P. Veronesi, Torino, 2008; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte costituzionali di inizio-vita*, Milano, 2012; AA.VV., *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. Rodotà, P. Zatti, tomo II, Milano, 2011, p. 1355 ss.

¹⁹ Problema che, come sostiene F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, in *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, ne *I quaderni di Scienza & Vita* n. 11, Atti del X Congresso Nazionale, Roma, 23-24 novembre 2012, p. 51 ss., non può prescindere dalla «presa d'atto dell'anormalità, disumanità, mostruosità della crioconservazione embrionale», che rischia, per la legge dell'assuefazione, di diventare normalità.

²⁰ Non può ignorarsi che, in sé, le tecniche di PMA comportano un rischio molto alto di insuccesso e prevedono la creazione e la distruzione di un numero altissimo di embrioni, oltre che un elevato tasso di abortività. La sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 afferma che la stessa legge 40, nel consentire il ricorso alla PMA, prevede comunque «un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a

almeno pro futuro²¹, che vi fosse un soprannumero. La ratio sottesa a tutto l'impianto legislativo era infatti quella indicata nell'art. 1 della legge, «che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». E poiché logica vuole che l'unico modo per rispettarne la soggettività è quello di portarne a compimento la sviluppo attraverso la nascita²², la crioconservazione era vietata²³, in quanto il congelamento espone l'embrione al disfacimento o all'uso, riducendolo ad «oggetto»²⁴.

È veritiera dunque, anche se assai singolare da parte della Corte, l'asserzione secondo cui «la possibilità di creare embrioni non portati a nascita - embrioni comunemente definiti soprannumerari o residuali - è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009» e

soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza» (§ 6.1. in dir.). Secondo i dati che emergono dall'ultima *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge*, cit., le percentuali di gravidanze, sulle inseminazioni effettuate con la tecnica di Inseminazione Semplice, si aggira intorno all'11%, fino a scendere notevolmente intorno ai 43 anni (p. 80 ss.). La percentuale di gravidanze ottenute con le tecniche a fresco di II e II livello è pari al 19,5% sui cicli iniziati, mentre con le tecniche da scongelamento è in media del 15%, fino a scendere al 6% dopo i 43 anni (p. 115 ss.). Solo il 74% delle gravidanze monitorate giunge poi al parto (p. 53). Osserva G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno svoltosi presso l'Accademia nazionale dei Lincei, 31 gennaio 2005, Roma, a cura di G. Razzano, p. 26, che «se l'impianto di un solo embrione è destinato all'insuccesso, l'alternativa per evitare quel sacrificio è radicale e condiziona la stessa procreazione assistita, per chi non ammetta che il principio di vita possa essere creato per essere distrutto». Quanto al piano non già etico-giuridico, ma scientifico-applicativo, sembra interessante dare conto dell'articolo pubblicato da alcuni medici che praticano PMA sul *British Medical Journal* (*Are we overusing IVF?* BMJ 2014;348:g252), da cui emerge che, nel 2013, i nati da fecondazione artificiale sono giunti, nel mondo, a cinque milioni. Al contempo, con riguardo alla Gran Bretagna, nel 2011, solo il 12% delle donne che hanno fatto ricorso alla PMA erano effettivamente sterili per conclamati problemi tubarici. La conclusione che ne traggono gli autori è che occorre incrementare la ricerca sulla sterilità e diffondere maggiori informazioni sui rischi della provetta. Secondo la tabella allegata all'articolo, vi è il 70% di rischio in più (dei concepimenti naturali) di malformazioni genetiche, il 90% in più di morte perinatale, il 50% in più di rischio di nascita pretermine, il 70% in più di nascita severamente pretermine (prima delle 32 settimane). I medesimi autori riconoscono apertamente, tra l'altro, che la fecondazione assistita è ormai diventata un'industria che crea enormi profitti, non solo per le cliniche private, ma anche per le istituzioni universitarie e pubbliche. Già l'*American Academy of Pediatrics*, nel corso del Meeting annuale di New Orleans (2012), in relazione alla questione del consenso informato delle coppie, aveva reso noto che il rischio di avere malformazioni alla nascita, per il concepimento con tecniche artificiali, è più alto del 25% rispetto a quello naturale. Mentre il *New England Journal of Medicine* ha rilevato un 8,3% di malformazione dei bambini nati con tecniche artificiali contro il 5,8% dei bambini nati in modo naturale (*Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*, *N Engl J Med* 2012; 366:1803-1813 May 10, 2012).

²¹ Com'è noto, la legge 40 mancava invece di pronunciarsi sul destino degli embrioni già crioconservati e abbandonati, prodotti nel periodo precedente l'entrata in vigore della legge. Una questione sulla quale è intervenuto il Comitato nazionale di bioetica (CNB), con il parere del 18 novembre 2005, intitolato *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*.

²² L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto e N. Zanon, Milano, 2004, p. 39. Già F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra "il diritto alla prole" e "il diritto ai due genitori"*, in *Ind. pen.* 1990, p. 421; R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. pen.*, 2000, p.475; L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 361.

²³ Art. 14, comma 1, nel testo originario.

²⁴ Sul problema, anche in riferimento all'esperienza statunitense, L. VIOLINI, B. VIMERCATI, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati*, in *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, cit., p. 71 ss.

quella per cui, con riguardo alla sent. 96 del 2015, «il numero degli embrioni residuali privi di trasferimento, in particolare perché malati, risulta virtualmente ampliato anche per effetto questa sentenza». Così facendo, infatti, la Corte rende manifesto che la riedizione del problema bioetico del destino degli embrioni in soprannumero, in Italia, è la sua stessa giurisprudenza²⁵. Quanto poi l'ampliamento non sia virtuale, ma reale e consistente, lo attestano i dati ministeriali già citati²⁶.

La Corte passa poi a riassumere la giurisprudenza venutasi a formare in materia, sottolineando fra l'altro che, come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» ed a quella della salute della donna²⁷. Anche in questo caso va detto che il bilanciamento individuato dalla Corte è basato su di un punto di equilibrio così differente da quello trovato dalla legge 40, da potersi considerare rispondente ad una *ratio legis* diversa. La legge infatti, nel testo originario, consentiva l'accesso alle tecniche di PMA ma non la crioconservazione degli embrioni, per la ragione già segnalata che il congelamento espone l'embrione al disfacimento o all'uso. Il bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale, invece, ha di fatto condizionato la soggettività dell'embrione (*rectius*: il trattamento come soggetto dell'embrione) alla volontà di coloro che richiedono l'accesso alle tecniche di PMA. Con ciò realizzando, oltretutto, un "bilanciamento" assai discutibile sul piano logico, non già fra interessi entrambi vitali, ma fra termini eterogenei: desideri, anche apprezzabili, del vivente o il suo benessere, da un lato; la vita nascente, dall'altro, come autorevolmente osservato²⁸.

3. L'infondatezza della questione di legittimità del divieto, penalmente sanzionato, di soppressione di embrioni e l'inammissibilità della questione concernente il loro uso per la sperimentazione

In secondo luogo, occorre considerare il richiamo, da parte della sentenza che si commenta, alla precedente sentenza n. 229 del 2015. Quest'ultima, com'è noto, ha dichiarato incostituzionale l'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004, che prevedeva il divieto di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, come conseguenza della precedente declaratoria di incostituzionalità di quelle parti della legge 40 che non prevedevano l'accesso alla PMA da parte delle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche. La medesima sentenza ha tuttavia escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della stessa legge, che vieta, penalmente sanzionandola, la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove affetti da malattia genetica. A detta della Corte, in questo caso viene in rilievo «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione», il quale - «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»²⁹.

²⁵ In particolare sent. n. 151 del 2009. Sul punto A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., p. 7.

²⁶ Cfr. nota 17.

²⁷ § 8.2.1.

²⁸ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 28.

²⁹ § 3. Al riguardo non si può fare a meno di rilevare il contrasto fra quest'affermazione e la terminologia utilizzata dal giudice *a quo* (della sentenza ora in commento). Quest'ultimo infatti, in riferimento alla eventuale e futura decisione della donna di sottoporsi nuovamente a trattamento di PMA, ragiona di «trasferimento in utero del materiale prodotto, solo in esito alla indagine genetica pre-impianto, sullo stesso, che ne avesse confermato la qualità» (§ 2.2.).

È dunque un quadro assai eterogeneo quello determinatosi per effetto della giurisprudenza costituzionale, prevalentemente propensa a bilanciare e ad anteporre, alla tutela dell'embrione, «*le esigenze della procreazione*» e la salute generale della madre e inaspettatamente attenta a tutelare la dignità dell'embrione, quando si tratta di sopprimere quelli scartati. In questo contesto giunge la richiesta, da parte del giudice *a quo*, di una pronuncia additiva da parte della Corte, che permetta alla coppia di poter "donare" embrioni alla ricerca scientifica³⁰. Possibilità esclusa, com'è noto, dalla legge, che ne vieta non solo la soppressione (art. 14, comma 1), ma anche l'uso a fini di ricerca e sperimentazione (art. 13, comma 3, lett. a).

Tale richiesta, va subito riconosciuto, non può ritenersi in totale discontinuità con la *ratio* degli interventi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale sulla legge 40. Una volta infatti ammessa la produzione di embrioni anche non finalizzata all'impianto e una volta eliminato il divieto di selezione a scopo eugenetico (sebbene ciò al solo fine di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b, della legge 22 maggio 1978, n. 194³¹), è chiaro che, ad informare la disciplina concernente la procreazione medicalmente assistita, non è solo il principio per cui «sono assicurati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»³², ma anche il principio a volte discordante della «tutela delle esigenze della procreazione». Il diritto del concepito è recessivo, come del resto mostra l'astensionismo manifestato dalla Corte sul punto: «*quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di sog-*

³⁰ In proposito rilevano diversi pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, che segnalano in ordine cronologico: *Identità e statuto dell'embrione umano*, del 22 giugno 1996; *Parere del CNB sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, del 27 ottobre 2000; *Parere su ricerche utilizzando embrioni e cellule staminali* (2003); il già citato parere su *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A)*, del 18 novembre 2005; *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, del 26 ottobre 2007. Occorre inoltre considerare la *Relazione finale* della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a., nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009. Tutti i pareri sono concordi (seppure con la presenza di postille talvolta dissenzienti) nel ribadire che gli embrioni sono vite umane a pieno titolo, che esiste il dovere etico di proteggerne la vita, che la sperimentazione a loro carico si giustifica, ai sensi della Convenzione di Oviedo, solo se nel loro interesse e che il divieto di uso si estende agli embrioni c.d. soprannumerari. Di conseguenza, mentre non è accettabile la "donazione" di embrioni, termine adatto alle cose ma ritenuto incompatibile con la soggettività dell'embrione, è possibile l'Adozione Per Nascita (cfr., in particolare, parere del 2005 sull'APN).

³¹ Com'è noto la sent. n. 96 del 2015 ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche. Allo stesso modo la successiva sent. n. 229 del 2015 ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche).

³² Peraltro dichiarato incostituzionale (sent. n. 96 del 2015) nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche.

gettività correlato alla genesi della vita», oltre che l'assai discutibile affermazione secondo cui l'embrione sarebbe «un'entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)»³³, su cui si avrà modo di tornare.

Coerente con tale prospettiva appare allora la donazione degli embrioni *che non servono* per la ricerca scientifica, dove essi almeno *servono*. Del resto, se un notevole numero di concepiti è sacrificabile per ottenere più *chances* di successo nelle tecniche di PMA e se un'altra quota è funzionale alla selezione a scopo eugenetico, ne discende che il concepito, secondo questa *ratio*, può essere un mezzo per il raggiungimento di un fine. E dunque può essere un mezzo per le esigenze della ricerca. Tanto più che, come argomenta il giudice *a quo*, se ne prevede comunque l'estinzione. In altri termini, vulnerata la legge in uno degli aspetti più qualificanti, la tutela del concepito come *soggetto*, e bilanciato il diritto alla vita del nascituro con la «tutela delle esigenze della procreazione» e della salute della donna, la richiesta di una pronuncia additiva che consenta anche l'uso degli embrioni in soprannumero per la ricerca, come del resto la soppressione di quelli malformati, appare in effetti non irrazionale rispetto ad una giurisprudenza che, contrariamente all'impianto originale della legge 40, ha bilanciato i diritti del nascituro con il benessere e i desideri del vivente³⁴. Come interpretare, dunque, la frenata della Corte?

Le risposte che possono darsi sono almeno due.

4. La *ratio* della sentenza: due chiavi di lettura

In primo luogo, la situazione venutasi a creare rispetto alla legge 40 mette in gioco l'identità e il ruolo della stessa Corte. La quale, in quest'occasione come già nella precedente sentenza 229 del 2015, ha certamente valutato le conseguenze che sarebbero potute derivare da una eventuale, ennesima pronuncia di incostituzionalità. Si tratta infatti di disposizioni³⁵ rilevanti in riferimento a quella sentenza della stessa Corte che a suo tempo ha dichiarato inammissibile il referendum di abrogazione totale contro la legge 40, definita «costituzionalmente necessaria»³⁶. Se la Corte avesse consentito – tramite la declaratoria d'incostituzionalità – la soppressione di embrioni e la produzione di embrioni umani a fini di ricerca e sperimentazione, la Corte avrebbe rischiato di contraddire se stessa, oltrepassando fra l'altro il suo ruolo di giudice delle leggi. Di fatto avrebbe posto nel nulla la stessa scelta del legislatore di intervenire in materia di procreazione medicalmente assistita ponendo dei limiti significativi. Perché, in effetti, la legge 40, già ridotta, cassata e trasformata dal giudice costituzionale, laddove si fosse pure aggiunta la liceità della condotta di utilizzazione degli embrioni per la ricerca, o la soppressione di quelli malformati, difficilmente avrebbe potuto restare coerente con ciò che pur resta della stessa in riferimento al suo primo articolo, ai sensi del quale la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

³³ § 8.2.1.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 29.

³⁵ Il riferimento è all'art. 13, comma 3, lett. a) e 14, comma 1 e all'art. 14, commi 1 e 6.

³⁶ Sent. n. 45 del 2005, che definisce la legge come «diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, che coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, che nel loro complesso postulano quanto meno un bilanciamento che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

A ciò va poi aggiunto che la Corte di Strasburgo, sulla medesima questione, ha accertato la sussistenza di un *ampio margine di apprezzamento* in capo agli Stati aderenti e ha confermato che ciascuno Stato è libero di legiferare in proposito. Nella causa Parrillo c. Italia (decisa il 27 agosto 2015 dalla *Grande Chambre*), i giudici europei hanno infatti dichiarato che la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva chiaramente *delicate questioni morali ed etiche* e che i documenti di diritto comparato di cui dispone dimostrano che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non esiste un vasto consenso europeo in materia³⁷. Analogamente poi a quanto in seguito affermato dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2015, depositata l'11 novembre 2015, anche la Corte di Strasburgo ha escluso che gli embrioni possano essere ricondotti al rango di "beni" («*human embryos can not be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*»), dichiarando irricevibile il ricorso Parrillo, per il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). La Corte italiana, dunque, ha seguito quella europea.

Se si restasse a queste considerazioni, tuttavia, la *prudencia* della sentenza *de quo* sarebbe da intendersi solo nel senso dell'accortezza e dell'opportunità e poco resterebbe della virtù aristotelicotomista, fiduciosa nella possibilità di operare una sintesi fra principi etici e prassi, fra giustizia e diritto. Vanno invece apprezzati, nel percorso argomentativo della sentenza, almeno due elementi riconducibili a questa prospettiva prudenziale.

5. La constatazione dell'esistenza di due fronti e l'ampio margine di apprezzamento (in capo al Parlamento)

Il primo elemento attiene alla stessa ricerca, da parte della Corte, delle ragioni dottrinarie e scientifiche che sono alla base dell'uno e dell'altro diritto; ossia quello alla vita dell'embrione e quello alla ricerca scientifica. Si tratta di una metodologia che, riconoscendo innanzitutto che una certa questione bioetica è dibattuta, che non vi è unanimità di vedute, che esistono dei "fronti", ricerca e individua le ragioni che stanno alla base dell'una e dell'altra tesi. Così facendo ammette, implicitamente, che sono considerevoli le argomentazioni addotte dalle prospettive che si fronteggiano. Condizione per una scelta prudente è, infatti, la ponderazione di tutti i termini della questione e la considerazione di tutti i punti di vista che si confrontano in merito ad un problema concernente la liceità o l'illiceità di una condotta. La Corte individua dunque "due fronti" bioetici e, analogamente alla Corte di Strasburgo – che dinanzi alla pluralità di scelte degli Stati aderenti, riconosce l'ampio margine di apprezzamento – dichiara inammissibile la questione e competente il Parlamento.

³⁷ § 176 e ss. della sentenza Cedu. Infatti, mentre diciassette, dei quaranta Stati membri dei quali la Corte possiede informazione hanno adottato un approccio permissivo in questo campo, altri Paesi hanno leggi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali, ed altri ancora consentono la ricerca in discussione a condizioni rigorose. L'Italia non è, pertanto, l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa che vieta la donazione di embrioni umani alla ricerca scientifica. Ed è per tali motivi che la Corte ritiene che il Governo non abbia ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie.

Una sede, quest'ultima, in cui è lo stesso metodo democratico a richiedere, alla fine, di optare per alcune ragioni anziché altre, attraverso la votazione³⁸. Prevale insomma quella prospettiva bioetica che riunisce più consensi³⁹. Ciò che, a ben vedere, era avvenuto con l'approvazione, nel 2004, con una maggioranza tutt'altro che risicata, della legge 40⁴⁰, uscita anche indenne, com'è noto, dal tentativo di abrogazione referendaria.

Dopo aver preso atto, dunque, della metodologia prudente adottata dalla Corte⁴¹, occorre allora chiedersi se, non solo la questione odierna, inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole fra la tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica, ma anche quella del bilanciamento fra la tutela dell'embrione, da un lato, e la «tutela delle esigenze della procreazione» e della salute della donna, dall'altro, non dovesse essere, anch'essa, lasciata alla competenza del legislatore. Perché, infatti, solo il bilanciamento sulla questione della ricerca scientifica dovrebbe essere rimesso alla valutazione del Parlamento e non anche quello sulla questione delle «esigenze della procreazione», della salute della donna che intraprende una scelta rischiosa, dell'accesso alle coppie non fertili? Per non parlare della questione, piuttosto trascurata, concernente il potenziale conflitto fra la salute della

³⁸ Con ciò, accennando solamente ad un tema che qui non è possibile affrontare compiutamente, non si intende radicare nel principio di maggioranza la validità delle scelte che concernono l'essere umano e la sua tutela, che attengono piuttosto ai principi supremi e ai diritti inviolabili della Costituzione e, prima ancora, allo statuto ontologico dell'uomo. Si intende piuttosto dubitare che le sentenze della Corte costituzionale che hanno radicalmente «ritoccato» la legge 40 fossero decisioni *necessarie* dal punto di vista tecnico-scientifico oltre che *necessarie* nell'ottica del rapporto fra l'Italia e la Cedu, anziché opzioni che il legislatore aveva scartato in favore di altre, più rispondenti a quella *ratio legis* della tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. *Ratio* che non può dirsi manifestamente incostituzionale ma, al contrario, corrispondente ai principi supremi e ai diritti inviolabili. Sul «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» e sul «carattere subcostituzionale della Cedu», cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 349 e n. 348 del 2007, 264 del 2012 e n. 49 del 2015.

Peraltro è difficile negare che spettino al legislatore le scelte di biopolitica. Cfr. al riguardo E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p. 34 ss. M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2005, p. 625 ss.; R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 579. Del tutto diversa è invece la questione concernente il principio di maggioranza in relazione all'evidenza tecnico-scientifica, quando il legislatore ha bisogno di *presupporre dei dati (e non già di interpretarli)*. Come avviene, ad es., quando si rinvia alle conoscenze aggiornate sulla sismicità dei luoghi per imporre l'adeguamento antisismico a certi edifici. È chiaro che non è la maggioranza parlamentare a valutare il rischio sismico, né l'inflammabilità di un materiale o la tossicità di un farmaco, e così via.

³⁹ Sul punto già L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto: i nodi irrisolti della fecondazione medicalmente assistita*, cit., p. 58, per la quale «non dovrebbe essere il giudizio di costituzionalità il luogo più adatto a far valere il legittimo, pesante dissenso che vige nei riguardi della legge esaminata. Piuttosto pare opportuno che, trattandosi di dissenso sui valori – e quindi sul livello politico della questione – sia la maggioranza a decidere e siano gli strumenti di democrazia diretta quelli adatti a far valere il proprio dissenso, allo scopo di accertare che il consenso faticosamente e trasversalmente raggiunto in Parlamento non sia conforme al consenso sociale».

⁴⁰ La legge fu approvata dal Senato l'11 dicembre 2003 con 169 voti favorevoli, 90 contrari e 5 astenuti e fu definitivamente approvata dalla Camera il 10 febbraio 2004 con 277 voti favorevoli, 222 contrari e 3 astenuti.

⁴¹ Che ha invece incontrato le critiche di V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, p. 13 ss.

donna e le stesse “esigenze della procreazione”⁴². In tutti questi ambiti non mancano di certo “due fronti”, o comunque una serie di molteplici opzioni intermedie e *scelte di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte.*

Quest’ultima, invero, spiega che l’intervento richiesto dal giudice *a quo*, in questo caso, non è “a rima obbligata”. Con ciò lasciando intendere che lo fossero, invece, i precedenti interventi della Corte sulla legge 40. In realtà, come la dottrina ha posto in luce, anche quella di voler “far rima” con un’altra legge è una scelta di elevata discrezionalità, come lo è, più in generale, la scelta del *tertium comparationis*⁴³. Si tratta infatti, di una scelta non univoca, né tecnica, né formale, ma altamente problematica⁴⁴. È infatti inevitabilmente implicato un giudizio assiologico quando si sceglie di prendere in considerazione un elemento di raffronto anziché un altro⁴⁵.

In definitiva la metodologia argomentativa adottata dalla Corte in questa occasione, che si manifesta prima di tutto nel riconoscimento di due fronti contrapposti su di un problema bioetico, che oltretutto «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali», inevitabilmente conduce a doman-

⁴² Il riferimento è alla sindrome da iperstimolazione ovarica, che può determinare trombosi e tromboflebiti e in taluni casi un rischio per la vita (cfr. per tutti C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2002, p. 29 ss., p.63 ss.). Si registra al riguardo un caso molto recente di decesso di una donna, presso l’ospedale di Conversano, il 10 giugno 2015, per arresto cardiocircolatorio a seguito di agoaspirazione ovarica per PMA.

⁴³ Nel caso di specie è discutibile la scelta di dichiarare irragionevole il divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie fertili, in quanto «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza)» (sent. n. 96 del 2015). Non vi è infatti analogia fra l’aborto c.d. terapeutico (eccezionalmente consentito oltre i 90 giorni, si badi, *quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*) e la situazione di chi ricorre alla PMA con l’intenzione di selezionare l’embrione sano. Nel primo caso la *ratio legis* è infatti quella dello stato di necessità, che sul piano etico, come su quello penale, si riferisce ad un pericolo non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, e ad un fatto proporzionato al pericolo. Nell’altro caso, invece, la fattispecie è diversa, perché non ricorrono queste condizioni. In particolare l’intenzione e la volontà sono proprio quelle di ricorrere alla PMA per selezionare alcuni embrioni e scartarne altri. Cfr. G. DI ROSA, *Dai principi alle regole: appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 86 ss.

⁴⁴ Cfr. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 8, che afferma che l’elemento di raffronto deve essere univoco, «perché ove risultassero possibili diverse analogie con diverse norme dell’ordinamento, mancherebbe, nella logica del sistema, una indicazione precisa sul modo di eliminare l’incostituzionalità (...) ed esulerebbe dai poteri della Corte la scelta sul suo modo di eliminarla». Cfr. anche L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1973*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 620. Sulla “discrezionalità legislativa”, L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 304.

⁴⁵ Fra i tanti contributi che si potrebbero menzionare, particolarmente pertinente è un passaggio di F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 116, il quale, in riferimento al possibile, inevitabile sconfinamento nel campo legislativo della Corte, afferma: «Perfino la raffinata soluzione crisafulliana delle “rime obbligate”, seguendo le quali sarebbe consentito alla Corte – rispettando la c.d. discrezionalità del legislatore – di intervenire, non può non rivelare che la norma “nuova” – modificativa – risultante dalla decisione della Corte, pur contenendosi nei limiti di una *estensione* di un pezzo della già vigente normativa legislativa o costituzionale, è tuttavia pur sempre *estensione* compiuta e *definitiva* e quindi creazione di una nuova disciplina, in quanto operante *erga omnes*».

darsi perché non sia stata applicata anche in passato, alle *delicate questioni morali ed etiche* riguardanti, nella specie, l'aumento progressivo di embrioni crioconservati e l'accesso alla PMA per la selezione dell'embrione sano, questioni anch'esse assai dibattute⁴⁶. Perché non accettare le relative decisioni del legislatore, appunto «*chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale*»⁴⁷? E soprattutto: era forse *illogica, internamente*⁴⁸, la normativa originale dettata dalla legge 40, rispetto al principio, che ne costituiva la *ratio legis*, di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito?

6. Le scelte di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte. Il principio di utilità e quello di tutela della vita

La prudenza della Corte si manifesta, inoltre, nella stessa scelta di ammettere di essere dinanzi ad una questione di costituzionalità riguardante una norma che racchiude una valutazione di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarla al sindacato di costituzionalità per riservarla al legislatore. La Corte si astiene dunque dall'intervenire con una sentenza additiva e dichiara, per così dire, competente il Parlamento.

In questa prospettiva, la scelta della Corte costituzionale di dichiarare *inammissibile, anziché infondata*, la questione appare significativa e adeguata. Il messaggio che se ne trae è che l'intervento richiesto dal giudice *a quo* non è stato diretto all'interlocutore giusto, che è piuttosto il legislatore. E la Corte ha declinato, quindi, la propria competenza⁴⁹. Sembra quasi enunciato un principio valevole più in generale, quello per cui le scelte normative caratterizzate da scelte di elevata discrezionalità, *per i profili assiologici* che le connotano, sono sottratte al sindacato della Corte e rimesse al Parlamento. La prudenza dunque, sotto questo profilo, concerne il ruolo stesso del giudice costituzionale e l'appropriatezza del relativo atteggiamento rispetto alla funzione, che è quella di *jus dicere* e non quella di *jus facere*⁵⁰. Sotto questo profilo viene in rilievo un'altra nota sentenza, quella della Corte di

⁴⁶ In proposito, solo per riflettere sulla gravità del tema, archiviato attraverso la discutibile scelta di metterlo in "rima" con l'aborto terapeutico, Ernesto Galli della Loggia (editoriale del "Corriere della Sera" del 17 settembre 2004) ha scritto: «La selezione genetica degli embrioni inevitabilmente riecheggia, almeno nel principio, la prassi eugenetica che fu del nazionalsocialismo e, meno spietatamente ma fino a tempi non lontani, di alcune legislazioni europee e americane». (...) L'avvento come pratica di massa della selezione genetica degli embrioni rappresenta un'abissale frattura rispetto a tutto il nostro stesso passato storico. Interi universi di pensieri e di sentimenti, interi mondi morali e artistici sono destinati all'insignificanza e, in prospettiva, alla liquidazione. Primo fra essi, naturalmente, il mondo spirituale cristiano con la sua idea della preziosità irripetibile di ogni essere umano e del misterioso legame mimetico che lo lega al Dio creatore, fonte di quel retaggio di misericordia e di amore per tutti gli esseri che è alla base delle utopie universalistiche di cui da venti secoli si nutre l'Occidente». Cfr. inoltre J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 34 ss.

⁴⁷ § 11 della sentenza in commento.

⁴⁸ Il riferimento è a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p.373, e alla riflessione concernente la problematica dell'eccesso di potere legislativo (e della discrezionalità legislativa), laddove «la linea di confine tra legittimità e merito diventa estremamente sottile e rischia, a volte, di essere oltrepassata» (p. 371).

⁴⁹ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 375 ss. Cfr. anche A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., § 3.2.9.1.

⁵⁰ F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, cit., p. 53.

Cassazione a Sezioni unite, 11 luglio 2011, n. 15144, la quale, in merito al c.d. *diritto vivente*, ha affermato che il giudice certamente «disvela ma non per questo crea». E che questo assetto realizza «l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, ad opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima»⁵¹.

Con ciò, non sembra trascurabile che la Corte inviti poi il Parlamento a scegliere fra le varie opzioni possibili in questo ambito. Il giudice delle leggi si cimenta, invero, in una esemplificazione dei modi e dei casi su cui il Parlamento potrebbe intervenire, riferendosi alla eventuale regolazione di una serie di possibilità di uso degli embrioni⁵². Come se insomma la legge 40 dovesse comunque essere superata nella sua attuale previsione, che nega invece ogni uso dell'embrione umano.

Va osservato, al contrario, che è proprio questa la scelta di elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, compiuta dal legislatore. L'opzione etica di fondo, peraltro supportata da tutti i pareri del CNB citati⁵³, a loro volta basati sulla Convenzione di Oviedo⁵⁴ e sulla Carta di Nizza⁵⁵, è nel senso dell'inderogabilità del principio di tutela della vita. Questo principio contempla anche, in situazioni estreme, la differenza fra lasciar morire e uccidere⁵⁶. La medesima sottesa, del resto, alla sentenza n. 229 del 2015, quando ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità concernen-

⁵¹ Sul tema, da ultimo, S. PRISCO, "Rigore è quando arbitro fischia"? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione, in *Forumcostituzionale*, 28 gennaio 2016, destinato agli *Scritti in onore di Augusto Cerri*. Da ultimo lo stesso Presidente della Repubblica ha affermato che, «nell'applicare la legge al caso concreto, il magistrato, in presenza di una pluralità di possibili interpretazioni consentite, è chiamato a operare una scelta sulla base di principi e di elementi non esplicitati con precisione nei meri enunciati normativi ma pur sempre interni all'ordinamento». E che «l'esercizio del compito, affidato ai magistrati, di applicazione delle norme di legge, con la loro corretta e puntuale interpretazione, non si esaurisce, quindi, in una mera operazione meccanica né può trasformarsi in una lettura "creativa" della norma» (Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'inaugurazione dei corsi della Scuola Superiore della Magistratura per l'anno 2016, 28 aprile 2016).

⁵² La Corte si riferisce infatti alla valutazione di opportunità circa l'«utilizzo, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui».

⁵³ Cfr. nota 31.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 18, comma 2, della Convenzione «la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata».

⁵⁵ L'art. 3 della Carta, com'è noto, prevede «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone», oltre che «il diritto alla vita di ogni individuo» (art. 2, comma 1), su cui P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2014, p. 404 ss.

⁵⁶ Su questa differenza cfr. il parere del CNB sul *Destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili* (2007), 7. Cfr. inoltre G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 23; A. PESSINA, *La disputa sull'adozione degli embrioni umani. Linee per una riflessione filosofica*, in *Medicina e Morale*, 2013, 6, pp. 1099-1112; M. CASINI, C. CASINI, *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*, in questa *Rivista* 2/2014.

te il divieto di soppressione degli embrioni, quantunque non sani, escludendo che l'embrione difetto, chiunque o qualunque cosa sia, possa essere *riducibile a mero materiale biologico*.

Il legislatore della legge 40 ha scelto infatti, fra le tante opzioni, di subordinare il principio di utilità a quello del rispetto incondizionato di ogni essere umano vivente. Aveva scelto, altresì, di subordinare a quest'ultimo anche il principio dell'autonomia individuale dei soggetti che, accedendo alle tecniche, avviano "la produzione" di embrioni e ne decidono il destino (impianto, selezione, crioconservazione, donazione), ritenendo "soggetto" anche il concepito. Ha scelto, inoltre, di non focalizzare il ragionamento sulla previsione per cui gli embrioni moriranno comunque, ma all'azione in sé e per sé considerata: quella di poter usare o meno esseri umani viventi per la ricerca.

La stessa impostazione etica, a ben vedere, è sottesa alla nota e apprezzata decisione del Tribunale costituzionale tedesco, quando ha ritenuto incompatibile con la Costituzione tedesca la legge che prevedeva di trattare i passeggeri dirottati come mero oggetto dell'intervento militare, quantunque preordinato a salvare altre vite umane. L'ipotesi su cui si basava la legge, com'è noto, era quella in cui un aereo di linea fosse stato dirottato per un disegno criminoso verso obiettivi civili e si prevedesse dunque la morte tanto degli uni (i passeggeri), quanto degli altri (gli abitanti del luogo contro cui l'aereo avrebbe dovuto schiantarsi)⁵⁷. Il principio che è al fondo di questa decisione è che l'uccisione di individui innocenti, per quanto si tratti di vite senza speranza per un giudizio prognostico congruo, non può mai giustificarsi, neppure al fine di salvare eventualmente altri⁵⁸. L'interrogativo concernente la sorte di alcuni soggetti/oggetti dipende dunque strettamente, per il principio di coerenza, dalla natura loro attribuibile⁵⁹. Quando si è dinanzi ad esseri umani, si è dinanzi a soggetti di diritto che non possono mai divenire *res*.

La questione portata in questa occasione all'attenzione della Corte, in definitiva, mostra chiaramente l'alternatività fra l'etica della tutela assoluta dell'essere umano vivente e l'etica dell'utilità⁶⁰. L'irriducibilità delle due visioni bioetiche si rispecchia, in questo caso, nell'impossibilità del bilanciamento e mostra chiaramente l'impossibilità di una coerenza interna alla giurisprudenza che si fonda ora su una prospettiva etica, ora sull'altra.

Quanto rilevato in merito alla giurisprudenza costituzionale italiana sulla legge 40 vale, d'altronde, per la giurisprudenza Cedu. Anche la Corte di Strasburgo, da una parte, con la sentenza Parrillo c. Italia, ha escluso che gli embrioni prodotti possano essere trattati al rango di beni e che la donazione

⁵⁷ Sentenza 15 febbraio 2006, concernente la legge sulla sicurezza aerea.

⁵⁸ Afferma la sentenza che ciò li trasformerebbe in oggetti, non solo nei confronti dei criminali responsabili del dirottamento, ma anche dello Stato, che finirebbe, sia pure sia pure con una finalità di bene, per equipararli ad *oggetti* inanimati. Un tale trattamento si sostanzierebbe in una grave quanto inaccettabile lesione degli interessati in quanto *soggetti* dotati di dignità e di diritti inalienabili, poiché laddove la loro uccisione fosse utilizzata come mezzo per la salvezza di altri, essi verrebbero "spersonalizzati e nel contempo privati dei loro diritti" (*verdinglicht und zugleich entrechtlicht*). L'analogia, quanto al principio etico sotteso, con la condizione degli embrioni crioconservati, è già stata sostenuta in G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, febr. 2010, p. 295.

⁵⁹ F. MANTOVANI, *Prospettive giuridiche in tema di embrioni crioconservati*, cit., p. 54.

⁶⁰ Cfr. già F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1974, p. 755 ss., che afferma (p. 763): «Né il criterio utilitaristico della proporzione né il consenso del soggetto possono derogare al principio costituzionale della salvaguardia della vita e della salute del soggetto, che resta il criterio ispiratore prioritario in materia».

degli stessi possa essere ricondotta ad un aspetto del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu; dall'altro, nella sentenza Costa e Pavan contro Italia, invece, ha sostenuto che lo stesso art. 8 implicherebbe il desiderio della coppia di generare un figlio non affetto da malattia genetica. Una sentenza tanto più criticabile, quanto più si tenga conto che l'art. 2 della stessa Cedu sancisce l'inderogabilità del diritto alla vita, disponendo espressamente che «nessuno può essere intenzionalmente privato della vita»⁶¹.

Del resto il principio di non contraddizione⁶² regge, sul piano logico, solo ove si metta in disparte o si accetti come recessivo il principio della tutela dell'embrione⁶³ e quello della tutela incondizionata di ogni vita. Altrimenti è evidentemente contraddittorio con la suddetta tutela permettere ampie deroghe al divieto di crioconservazione, così come permettere l'accesso alla PMA per soddisfare il desiderio ad ottenere, con tale mezzo, un figlio non affetto da malattia genetica⁶⁴. Delle due l'una: o si guarda all'*utilità*, e in tal caso non si vede perché non "donare" alla scienza gli embrioni inutilizzati o eliminarli; o si valuta la *liceità* etica concernente la soppressione degli embrioni in quanto esseri umani viventi, e in tal caso il loro uso, per quanto promettente, è da escludere.

7. L'approccio critico nei confronti delle possibilità scientifiche

Resta comunque importante che la Corte abbia rimandato alla valutazione del Parlamento le scelte concernenti le possibilità offerte dalla scienza. Si tratta certamente di un rinvio, ma anche di una prospettazione dello medesimo rapporto fra la decisione politica e le possibilità tecnico-scientifico-sperimentali. Prospettazione tutt'altro che scontata. Infatti, nella stessa sentenza n. 151 del 2009, si legge, all'opposto, che «*la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente,*

⁶¹ Cfr. al riguardo G. DI ROSA, *Dai principi alle regole*, cit., p. 86 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 pubbl. comp. ed europeo*, 2013, 3, p. 923 ss.; 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 <http://www.diritticomparati.it/>, 2013.

⁶² Principio invocato dalla giurisprudenza costituzionale su questi temi nelle precedenti occasioni. Cfr. ad es. sent. 229 del 2015, § 1 e 2.2.

⁶³ Ovvero, analogamente, ove si voglia tenere conto della distinzione fra chi è già persona, di cui si tutela oltre che la vita, anche la salute, e chi persona deve ancora diventare, di cui non si tutela neppure la vita (in questi termini, com'è noto, Corte cost. n. 27 del 1975, in merito all'aborto). Prospettiva per alcuni versi superata dalla sentenza n. 35 del 2007, la quale, con riferimento alla tutela della vita «fin dall'inizio», ha ragionato, com'è noto, di «diritto alla vita del concepito», di principio che «ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento» e di diritto inviolabile riconducibile all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

⁶⁴ Al fondo di quasi tutte le questioni bioetiche, del resto, vi è lo stesso dilemma: o vi è uguaglianza fra tutti i viventi che la scienza riconosce come esseri umani oppure si ammettono distinzioni in base agli stadi di sviluppo, di età, di consapevolezza, di salute, ecc. In questo secondo caso, però, l'inviolabilità del diritto alla vita è negata e il principio di uguaglianza pure, in quanto si distinguerebbe fra esseri viventi che valutano e quelli che sono valutati. Cfr. R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra «qualcosa» e «qualcuno»*, Bari, 2005.

*opera le necessarie scelte professionali*⁶⁵. Come si vede, anche a prescindere dal fatto che la Corte sembra alludere ad una sorta di contrattualismo privatistico fra medico e paziente, che suscita a sua volta più di un dubbio⁶⁶, si assiste all'inversione dei termini della questione: non le possibilità tecnico-scientifiche al vaglio del Parlamento, ma la discrezionalità legislativa *limitata* dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali.

A questo riguardo sembra rispondere, idealmente, un parere del CNB dedicato al principio di precauzione⁶⁷, nel punto in cui invita ad un «*passaggio da una visione acritica del sapere scientifico, assunto come oggettivo e scevro da incertezze, a una posizione consapevole della non neutralità delle soluzioni tecnologiche, allorché le stesse entrano a contatto con attività sulla produzione, che possano incidere sulla sicurezza, sulla tutela dell'ambiente, sugli esseri viventi, sull'uomo*». Tale consapevolezza chiama in causa non solo il Parlamento, ma anche la stessa Costituzione, basata sul "primato dell'essere umano" e dunque assai significativa, non solo con riguardo alla libertà della scienza, ma anche con riguardo al rapporto fra la scienza e la vita umana, analogamente, del resto, al disegno costituzionale concernente la libertà economica⁶⁸. Più in generale, anzi, si è detto che le Costituzioni, anche nelle loro proiezioni sovranazionali, restano i baluardi più avanzati di fronte all'erompere delle nuove tecnologie⁶⁹.

Per rimanere ancora sul tema della scienza in relazione al diritto, lascia poi perplessi un passaggio della sentenza che si commenta⁷⁰, cui si è già accennato, secondo cui l'embrione sarebbe «*un'entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)*». A ben vedere l'embriologia non nutre dubbi sul dato per cui l'ovulo fecondato dà luogo ad un individuo vivente appartenente alla specie umana.

⁶⁵ § 6.1. Prospettiva alla quale aderiscono, fra gli altri, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in Quad. cost., 2009, p. 591 ss. e R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano 2011, p. 215.

⁶⁶ Il diritto infatti, nel contesto costituzionale, tiene conto della debolezza contrattuale di una delle parti, come si riscontra soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro e proprio in ambito sanitario, in riferimento ad alcune pratiche, come l'infibulazione. La tesi che non trova riscontro neppure in un ambito più aperto a valutazioni personali, come quello della medicina estetica, dove le richieste del paziente e le azioni del medico non possono essere esercitate al di fuori di qualsiasi regola. L'art. 32 Cost., sembra avallare infatti una concezione della medicina e del rapporto fra il medico e il paziente in cui le decisioni sono ispirate a criteri di «corresponsabilità socialmente condivisa» (così L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p.961; ID., *Autodeterminazione e affidamento in ambito medico*, in *L'Arco di Giano*, 2013, p.1, § 2).

⁶⁷ Comitato Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, giugno 2004. Il parere prende atto della circostanza storica per cui il principio di precauzione nasce dalla richiesta di "agire con approccio precauzionale" allo scopo di proteggere l'ambiente (Conferenza di Rio, 1992: "United Nation Conference on Environment and Development"). Viene inoltre distinto il principio di precauzione da quello di prudenza e di responsabilità.

⁶⁸ Sul punto E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, Relazione al XXX Convegno annuale AIC, in *Rivista AIC*, 4/215, p.22, afferma, richiamando L. ARCIDIACONO, *L'embrione è soggetto di diritti*, in *Luci accese sulla Costituzione. Interventi di Luigi Arcidiacono*, Roma, 2013, 261, che dal diritto costituzionale deve essere estratta, per così dire, la "misura della scienza".

⁶⁹ G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale – Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, come richiamato da E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p.23.

⁷⁰ § 8.2.1.

E infatti non vi è alcun contrasto, su questo, in seno al Comitato nazionale di Bioetica, non fosse altro perché nessuno scienziato potrebbe negarlo, mentre due importanti sentenze della Corte di Giustizia hanno contribuito ulteriormente a fare chiarezza sulla nozione di “embrione”⁷¹. Le controversie non sorgono sul piano scientifico, ma sul piano dottrinale, ideologico o convenzionale, ossia sul piano interpretativo del dato biologico. Non è, infatti, sul piano scientifico-sperimentale che si collocano le discussioni sul “principio della vita” o sui possibili stadi di sviluppo dell’essere umano, al fine di ricollegarvi o meno taluni diritti (v. ad es. il tema dell’*ootide*, del *pre-otide*, del *pro-otide*); e non è sul metro piano biologico che si afferma, d’altra parte, che è sufficiente l’essere in presenza di un individuo appartenente alla specie umana per riconnettervi la protezione e la tutela che merita un uomo. Il piano su cui si intavolano le discussioni fra più punti di vista non è quello biologico. Non si è in presenza, pertanto, di una divisione in ambito scientifico. La divisione è presente, piuttosto, in ambito *bio-etico*. Sono infatti in disaccordo coloro che, da filosofi, da giuristi, da sociologi e anche da scienziati, riflettono e interpretano il dato scientifico-sperimentale⁷².

⁷¹ Cfr. documento del CNB sulle *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. “ootide”*, § 5, dal quale emerge la condivisione dell’evidenza scientifica dell’embriologia contemporanea, che mostra come la fusione-attivazione o la micro-iniezione-attivazione dello spermatozoo nel citoplasma della cellula uovo è l’evento primo, irreversibile e fondamentale che dà avvio al processo di costituzione e sviluppo dell’embrione umano. Cfr. inoltre le sentenze della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle*, e 18 dicembre 2014, Causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, che hanno definito l’embrione umano (in riferimento alla direttiva 98/44/CE del Parlamento e del Consiglio, che ne vieta la brevettabilità dell’uso a fini commerciali, industriali e anche di ricerca scientifica, come si avrà modo di dire), *ogni organismo in grado di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano, purché tale organismo abbia in sé la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano*: «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. (...) 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; (...) spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un “embrione umano” ai sensi dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva. » (sent. *Brüstle*, § 35, 38). La successiva sentenza *International Stem Cell Corporation*, ha successivamente corretto le esemplificazioni di ciò che è “embrione umano” e ha tenuto conto dell’evidenza scientifica per cui *un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi non costituisce un “embrione umano”, «qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare»*. Si è insomma chiarito che il partenote non è un embrione e che mentre le cellule totipotenti – cioè in grado di svilupparsi in un essere umano – non possono essere oggetto di brevetto, quelle pluripotenti – come le linee staminali embrionali, che possono trasformarsi in tessuti di ogni tipo ma non svilupparsi in un essere umano – possono esserlo. Resta comunque fermo, anche nella seconda sentenza, il principio per cui è embrione umano ogni organismo avente in sé la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano.

⁷² Cfr. infatti lo stesso parere *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. “ootide”*, cit., laddove osserva che «anche la riflessione filosofica offre un ulteriore argomento a sostegno del principio di continuità, nella misura in cui riconosce che l’inizio della vita dell’essere umano costituisce un “salto di qualità” (un passaggio dal non essere all’essere) e che, una volta che tale passaggio sia avvenuto, ci siano solo modificazioni accidentali (quantitative) e non trasformazioni sostanziali (qualitative)». Considerazione, quest’ultima, accolta dalla maggioranza del CNB, ma che, a differenza delle affermazioni concernenti i dati embriologici, non ha trovato l’unanimità dei consensi.

In realtà, solo coloro che si rimettono al dato biologico, quanto all'inizio e alla fine della vita umana, per riconnettervi il diritto dovuto alla vita, rinunciano a valutare ulteriormente il dato scientifico⁷³. Nell'altra prospettiva, quella per cui il diritto alla vita va modulato in corrispondenza ai progressi compiuti nello sviluppo - o in correlazione alla perdita di funzioni, nello stadio finale della vita - la prospettiva può dirsi invece *convenzionale*, nel senso che non si considera dirimente il solo dato per cui si è in presenza di un individuo vivente appartenente alla specie umana, ma lo si sottopone ad ulteriore valutazione e interpretazione, forse alla ricerca di spazi che, permettendo di individuare una *cosa* anziché un *soggetto*, possano legittimare la sperimentazione sull'embrione⁷⁴.

8. L'assenza dell'elemento della c.d. "necessità scientifica" dell'uso degli embrioni per la ricerca. Conclusioni

Ma è poi davvero promettente la ricerca attraverso l'uso delle cellule staminali embrionali dell'uomo? Nell'avviarci alla conclusione di queste riflessioni, che hanno preso spunto da una sentenza che ha affrontato la questione «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)», sembra doveroso porsi questa domanda.

Nel 2003, a ridosso dell'approvazione della legge 40, il *New England Journal of Medicine* parlò di "promessa di guarigione universale" legata alle cellule staminali embrionali. Nel 2004 e nel 2005 *Science* pubblicò due lavori di Hwang Woo-suk, lo scienziato sudcoreano che affermava di aver isolato con successo le cellule staminali embrionali umane. In realtà si è trattato di una delle maggiori frodi scientifiche degli ultimi tempi, realizzate oltretutto attraverso l'uso di ovuli illegittimamente acquisiti, come ha ammesso lo stesso scienziato. A distanza di dieci anni occorre prendere atto di alcuni dati: non una sola persona è stata curata con le cellule staminali embrionali e non esistono terapie che implicino l'impiego di cellule staminali embrionali.

⁷³ R. SPAEMANN, *Persona. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"*, (1996), Roma-Bari, 2005: «competenti ad individuare quando comincia e quando finisce la persona sono a buon diritto gli stessi che individuano quando comincia e quando finisce la vita biologica». Allo stesso modo C. TOLLESFEN, in *Understanding Human Dignity*, a cura di C. McCrudden, Oxford, 2014, cap. 28, ritiene che, sulla questione relativa all'inizio della vita umana, sia determinante l'embriologia con i suoi studi. Cfr. pure A. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 2006, p.93, per il quale «mentre l'uso della nozione di persona comporta un'elaborazione culturale che può prestarsi a derive ideologiche, il riferimento alla specie umana o, meglio ancora, alla famiglia umana, in chiave biologica, permette di sancire una inequivocabile base egualitaria su cui costruire e difendere quei diritti dell'uomo»; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, a cura di M. Bertolino e G. Forti, 175; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia 2010, p. 55.

⁷⁴ Sul punto è assai interessante il parere del CNB, *Identità e statuto dell'embrione umano*, p. 17, in cui si osserva che, laddove interviene «l'interpretazione ontologica dei dati biologici», questa «finisce con il risultare influenzata dalle opzioni morali dell'interprete, ossia dal modo con cui egli avverte in coscienza di doversi atteggiare di fronte all'embrione fin dalla fecondazione».

Ha dato sviluppi promettenti, invece, la ricerca sulle c.d. “cellule staminali pluripotenti indotte”, presentata nel 2007 dallo scienziato giapponese Shinya Yamanaka⁷⁵, vincitore del premio Nobel per la medicina, che ha sviluppato una tecnica per riprogrammare le cellule fino a farle “tornare indietro” ad uno stadio simil-embionale, senza dover per questo distruggere embrioni. Riguardo alle cellule staminali adulte, va ricordato che è possibile reperire nel midollo osseo, nel mesenchima di diversi organi e nel sangue, cellule staminali pluripotenti, capaci di dare origine a diversi tipi di cellule prevalentemente ematiche, muscolari, nervose e non soltanto a quelle relative al tessuto dal quale sono state prelevate. Si sono dimostrate utili per i trapianti, per testare i farmaci e per capire i meccanismi di alcune malattie come ad esempio il diabete giovanile ed i danni traumatici al sistema nervoso⁷⁶. Con particolare riguardo alle cellule del cordone ombelicale, l'allegato al decreto ministeriale 18 novembre 2009 “*Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato*” indica l'elenco delle patologie in cui è possibile il loro impiego per uso autologo-dedicato, ed è consolidato l'uso allogenico⁷⁷.

É poi degno di nota il fatto che, all'interno dello stesso mondo scientifico, sorgano dubbi e perplessità di tipo etico e che, almeno in taluni casi, ciò comporti un'autolimitazione in attesa di un discernimento. Circa un anno fa, ad esempio, alcuni scienziati hanno espresso la necessità di porre un limite alle loro stesse ricerche in ambito genetico e hanno lanciato l'appello per una moratoria internazionale contro le sperimentazioni genetiche riguardanti il DNA, c.d. CRISPR (*clustered regularly interspaced short palindromic repeats*)⁷⁸. Ciò nella consapevolezza che l'*editing* genetico, se da un lato concerne le ricerche sulle cellule del DNA responsabili di malattie, dall'altro potrebbe condurre a plasma-

⁷⁵ S. YAMANAKA, *Induced pluripotent stem cells: past, present, and future*, *Cell Stem Cell.*, 2012 Jun 14;10(6):678-84. Le staminali pluripotenti sono state per questo definite “staminali etiche”, perché non richiedono l'eliminazione di embrioni, attraverso l'uso di quelli residuali o l'apposita creazione di nuovi.

⁷⁶ I.S. SCHROEDER, *Potential of Pluripotent Stem Cells for Diabetes Therapy*, *Curr Diab Rep.* 2012 Jul 1; DREWS K et al., *Human induced pluripotent stem cells-from mechanisms to clinical applications*, *Anat Cell Biol.*, J.J Mol Med (Berl), 2012 Jul; 90(7):735-45. Epub 2012 May 30; CHUN YS et al., *Induced pluripotent stem cells and personalized medicine: current progress and future perspectives*, *Anat Cell Biol.* 2011 Dec;44(4):245-55. Epub 2011 Dec 30; CASHMAN TJ et al., *Mesenchymal Stem Cells for Cardiac Therapy: Practical Challenges and Potential Mechanisms*, *Stem Cell Rev.* 2012 May 11; GIR P et al., *Human adipose stem cells: current clinical applications*, *Plast Reconstr Surg.* 2012 Jun;129(6):1277-90; LIAO Y et al., *Cord blood transplantation and stem cell regenerative potential.*, *Exp Hematol.* 2011 Apr;39(4):393-412. Epub 2011 Jan 13.

⁷⁷ Le cellule staminali emopoietiche sono cellule in grado di riprodursi dando origine agli elementi corpuscolati del sangue periferico: globuli rossi, globuli bianchi e piastrine. Queste cellule sono in grado di rigenerare l'ambiente midollare in tutti quei casi in cui esso è stato danneggiato in seguito a patologie, esposizione accidentali a radiazioni ionizzanti o a trattamenti chemio-radioterapici per la terapia di tumori. Il sangue placentare donato viene conservato per curare gravi patologie del sangue quali malattie tumorali come la leucemia e i linfomi e patologie non tumorali come: la talassemia, l'aplasia midollare e le immunodeficienze congenite in pazienti bambini e adulti (fonte: Ministero della salute).

⁷⁸ L'appello è stato lanciato da Jennifer Doudna, Università di Berkeley, coinventrice del metodo Cispr, e firmato, tra gli altri, da David Baltimore, premio Nobel per la medicina e Paul Berg, premio Nobel per la chimica. L'appello per la moratoria è stato pubblicato su *Nature*, firmato da rappresentanti del gruppo industriale Alliance for Regenerative Medicine (“Industry Body Calls for Gene-Editing Moratorium”): EDWARD LANPHIER, FYODOR URNOV, SARAH EHLEN HAECKER, MICHAEL WERNER & JOANNA SMOLENSKI, *Don't edit the human germ line*, *Nature* 519, 410–411 (26 March 2015). Cfr. inoltre, A. REGALADO, *Engineering the Perfect Baby. Scientists are developing ways to edit the DNA of tomorrow's children. Should they stop before it's too late?*, MIT Technology Review, March 5, 2015.

re le caratteristiche desiderate per l'embrione fecondato in vitro e a costruire quindi un genere umano dotato di speciali caratteristiche quanto alle caratteristiche cognitive, fisiche ed estetiche. Oltretutto solo lo sviluppo fino alla nascita dell'uomo così manipolato può consentire di verificare, allo stato, che la tecnica abbia effettivamente ottenuto successo. La moratoria si prefigge dunque un approfondimento delle implicazioni etiche di tali alterazioni, prima dell'applicazione medica di tale tecnica di ingegneria genetica alle cellule germinali e agli embrioni umani⁷⁹.

Ai problemi etici concernenti l'uso e la distruzione di embrioni umani per la ricerca, si sommano dunque, in quest'ultimo caso, i problemi etico-sociali ed etico-politici derivanti dalla creazione di una "super razza" umana, attraverso la produzione di esseri umani geneticamente modificati⁸⁰, oltre ai gravi problemi di sicurezza sanitaria per la tuttora bassa efficacia delle tecniche di *gene editing*.

Dinanzi alle prospettive e alle problematiche appena accennate, dovrebbe allora valere anche per il versante bioetico, quella metodologia *prudenziale e responsabile nei confronti delle generazioni future* che si sta tentando di imboccare, in ambito globale, per il versante ecologico. Come infatti nell'ambito del rapporto fra l'uomo e la natura appare ormai indiscutibile, almeno sul piano teorico, la prospettiva che si pone criticamente dinanzi alle possibilità e alle applicazioni scientifiche, tecnologiche e industriali e che include una valutazione delle conseguenze nel lungo periodo⁸¹, allo stesso modo occorrerebbe porsi dinanzi al rapporto tra l'uomo e la sua stessa vita. E così, di fronte all'ampio ventaglio di possibilità offerte dalla scienza, dalla tecnologia e dall'industria; di fronte alla molteplicità di strade che la ricerca potrebbe intraprendere e percorrere, è ragionevole una valutazione circa la persistenza del principio per cui l'uomo deve essere sempre fine e mai mezzo.

Ciò vale a maggior ragione quando, come nel caso di specie, concernente l'uso degli embrioni umani per la ricerca, non si riscontra neppure l'elemento della c.d. "necessità scientifica" dell'esperimento, potendosi la ricerca sviluppare attraverso diverse e finanche più promettenti alternative⁸². Un crite-

⁷⁹ Ne dà conto J. KAISER, *CRISPR debate fueled by publication of second human embryo-editing paper*, *Science*, Apr. 8, 2016, 3:45 PM.

⁸⁰ Possibilità esclusa dalla direttiva 98/44/CE del Parlamento e del Consiglio e dalle citate sentenze della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle* e 18 dicembre 2014, Causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, anche se va segnalato che la Human Fertilisation and Embryology Authority (Hfea) inglese, nel gennaio 2016, ha autorizzato alcuni scienziati del Francis Crick Institute a modificare geneticamente gli embrioni umani provenienti da cliniche che utilizzano tecniche di fecondazione in vitro. E questo nonostante 150 scienziati inglesi, fra cui Michael Antoniou del Kings College di Londra e Donna Dickinson, emerito di etica medica presso l'Università di Londra, avessero messo al bando, nel novembre 2015, questo tipo di sperimentazione, che conduce appunto ad esseri umani geneticamente modificati. Ad avviso di Calum MacKellar, direttore del Consiglio scozzese per la Bioetica Umana, si sarebbe qui in presenza di quell'eugenetica condannata da tutte le società civili dopo la Seconda guerra mondiale.

⁸¹ Prospettiva avvalorata, nell'ambito del diritto europeo, da risoluzioni del Parlamento e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia - ad es. 10 aprile 2014 (causa C-269/13 P, *Acino AG* -, che si riferiscono al principio di precauzione, divenuto in Francia di rango costituzionale, dopo la sua introduzione nella Carta dell'ambiente. Cfr. ancora E. CASTORINA, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁸² Principio risalente, ricordato già da F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 766, in riferimento al Decalogo di Norimberga, per il quale «l'esperimento deve essere ritenuto capace di apportare benefici risultati al benessere comune, non procurabili con altri metodi o mezzi di studio» e per il quale «il grado di rischio non deve essere mai rapportato alla importanza umanitaria del problema da risolvere». Fermo restando l'altro principio per cui nessun esperimento può essere intrapreso ove ne possa derivare la morte o l'inabilità permanente. Cfr. anche W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, cit., 61.

rio paradossalmente applicato rispetto a talune specie animali e trascurato con riguardo al genere umano. In Spagna, infatti, dove è lecito abortire e sperimentare sugli embrioni umani, è invece vietato far abortire e sperimentare su determinate forme fetali di mammifero (gorilla, scimpanzé e orango)⁸³.

Fra le soluzioni legislative responsabili e lungimiranti vi è certamente la scelta adottata dal Parlamento italiano nel 2004, che ha inteso applicare in maniera logica e consequenziale il principio per cui sono tutelati tutti i *soggetti* coinvolti, compreso il concepito, vietando che quest'ultimo possa essere soppresso o utilizzato per finalità di ricerca, divenendo *oggetto*⁸⁴. Una scelta non solo legittima in quanto prudentiale, ove si consideri che il solo dubbio sulla soggettività dell'embrione impone la tutela dovuta ad ogni soggetto umano, ma anche coerente con la direttiva europea che vieta l'utilizzazione, oggetto di domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica⁸⁵ e con il principio sancito dalla Convenzione di Oviedo per cui «*l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza*»⁸⁶.

D'altra parte il principio di precauzione «*finisce con il coincidere con la bioetica, nata appunto dall'esigenza etica di riflettere sulla liceità o illiceità di talune pratiche ed interventi di manipolazione della vita in generale contro l'atteggiamento permissivista ingenuo dello scientismo tecnologico*»⁸⁷.

⁸³ *Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, il quale protegge appunto alcune forme fetali di mammifero e incoraggia l'incremento di metodi alternativi alla sperimentazione con animali vivi. Cfr. inoltre il Real Decreto 1005/2014, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1881/1994, de 16 de septiembre, por el que se establecen las condiciones de policía sanitaria aplicables a los intercambios intracomunitarios y las importaciones procedentes de países terceros de animales, esperma, óvulos y embriones no sometidos, con respecto a estas condiciones, a las disposiciones contenidas en la sección 1ª del anexo A del Real Decreto 1316/1992, de 30 de octubre.*

⁸⁴ In questo senso A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, cit., 8, per il quale tali divieti non paiono irragionevoli né incostituzionali.

⁸⁵ Cfr. infatti Corte di Giustizia (Grande Sezione) 18 ottobre 2011, Causa C34/10, *Oliver Brüstle*, in cui si dichiara conclusivamente: «L'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44 riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto». Infatti, ha spiegato la Corte (cfr. § 43 - 46), «anche se lo scopo di ricerca scientifica deve essere distinto dai fini industriali e commerciali, l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca che sia oggetto della domanda di brevetto non può essere scorporata dal brevetto medesimo e dai diritti da esso derivanti(...): l'utilizzazione, oggetto di una domanda di brevetto, di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non può essere distinta da uno sfruttamento industriale e commerciale e, pertanto, sottrarsi all'esclusione dalla brevettabilità. (...) Si deve quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata all'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva riguarda altresì l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica, mentre solo l'utilizzazione per finalità terapeutiche o diagnostiche che si applichi all'embrione umano e sia utile a quest'ultimo può essere oggetto di un brevetto». Tali enunciazioni restano ferme nella successiva sentenza 18 dicembre 2014, Causa C364/13, *International Stem Cell Corporation* (supra nota n. 72).

⁸⁶ Art. 2.

⁸⁷ Consiglio Nazionale di Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, cit., p. 15.

Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)

Antonio Ruggeri*

CONSTITUTIONAL CASES INADMISSIBLE DUE TO A LACK OF CONSENSUS AMONG SCIENTISTS (NOTE TO CONSTITUTIONAL COURT'S RULING NO. 84/2016, CONCERNING THE PROHIBITION OF USING CRYO-PRESERVED EMBRYOS FOR RESEARCH PURPOSES)

ABSTRACT: The note critically addresses the Constitutional Court's ruling no. 84/2016, highlighting that the final rejection (inadmissibility) of the constitutional issue concerning the section of Law no. 40/2004 that bans the use of cryopreserved embryos for research purposes, eventually is based on the lack of consensus among scholars, especially scientists. But, if it is so, this solution should then prevail in every bio-law case. The Court expressly invokes Legislator's action as the most appropriate for reversing that legal prohibition, but at the same time it offers some hints about the potential contents of future legislation. In the Court's view, the Constitution should remain silent until the Science speaks (but there is no single "voice" in scientific debates); in the meantime, only the Legislator could rule on the issue at stake. The author nonetheless observes that, pending the law-making process, judges could supply as well. In a subsidiary logic, they could hand in to scientists the unusable embryos for research purposes, mostly considering that these would be finally wasted.

KEYWORDS: Cryopreserved embryos, prohibition of research use, lack of consensus among scientists, inadmissible constitutional case.

Una boccata d'ossigeno viene ora offerta da Corte cost. n. 84 del 2016 alla legge 40 del 2004, che ormai da tempo versa in uno stato agonizzante, al quale ha peraltro fattivamente concorso – come si sa – la stessa giurisprudenza costituzionale, in parte (ma solo in parte¹) a ciò incoraggiata dalla giurisprudenza europea². Di quest'ultima l'odierna pronuncia riprende lo stile pilatesco³, non spingendosi dunque oltre nell'opera di smantellamento dei numerosi

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina. Contributo su invito concluso il 6 maggio 2016.

¹ In relazione al caso di oggi, il precedente più diretto è dato – come si sa – dalla decisione della Grande Camera in *Parrillo c. Italia* dell'agosto del 2015, specificamente nella parte in cui la ricorrente invocava la "copertura" dell'art. 8 della CEDU a sostegno del proprio diritto a donare alla ricerca scientifica gli embrioni da lei prodotti, pretesa tuttavia esclusa dalla Corte europea. In fatto di procreazione medicalmente assistita si danno tuttavia altre pronunzie della Corte stessa, fra cui *S.H. ed altri c. Austria* e *Costa e Pavan c. Italia*, di cui a motivo della loro notorietà non occorre qui fare parola, che hanno non poco influenzato l'indirizzo del nostro giudice delle leggi.

divieti presenti nella legge, così come invece aveva fatto in passato (specie con la famigerata pronuncia sull'eterologa del 2014): fa, cioè, uso – come si vedrà a momenti – della *tecnica del(la mancanza di) consenso*, cui consegue il salvataggio della normativa impugnata, con la differenza – non da poco – che in ambito sovranazionale essa ha quale specifico punto di riferimento le legislazioni nazionali, mentre qui si ha riguardo alle divisioni esistenti nel mondo della scienza e tra gli studiosi in genere. Divisioni problematicamente superabili, quanto meno a breve e almeno in parte, con la conseguenza che il consenso auspicato dalla Consulta – è stato efficacemente fatto notare⁴ – può, a conti fatti, coincidere con la “condizione impossibile apposta al contratto, che lo rende nullo se è sospensivo, mentre si considera come non apposto se è risolutiva”. Eppure proprio su ciò la Corte fa leva al fine di ritrarsi davanti alla sollecitazione della parte, raccolta dall'autorità remittente e volta a spianare la via al possibile utilizzo degli embrioni soprannumerari a finalità di ricerca⁵. Un esito, questo, apparentemente discendente da (ed espressivo di) una presa di posizione “neutrale”, equidistante rispetto agli opposti schieramenti di scienziati e studiosi in genere, favorevoli o contrari all'utilizzo in parola. Solo che – in disparte la questione se gli argomenti al riguardo addotti dagli uni e dagli altri, per come riferiti dalla Corte, appaiano ora più ed ora meno attendibili⁶ – il risultato pratico conse-

² Hanno, di recente, ripercorso la vicenda che ha portato a quest'esito F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig./Disc. Pubbl., Agg.*, VI (2015), p. 341 ss. e, ora, M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata*, relaz. introduttiva alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio 2016; ha, pure *ivi*, discorso de *Il suicidio di una legge* M. MENGARELLI. Di un autentico “assedio” cui la legge 40 è andata soggetta ha, non molto tempo addietro, discorso G. FAMILIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, p. 139 ss., mentre lapidario, efficacissimo e tale da non richiedere alcuna spiegazione, è il titolo dato da A. D'ALOIA ad una sua nota apparsa in *Quad. cost.*, 4/2015, p. 997 ss.: *L'(ex) 40*.

³ Ho anticipato questa qualificazione, accompagnata da alcuni passaggi argomentativi critici nei riguardi della pronuncia in commento, ora ripresi con ulteriori svolgimenti, nella mia relazione alle Giornate sopra cit., cui ho dato titolo *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*. “Pavida ma non incomprensibile” giudica la pronuncia in commento A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)*, in corso di stampa in www.biodiritto.org, § 3; “dolorosamente perplessa” la qualifica M. FORTINO, nello scritto sopra cit., § 5.

⁴ G. D'AMICO, nella sua *Presentazione* alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

⁵ Avverto di non trattare qui dell'altra questione prospettata alla Corte, in relazione al divieto di revoca del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato, dichiarata meramente ipotetica (e, perciò, irrilevante) a motivo del fatto che l'impianto si era poi avuto, ma senza successo, col consenso della donna, la quale nondimeno – a dire dello stesso giudice remittente – avrebbe manifestato la volontà di ripetere il ciclo di PMA, riservandosi tuttavia di decidere se far luogo ad un nuovo impianto all'esito di una previa indagine genetica: una dichiarazione d'intenti, questa, che – fa giustamente notare la Consulta (punto 6.1 del *cons. in dir.*) – non per ciò rende “attuale” (e, dunque, rilevante) la questione in parola.

⁶ Un solo esempio dei più fragili, per tutti, ripreso dal punto 1.2, laddove la Corte afferma che “la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull'embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione”. Un'affermazione che dà, dunque, ad intendere di escludere che coloro da cui l'embrione è generato possano manifestare una volontà per conto dello stesso e che, però, prova troppo, non potendosi altrimenti ammettere neppure che i genitori decidano alcunché per i propri figli in tenera età (o, addirittura, in gestazione...), ad es. che siano sottoposti ad interventi chirurgici o trattamenti sanitari in genere. La qual cosa, ovviamente, non equivale a dire – come pure rammenta la Corte – che i

guente a siffatta posizione finisce col tradursi in un avallo offerto alle ragioni del “no” alla possibile destinazione degli embrioni a finalità di ricerca.

Per l’aspetto ora considerato, la vicenda richiama alla mente ciò che si ha ogni qualvolta, in presenza di una richiesta referendaria (quale quella che ha, da ultimo, avuto ad oggetto la disciplina sulle trivelle), da alcuni ambienti istituzionali venga un invito all’astensione contrabbandato quale scelta appunto equidistante da coloro che invece spingono per il *sì* o per il *no*, un invito che però si risolve – come tutti sanno – in un palese (e, nei fatti, vigoroso) appoggio alla squadra che gioca per quest’ultimo.

Sia chiaro. Le due esperienze qui poste a raffronto sono, ovviamente, da tenere comunque nettamente distinte, sol che si pensi che l’astensione è (o, meglio, *può* essere) il frutto di un calcolo politico, diciamo pure di una vera e propria scommessa fatta da coloro che preferiscono il mantenimento in vigore della normativa oggetto della domanda referendaria, senza nondimeno escludere che possa darsi (come effettivamente si dà) una parte anche cospicua di incerti che manifestano in tal modo il loro orientamento, anziché recarsi alle urne e votare scheda bianca. Di contro, le pronunzie d’inammissibilità del giudice delle leggi sono (o, meglio, *dovrebbero* sempre essere...) l’esito lineare, obbligato, discendente da un vizio radicale che inficia la prospettazione del dubbio di costituzionalità. E nel caso nostro? Qual era (ed è) in esso la causa del vizio in parola?

A conti fatti, la Corte non trova di meglio che richiamare i principali argomenti addotti da favorevoli e contrari all’utilizzo degli embrioni per la ricerca; e su ciò fa quindi poggiare la necessità di rimettersi al legislatore per la scelta della soluzione maggiormente opportuna⁷, idonea a bilanciare tra “tutela dell’embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)”⁸. Una “delega” al legislatore che è, poi, accompagnata dall’invito a tenere comunque conto, in sede di eventuale apertura alla sperimentazione sugli embrioni, delle “evidenze scientifiche” “e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale”⁹. Un’apertura, quella cui potrebbe un domani farsi luogo, che – si può aggiungere, riprendendo una sollecitazione della più avvertita dottrina – dovrebbe concretarsi in prodotti normativi connotati da duttilità strutturale ed agilità di moventi: in breve, in discipline “miti”¹⁰ o “leggere”¹¹, *per principia*, fin dove possibile in grado di resi-

genitori possano vantare la pretesa di considerarsi “proprietari” dell’embrione; semmai, per riprendere l’accostamento appena fatto, sarebbero come dei “tutori” (o, come ora si dice, “responsabili”) dello stesso.

⁷ Tiene a precisare il giudice costituzionale che, negli Stati aderenti alla CEDU in cui si è consentito l’utilizzo degli embrioni a finalità di ricerca, “ad una siffatta opzione si è addivenuti *sempre e soltanto* per via legislativa” (punto 11 del *cons. in dir.*; mio, ovviamente, il c.vo).

⁸ Questi i termini essenziali della questione posta dal giudice *a quo*, ripresi tali e quali anche dalla pronunzia in commento (punto 8.2.1 del *cons. in dir.*).

⁹ Punto 11 del *cons. in dir.* In quest’affermazione può, a mia opinione, vedersi altresì un implicito riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, bisognosa di esser tenuta nella massima considerazione da parte del legislatore (e, ovviamente, dai giudici); alla giurisprudenza stessa, peraltro, non mancano nella pronunzia qui annotata ulteriori, espliciti richiami.

¹⁰ Così, tra gli altri, C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in www.biodiritto.org, 3/2015, p. 168.

stere a sopravvenute ed allo stato imprevedibili indicazioni della scienza¹², discipline, dunque, “prudenti ma non negligenti”, com’è stata, ancora da ultimo, efficacemente fatto notare da un’accreditata dottrina¹³. Insomma, la deferenza nei riguardi della scienza che traspare dalla pronunzia in commento¹⁴ non può che stare altresì a base delle scelte che il legislatore farà per ciò che attiene alla sorte degli embrioni, specie ove li si voglia far uscire dal limbo in cui li condanna una crioconservazione *sine die*¹⁵: l’una e l’altro, peraltro, richiedendo comunque di essere illuminati ed orientati dall’etica¹⁶.

¹¹ Part., S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. p. 38 ss., ma *passim*, e A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5.

¹² Della opportunità di siffatta caratterizzazione del linguaggio delle leggi, specie laddove abbiano ad oggetto i diritti fondamentali, mi sono dichiarato molte volte, in tempi recenti e non (ad es., in *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), III/2015, 13 novembre 2015, p. 769 ss.).

¹³ D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata (genome editing)*, relaz. alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit.

¹⁴ Numerosi e rilevanti – com’è noto – i casi in cui si è fatto (e si fa) richiamo alle indicazioni della scienza nei giudizi di costituzionalità [riferimenti in G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino 2002, p. 431 ss., e, dello stesso, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina 2008; A. D’ALOIA (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 2005; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, p. 591 ss.; M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss. e, dello stesso, ora, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in www.biodiritto.org, 1/2016, p. 39 ss. Con specifico riguardo alla PMA, una “delega” al medico – com’è stata da una sensibile dottrina chiamata – accompagna l’intervento chirurgico operato da Corte cost. n. 151 del 2009 sulla legge 40, per ciò che attiene al numero degli embrioni ed al loro trasferimento in utero: nella copiosa lett. a commento, tra gli altri, v. G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it, 20 maggio 2009; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., spec. p. 196 ss. e 207 ss. e, dello stesso, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 settembre 2009; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 2009, 15 settembre 2009; pure ivi, D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, 20 settembre 2009; M. D’AMICO - I. PELLIZZONE (curr.), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2010; B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni 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, 2/2014, 13 giugno 2014; M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, p. 78 ss.]. Qui, tuttavia, se ne ha, forse, la più marcata, studiata testimonianza.

¹⁵ Su ciò si registrano – come si sa – larghi consensi tra gli studiosi, pur nella varietà dei toni e degli orientamenti [indicazioni, in S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e,

Di qui, dunque, la provata – a dire della Consulta – impossibilità di dar seguito alla richiesta di additiva venuta dall'autorità remittente. Ciononostante (ed anzi ad ulteriore riprova della discrezionalità delle scelte che dovranno al riguardo farsi), la Corte non si trattiene dall'indicare, in chiusura del suo ragionamento¹⁷, alcuni¹⁸ dei nodi cruciali che il legislatore stesso sarà chiamato a sciogliere al momento in cui dovesse accingersi a porre mano alla regolazione della materia, segnatamente “in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente ‘non biopsabili’; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il ‘sacrificio’ dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la ‘commercializzazione’ degli embrioni residui”.

A prima lettura, parrebbe trattarsi di un elenco “neutro”, dalla doppia valenza: per un verso, la complessità delle questioni bisognose di essere risolte potendo scoraggiare il legislatore dal porre mano alla disciplina in parola e però, per un altro verso, risultando di già delineato il “sommario” dei punti su cui dovrà soffermarsi e venendo pertanto in tal modo tracciata la via lungo la quale la disciplina stessa potrà (e dovrà) svolgersi¹⁹.

Ora, se fosse vera la premessa del ragionamento della Corte, per cui in presenza di gravi e perduranti divergenze in seno alla cerchia degli scienziati, la questione di costituzionalità sarebbe condannata ad essere respinta per inammissibilità²⁰, se ne avrebbe che quest'esito dovrebbe valere *sempre*, per

dello stesso, con specifico riguardo alle vicende della eterologa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2014; 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, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2, laddove si mette in evidenza il rilievo del ruolo del medico nell'intero ciclo della procreazione; M. TRAPANI, *Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale)*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine.it), 1/2015, 23 marzo 2015].

¹⁶ Sui complessi rapporti tra etica, scienza e diritto il confronto tra gli studiosi è – come si sa – assai animato, con contributi di vario segno provenienti da tutte le discipline interessate: per talune prime indicazioni, v. A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 575 ss.; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino 2013; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, p. 481 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2014, spec. p. 155 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015, e, con specifico riguardo al tema oggi discusso, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ - M. TALLACCHINI (curr.), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 231 ss. e S. PENASA, *La legge della scienza*, cit.

¹⁷ Ancora punto 11, sopra cit.

¹⁸ Si dice infatti, nel passo di seguito fedelmente trascritto, “tra l'altro”...

¹⁹ Insiste su quest'ultimo corno dell'alternativa A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit.

²⁰ ... una inammissibilità che, nel caso nostro, si è presentata “vestita”, per riprendere una qualifica corrente a Palazzo della Consulta, cui ora si rifà A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit.

ogni questione scientificamente ed eticamente sensibile, abbia ad oggetto l'inizio come la fine della vita²¹, e perciò anche per le altre che hanno avuto o che avranno²² ad oggetto la legge 40, e non solo per quella relativa alla sorte degli embrioni crioconservati. Lo stesso legislatore, peraltro, davanti ai dubbi alimentati dalla Consulta, potrebbe trovarsi in serio imbarazzo nell'optare per questa o quella soluzione suscettibile di rivelarsi, prima o poi, scientificamente destituita di fondamento. *Il che, nei fatti, equivale a dire che la Costituzione resta muta fintantoché la scienza non parla, e non parla con una sola voce e che però – qui è il punto – nell'attesa può parlare il... legislatore.*

Sta di fatto che la Corte individua unicamente in quest'ultimo il suo interlocutore privilegiato, lasciando – apparentemente – fuori dalla scena il giudice, in particolare quello comune. Solo che, proprio per il fatto che la questione di costituzionalità è giudicata inammissibile, il terminale su cui finiscono con lo scaricarsi le contraddizioni e carenze della legge 40, anche per l'aspetto oggi in rilievo, è il giudice stesso, cui non è dato di ricorrere alla comoda via di fuga dall'assunzione delle proprie responsabilità su cui ha preferito adagiarsi la Consulta, specificamente per il caso che la disciplina legislativa dovesse tardare a venire, a "supplire" la quale non può appunto che essere chi somministra quotidianamente giustizia²³. È, dunque, da mettere in conto la eventualità che, in attesa della disciplina legislativa, qualche giudice coraggioso possa autorizzare la consegna di embrioni soprannumerari alla ricerca, magari superando l'ostacolo del perdurante divieto al riguardo stabilito dalla legge temperandone e restringendone la portata a mezzo di una (obiettivamente audace) reinterpretazione conforme. Remota – almeno al presente – appare invece l'ipotesi che la Consulta venga nuovamente investita della questione rigettata dalla 84, stante la motivazione posta a base del rigetto stesso, a meno che i giudici non possano sentirsi incoraggiati in tal senso da una giurisprudenza europea *medio tempore* sopravvenuta, che possa indurre il giudice costituzionale a tornare sui propri passi²⁴. Quand'anche, poi, il legislatore dovesse assolvere al compito al quale è chiamato, il cruciale rilievo dell'attività del giudice non verrebbe per ciò meno, ove si convenga circa la opportunità e la vera e propria necessità che il prodotto dell'opera del primo si connoti per quella larghezza di struttura nomologica, cui si è dietro fatto cenno e di cui la stessa varietà e complessità delle questioni dalla Consulta messe sul tappeto e demandate alla disciplina legislativa rende inequivoca testimonianza.

²¹ Una osservazione speculare delle relative vicende è nella corposa ricerca di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit.; quanto alle esperienze di fine vita, di quest'ultima, v. II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

²² La Corte sembra, dunque, aver oggi tracciato un solco lungo il quale potrà scorrere la giurisprudenza a venire, sempre che voglia restare fedele alle premesse di ordine metodico fissate nella pronuncia in commento: è sufficiente, perciò, scaricare sulle divisioni tra gli scienziati la responsabilità di un *non liquet* giudicato, in una vicenda processuale data, opportuno.

²³ Le non poche né lievi responsabilità, morali prima ancora che giuridiche, gravanti sul giudice comune, in special modo in relazione alle questioni di biodiritto, sono state ripetutamente segnalate dalla più sensibile dottrina: opportuni rilievi, part., in R. CONTI, del quale, tra gli altri suoi scritti, v. *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014 e, con specifico riguardo alla questione qui discussa, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati*, cit., p. 157 ss.

²⁴ Ciò che – come si sa – si è più volte verificato, ad es. per ciò che concerne il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, a seguito di *Godelli*.

D'altro canto, se il legislatore dovesse far propria l'indicazione metodica e vera e propria direttiva d'azione impartita dalla Corte a se stessa, secondo cui solo in caso di superamento o, quanto meno, di contenimento delle divisioni in atto esistenti tra gli scienziati potrebbe giustificarsi la regolazione della materia, non sembra azzardato affermare che debba ancora attendersi a lungo, molto a lungo, prima che la disciplina stessa possa vedere la luce. Quanto meno, è assai probabile che ciò valga per gli scienziati, mentre con riguardo all'ipotesi che i filosofi si mettano d'accordo su una questione così spinosa ed inquietante, quale quella rimessa oggi al giudizio della Consulta, è pressoché certo che su di essa non si registrerà un largo e convinto consenso. Pesa, infatti, come un macigno sulla sua risoluzione l'altra questione, che la precede e determina, relativa a ciò che è vita, in ispecie – per ciò che qui maggiormente importa – alla determinazione del momento in cui essa può dirsi formata²⁵.

Insomma, se anche il legislatore preferisse attendere che si faccia finalmente chiarezza sulla questione in parola, così come deciso dalla Consulta, si finirebbe con l'andare alle classiche calde greche.

E nel frattempo? Nel frattempo, riprendendo uno dei principali argomenti presi in considerazione dalla Consulta²⁶, dovrebbe valere il *principio di precauzione*, che non dà modo che, per effetto della loro destinazione alla ricerca, gli embrioni vadano irreparabilmente distrutti. L'embrione infatti – ci dice l'odierna pronunzia, rifacendosi alla sent. n. 229 del 2015 – “quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico”²⁷.

Si assiste qui tuttavia, a mia opinione, ad un rovesciamento del modo giusto con cui va posta la questione.

E, invero, l'embrione non utilizzato a finalità riproduttiva – a stare ad indicazioni largamente diffuse nella cerchia degli scienziati²⁸ – non può essere crioconservato a tempo indefinito: dopo un certo numero di anni, nondimeno ad oggi non ancora con sicurezza determinato, l'embrione non ha più alcuna speranza di poter vedere la luce sotto le sembianze di una persona pienamente formata ed è, perciò, da considerare comunque perduto. Non dovrebbe, allora, proprio il *principio di precauzione* spingere avverso questa eventualità, sollecitando che si faccia quanto è possibile – allo stato attuale delle conoscenze – perché l'embrione possa servire il valore della vita? E prima ancora: non è, forse, vero che la dignità dell'embrione è irreparabilmente offesa laddove a quest'ultimo non sia consentito di offrirsi al servizio della vita e della salute, rendendosi appunto disponibile alla ricerca, a condizione

²⁵ Si è fatto notare da una sensibile dottrina (ancora S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., p. 49 ss. e 56, per il riferimento testuale seguente) che la formazione dell'embrione non costituisca un *atto* bensì un *processo*, un “*continuum* ininterrotto”; cfr., però, al suo il diverso punto di vista, ancora da ultimo, manifestato da G. RUSSO, *Il procedimento di formazione dell'embrione (momento ben preciso o continuum ininterrotto?*, relaz. alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit. Sulla nozione di “essere umano”, da ultimo, v. I.V. PONKIN - A.A. PONKINA, *On the issue of the content of notion of “Human Being” from the Perspective of Medical Law and Bioethics*, in www.statoechiese.it, 16/2016, 2 maggio 2016.

²⁶ ... al punto 10.2 del *cons. in dir.*

²⁷ Punto 8.2 del *cons. in dir.*

²⁸ Ha, da ultimo, fatto il punto sullo stato delle conoscenze in merito alla sperimentazione sugli embrioni D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata*, cit.

– beninteso – che sia provata in modo certo la sua inutilizzabilità a finalità riproduttiva²⁹? Può il valore della solidarietà che sorregge e concorre a dare, per la sua parte, senso al principio personalista, permeando l'intero tessuto costituzionale³⁰, valere anche per l'embrione, al punto di potersi donare alla collettività, alle persone oggi viventi ed alle generazioni future?

Il vero è che qui la Corte, con ogni probabilità al proprio interno divisasi, non ha voluto decidere; e però, proprio così, ha... *deciso*, facendo appello ad argomenti peraltro non stringenti, a partire proprio da quello per cui una scelta “di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano”³¹ sfugge al sindacato di costituzionalità: come se *qualsivoglia* composizione dei beni della vita ed interessi in genere costituzionalmente protetti, richiedendo di passare per la combinazione dei principi fondamentali che ne danno il riconoscimento, non si apra pur sempre a plurimi, largamente discrezionali, apprezzamenti, cui la Corte – piaccia o no – non può sottrarsi, qualunque sia poi la tecnica decisoria allo scopo adoperata³².

²⁹ Per dirla, insomma, con una sensibile dottrina, “l’uso a fini etero-centrici – non di astratta ricerca, ma per contribuire a curare gravi malattie – degli embrioni abbandonati non potrebbe costituire una forma di carità, una sorta di *diritto compassionevole?*” [A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con L. Violini)*, in *Quad. cost.*, 1/2012, p. 438 ss.; testuale il c.vo]. Questa stessa dottrina, peraltro, già in altra occasione aveva opportunamente, in modo fermo, rimarcato che la via della destinazione dell’embrione alla ricerca può esser battuta unicamente laddove si dimostri essere impercorribile quella a finalità riproduttiva; e ciò, “in ragione della certezza attuale della vita” dell’uno “rispetto invece all’incertezza futura” dell’altra (*Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi del giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2005, p. 71 ss., spec. 116).

³⁰ Raguagli a riguardo delle implicazioni che si danno tra il principio solidarista e quello personalista possono, volendo, aversi dal mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, 28 agosto 2013.

³¹ Punto 11 del *cons. in dir.*

³² ... anche, dunque, per il caso che si faccia luogo a pronunzie di accoglimento ovvero di rigetto “secco”, e non già manipolative.

Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)

Antonino Spadaro*

UNUSABLE CRYO-PRESERVED EMBRYOS: THE CONSTITUTIONAL COURT WASHES ITS HAND OF IT, BUT SAYS SOMETHING... (NOTE ON DECISION NO. 84/2016)

ABSTRACT: The Constitutional Court Decision no. 84/2016 addresses a typical political question. The Court eludes the problem by means of a controversial “downgrading” of the balancing from a constitutional to a legislative level and declaring the question inadmissible. Nevertheless, behind the formal rejection, a possible solution on the merits comes up through the lines: a hypothetical different balancing in favour of health and scientific research would be not automatically unconstitutional, but it pertains only to the Legislator. Thus, although the Court could have adopted a “principled adjunctive” decision, it preferred not to decide at all, but at the same time it set the basis for a future legislative reforms in favour of the scientific research.

KEYWORDS: unusable cryo-preserved embryos, political question, constitutional balance, legislative discretion, “principled adjunctive” decision as a possible alternative solution.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Una classica *political question*: da sfuggire più che da affrontare – 2. La discutibile tecnica di *de-costituzionalizzazione* del bilanciamento – 3. Un’«inammissibilità vestita» (ovvero con possibile soluzione indicata “fra le righe”), ma *sui generis*: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo *deve* fare il legislatore... – 4. Il mancato ricorso a una possibile *additiva di principio* – 5. Conclusioni benevole: la Corte non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo favorevole alla ricerca scientifica.

1. Introduzione. Una classica *political question*: da sfuggire più che da affrontare

Come in quasi tutte le questioni di bioetica, ci troviamo di fronte a una classica *political question*, dunque a un caso, per la sua delicatezza e complessità, molto controverso nell’opinione pubblica e oggetto di scontro politico, se non addirittura ideologico (non senza venature religiose). Si tratta perciò di una problematica – per quanto non elusa dalla scienza e di sicura rilevanza costituzionale – da cui tradizionalmente, quando possono, i tribunali costituzionali cercano di sfuggire come dalla peste, anche per sottrarsi a critiche certe, quale che sia la decisione presa, visto che inevitabilmente essa scontenta una delle due parti in irriducibile conflitto fra loro.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale all’Università Mediterranea di Reggio Calabria. Contributo su invito.

In questi casi, quindi, *decidere di non decidere*¹ “sembra” la decisione migliore e l’atteggiamento delle Corti tende a diventare facilmente “pilatesco”². Detto altrimenti: i giudici sono perfettamente consapevoli che la questione che dovrebbero affrontare li riguarda in modo diretto – vista la natura *costituzionale* degli interessi in gioco – dunque che spetterebbe a loro dire qualcosa, ma se ne lavano le mani, lasciando che sia il Parlamento a occuparsi della “patata bollente”³.

Sia chiaro: senza scomodare la teoria del “legislatore negativo” di Hans Kelsen, certo in più di un’occasione si può capire il Giudice delle leggi. A ben vedere, tutte le volte in cui non può limitarsi ad accogliere *sic et simpliciter* la q.l.c. e quindi a un intervento meramente caducatorio, la Corte più che legittimamente è restia a dire la sua: se può vedersela il legislatore, perché scomodare lei? È naturale e comprensibile essere recalcitranti, se qualcun altro – in questo caso il Parlamento – può togliere le castagne dal fuoco. Ed in effetti, bisogna riconoscere che è solo la *latitanza* del Parlamento che costringe la Corte a cimentarsi con sentenze *manipolative*, ossia creative del più vario genere e miranti a colmare prolungate lacune legislative: è il caso soprattutto delle additive, anche solo di principio⁴. Del resto, è solo la patologica, prolungata inerzia parlamentare che può spiegare l’arditezza – *felix culpa* direbbe un’autorevole dottrina⁵ – di alcuni interventi della Corte, altrimenti inaccettabili perché chiaramente invasivi delle competenze del legislatore: si pensi, fra i più clamorosi e recenti, alla sent. cost. n.1 /2014 sulla legge elettorale⁶.

¹ L’espressione, com’è noto, è risalente: cfr. almeno M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, e A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell’ord. n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quad. Cost.*, 17 novembre 2006.

² Usa efficacemente questo aggettivo, proprio in relazione alla sentenza n. 84/2016, A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, negli atti delle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Messina 5-6 maggio 2016. Di queste giornate – promosse da Stefano Agosta e Giacomo D’Amico – desidero segnalare spec. le relazioni di M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata* e D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata (Genome editing)*.

³ Di particolare interesse mi sembrano le notazioni di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, p. 33 s., quando – da un lato – osserva: «la Corte costituzionale si interessa di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritto. Riconduce conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica, coerenza» e – da un altro lato – rileva che talora la Corte: «Teme di affrontare le questioni. È felice di concludere per l’inammissibilità. La cosa è tanto più vera in quanto il giudizio di costituzionalità non è sempre all’inizio, ma alla fine, nel senso che si decide per l’inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato [...] Viene spesso invocata la “discrezionalità del legislatore”, sulla quale obietto, perché è troppo e troppo poco».

⁴ Sul punto cfr. più avanti il § 4. N.B.: sono definibili «decisioni manipolative» tutte quelle che integrano il testo o della legge o della stessa Costituzione (esistono, infatti, campi non espressamente disciplinati dal costituente, ma parimenti di implicita rilevanza costituzionale, su cui le Corti – non solo quella italiana – svolgono la loro funzione storica di «costituenti stabili»). Sul punto, per tutti, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino 2014^v, spec. p. 168 ss. Ma v. pure la bella monografia di C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Per una nuova prospettiva di studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, *passim*.

⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./pubb.*, IX, Torino 1994, p. 32.

⁶ Per la quale, in questa sede, si risparmia ogni commento, rinviandosi, fra i tantissimi, all’ampia e approfondita indagine di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014.

Tutto questo è vero ed innegabile. Ma è altrettanto vero, almeno così pare a chi scrive, che le Corti costituzionali esistano *anche* per risolvere casi che il legislatore “non vuole” o “non riesce” ad affrontare, cercando di porre così rimedio sul piano *costituzionale* a carenze che in realtà esistono sul piano *legislativo*, ma i cui effetti riverberano inevitabilmente sull’equilibrio fra i valori costituzionali.

Invece la “scelta”, ché di questo si tratta, di *non decidere*, invocando una comprensibile resistenza ad occuparsi di *political questions* – quando in realtà sono in ballo interessi *costituzionalmente* protetti – è a dir poco discutibile, come presto si dirà meglio. Di fronte a questa scelta della Corte italiana, non sembra particolarmente convincente l’idea – che pure potrebbe avanzarsi, in un benevolo tentativo di ricostruzione delle tendenze giurisprudenziali – di delimitare l’oggetto delle *political questions*. Per esempio, potrebbe dirsi che sono classificabili e qualificabili come tali solo quelle più attinenti alla vita politico-democratica dei consociati (v. la materia elettorale), mentre potrebbero non essere tali quelle dallo spessore etico-personale più accentuato (v. la materia bioetica). Ma, anche prescindendo dal fatto che questa distinzione non pare ragionevole, fortunatamente ad essa nemmeno corrisponde una prassi della Corte: per restare agli esempi fatti, sono forse meno le pronunzie costituzionali in materia elettorale e più quelle in materia di bioetica. No, neanche quest’ipotesi regge.

In fondo, la problematica qui accennata è vecchia e potrebbe esser così riassunta: esistono “argomenti” o “materie”, che sollevano *political questions*, le quali – per la loro complessità e discrezionalità – risultano escluse dall’interesse, e quindi dall’esame, del Giudice delle leggi, perché di spettanza esclusiva del legislatore, totalmente libero nei suoi fini? Risponderei così: certo, alcuni campi di indagine *non* possono essere considerati, in sé, “materia costituzionale”. Esiste infatti, come da tempo dico e la stessa Corte ha riconosciuto (sent. cost. n. 172/1999), uno “spazio costituzionale neutro”: quel che la dottrina tedesca chiama *Verfassungsrechtsleerer Raum*. Tuttavia è innegabile che la Costituzione *informa di sé* ogni aspetto della vita sociale e ogni branca del diritto, costituendo “parametro generale” di legittimità per *tutti* gli atti giuridici, leggi in testa. Ciò significa, in concreto, non solo che “tutte” le decisioni della Corte (anche quelle che sembrano meno rilevanti e persino quelle di inammissibilità, come quella qui commentata) hanno comunque effetti *politici*, ma che “tutto” (anche la materia apparentemente più lontana dalla Carta costituzionale) è, o può divenire, costituzionalmente rilevante, se entrano in gioco *interessi costituzionalmente protetti*, come per esempio quelli dei diritti in ballo nel caso di specie: alla vita dell’embrione, alla salute dei cittadini e alla ricerca scientifica⁷.

Tirando le fila dei veloci ragionamenti fatti: è ovvio che le *political questions* si possano, anzi si debbano, fuggire e le altre invece si debbano affrontare, ma l’impressione netta dello scrivente è che, tranne in qualche caso più evidente, non sia affatto facile fare questa distinzione. Per i motivi prima accennati, non pare ragionevole operare un vero distinguo fra materie *political* e *non political*. Infatti, esattamente come la Corte, con le pronunzie di inammissibilità, “decide di non decidere”, così realisticamente è sempre e solo la Corte che “decide” quando e quali *questions* debbano esser considerate *political*, e quindi precluse al suo esame⁸.

⁷ Sul concetto di «interesse costituzionalmente protetto», v. già M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi (Logiche e politiche della Corte costituzionale)*, I, Milano 1974.

⁸ Fra i molti, sul punto, cfr. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna 2012. Sul tema v., ora (in volume di prossima pubblicazione), D. BELVEDERE, *Giudizio sulle leggi in via incidentale: questioni politiche e strumenti processuali*.

2. La discutibile tecnica di *de-costituzionalizzazione* del bilanciamento

Per sfuggire al *giudizio sulla q.l.c.* – e, potremmo dire: con un gioco di parole, contemporaneamente sottrarsi al *giudizio dell’opinione pubblica* – la Corte compie un’operazione complessa e raffinata, che sembra controllare bene, ma che le fa sfuggire più di quanto essa stessa forse non avrebbe voluto. Parlare di ingenuità sarebbe indelicato, o peggio presuntuoso, ma l’impressione è che essa si sia affannata a spiegare *fin troppo dettagliatamente* le ragioni della sua scelta di astensione dal giudizio, finendo così con l’entrare concretamente, e quasi inavvertitamente, suo malgrado, nel merito della q.l.c.

Sia chiaro: il Giudice delle leggi formalmente non esprime alcuna «valutazione» di costituzionalità, ma sostanzialmente non si risparmia di dire, sia pur fra le righe e in forma indiretta, la sua autorevole opinione. Si approfondirà il punto fra poco, nel § 3. Intanto va esaminato il *modo* con cui ha giustificato il suo ritirarsi e quindi l’inammissibilità.

Per giustificare l’inammissibilità, la tecnica adottata è stata quella della *de-costituzionalizzazione* degli interessi in gioco: ciò che lascia non poco perplessi.

La Corte infatti – agli inizi del n. 11 del considerato in diritto – parlando della “scelta tragica”

«tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea»,

ne deduce che

«la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale [...] È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte».

Come interpretare queste parole? Innanzitutto, il richiamo all’«elevata discrezionalità» della scelta ricordata dal Giudice delle leggi è, sì, coerente con le formali indicazioni dell’art. 28 della l. n. 87/1953 secondo cui, com’è noto: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento». Ma certo – com’è altrettanto noto – non è coerente con la diffusa prassi della giurisprudenza costituzionale italiana. Fermo restando il limite invalicabile per il Giudice delle leggi delle «valutazioni di natura politica», difficilmente si potrà negare che, nella sua seconda parte («sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento»), l’art. 28 pare desueto e non corrispondente alla realtà, *melius*: al diritto costituzionale vivente. Fa quindi un po’ sorridere questo rigorismo *d’antan* in un organo che ha sempre esercitato – con le più svariate e innovative tecniche giuridiche, non ultime le valutazioni di ragionevolezza – poteri addirittura “creativi” e che, tanto per citare uno fra i molti possibili esempi, fino a un paio d’anni prima (v. la già ricordata sent. cost. n.

1/2014 sulla legge elettorale), non ha esitato a esercitare valutazioni sicuramente ultra-discrezionali sull'esercizio dei poteri parlamentari...

La Corte parla, poi, di un «bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto», alla fine pervenendo tuttavia alla sorprendente conclusione che *non le compete* occuparsene (con la debole scusa – si vedrà: cfr. § 4 – dell'inesistenza di «rime obbligate»). Ma i valori *fondamentali* non sono intrinsecamente, direi quasi per definizione, anche valori *costituzionali*? O, con questa sentenza, la Corte vorrebbe lasciar intendere che esistono valori *fondamentali* che, però, “non sono” anche *costituzionali*? Tuttavia, quest'ipotesi astratta – che non si condivide, ma che pur con fatica potrebbe essere percorsa – non pare formulabile nel caso di specie, riconoscendo la stessa Corte la natura *costituzionalmente rilevante* – sempre per usare le sue parole – del «principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia)» e delle «esigenze della ricerca scientifica» (n. 11 cons. in dir.), senza dimenticare «(anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività» (n. 8 cons. in dir.).

Ora, se i valori *fondamentali* sono intrinsecamente, direi quasi per definizione, anche valori *costituzionali* – ciò che sicuramente vale almeno nel caso qui esaminato – come può la Corte non ritenersi *competente* a valutare l'eventuale lesione di tali valori rifiutandosi di operare, conseguentemente, un *ragionevole bilanciamento* fra gli stessi?

Naturalmente non si nega che il bilanciamento spetti “anche” al legislatore, ordinario e costituzionale, ma certo non è precluso alla Corte costituzionale e se, nella materia considerata, la q.l.c. arriva a lei è perché il *bilanciamento* operato dal legislatore evidentemente non è stato ritenuto ragionevole. Né è realisticamente pensabile che, in questo campo, un bilanciamento valga l'altro e quindi, in astratto, tutti i bilanciamenti siano *costituzionalmente* ragionevoli, come in fondo lascia intendere la Corte mettendo “sullo stesso piano” almeno due fra i possibili bilanciamenti in materia: quello *attuale* fatto oggi dal legislatore con quello che *domani* lo stesso legislatore potrebbe fare, recependo le diverse istanze del Tribunale di Firenze. Poiché i bilanciamenti sono sempre fatti invece “in concreto”, non è affatto così e, per quanto la cosa sia difficile, *solo* la Corte – quale organo di chiusura dell'ordinamento – *alla fine* ci può/deve dire, di volta in volta, se essi siano costituzionalmente compatibili o meno.

Ma la Corte, in questo caso, non ha il coraggio di dirci l'unica cosa che in fondo davvero le viene chiesta: se l'attuale bilanciamento legislativo (l. n. 40/2004) sia carente, mentre quello prospettato nella q.l.c. sia invece *più equilibrato*, e quindi preferibile, poiché tiene conto di “tutti” gli interessi costituzionalmente protetti in gioco, come a chi scrive pare evidente.

La cosa è ancor più manifesta a maggior ragione quando il bilanciamento riguardi “valori fondamentali” *fra loro in posizione di pari rilievo costituzionale* (come si sa, addirittura di «principi supremi» talora parla il Giudice delle leggi). A questo livello, il concetto di bilanciamento, in sé, esprime l'idea di *compromesso*, seppur nobile, e di *equilibrio*, seppur imperfetto e instabile, attraverso un doppio e sincronico processo di *affievolimento* (di un interesse/valore) e ed *espansione* (di un altro interesse/valore), i quali risultano entrambi e parimenti costituzionalmente protetti in un particolare contesto. Dunque, è quasi impensabile che esista – o che sia sempre possibile – un “bilanciamento mite”, che non presenti dei costi, dandosi vita ad un “unico” risultato costituzionalmente legittimo, perfetto e perenne. Ciò significa, a mio avviso, che la Corte non dovrebbe svolgere l'attività di bilanciamento

solo quando l'effetto che ne consegue è «a rime obbligate». Sarebbe troppo facile. Al contrario, essa è chiamata a un compito ben più difficile: deve dirci qual'è il bilanciamento costituzionalmente “meno imperfetto” fra quelli astrattamente possibili. E solo il risultato normativo di questo particolare bilanciamento può essere considerato costituzionalmente meritevole di garanzia. Di più: in tale prospettiva, potrebbe dirsi che tendenzialmente le «rime obbligate» si hanno solo, o comunque soprattutto, quando non è necessario fare una vera e propria attività di «bilanciamento». Ma, sul punto, cfr. il § 4. Proprio in questi casi (di una pluralità di interessi/valori parimenti protetti costituzionalmente e tuttavia confliggenti) – apparentemente insolubili, o solubili solo ricorrendo al principio super- e meta-costituzionale di dignità della persona umana – nessuno più della Corte può esercitare la ricordata, raffinata e delicatissima, attività di bilanciamento⁹.

Paradossalmente, quindi, potrebbe sostenersi esattamente il contrario di quanto lascia intendere la sentenza. Infatti, a differenza di altri organi dello Stato, Parlamento compreso – che rischiano, manipolando interessi costituzionalmente protetti in modo paritario a questo livello, di abusare dei loro poteri discrezionali – forse *solo la Corte*, nelle fattispecie considerate, dispone dell'armamentario tecnico, dell'esperienza e della naturale competenza per operare un *bilanciamento costituzionale*, proprio *ratione materiae*.

Ma v'è dell'altro nella decisione che qui si commenta: l'«elevata discrezionalità», già ricordata – secondo la Corte – spetta *solo* al legislatore, testualmente: «per i profili assiologici che la connotano». L'affermazione è sorprendente. Di quali *profili assiologici* parla il Giudice delle leggi? Non si è forse riconosciuto che sono qui in gioco “interessi” e “valori” di rilevanza *costituzionale*, per questo recepiti esplicitamente o riconducibili implicitamente anche a “principi” *giuridico-costituzionali*? Come dimenticare che la stessa Costituzione contiene valori, costituendo la “razionalizzazione giuridica” di valori politici? Più precisamente, la Costituzione costituisce la *meta-etica laica* (o meta-assiologia) che prevale sulle altre nello Stato e rende possibile la convivenza, appunto in forme pluralistiche, delle altre etiche (o assiologie)¹⁰. Dunque, non avrei soverchi dubbi sul fatto che «i profili assiologici che connotano» l'«elevata discrezionalità» in materia – essendo di sicuro interesse costituzionale – non siano estranei alle competenze del Giudice delle leggi, anzi...

Per converso questi – formalmente per giustificare il suo *self-restraint* e sostanzialmente per non decidere, spaccandosi al suo interno su un tema così esiziale – ha scelto di fingere di non essere competente, *de-costituzionalizzando* la materia, che pure “naturalmente” potrebbe costituire, e di fatto di solito costituisce, l'oggetto della sua valutazione e soprattutto del suo bilanciamento.

⁹ Sul concetto di “bilanciamento” e sulle difficoltà di risoluzione di “conflitti fra valori costituzionali supremi” – risolubili appunto solo grazie al concetto super e meta-costituzionale di dignità umana (secondo la teoria dell'incompletezza dei sistemi di Kurt Gödel) – mi permetto di rinviare a *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un'unica, identica “clausola d'Ulisse”,* in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, p. 169 ss., e in *RBDC, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6/2005, 119 ss., nonché alla voce *Bilanciamento*, per *Enciclopedia filosofica Bompiani*, vol. II, Milano 2006, p. 1261 s

¹⁰ Su questi punti sia consentito rinviare a miei: *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1630 ss. e *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico)*, Torino, 2008, spec. p. 160 ss., ma v. *passim*. V. anche, ora, le acute riflessioni di A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, vol. VIII, *Annali Enc. Dir.*, Milano 2015, p. 263 ss.

In questo senso, a me pare che non possa essere sufficiente il, per altro comprensibilissimo, richiamo alle naturali e prevedibili incertezze della scienza (quindi, indirettamente, al *principio di precauzione*): per la sua intrinseca evoluzione e naturale neutralità, ben difficilmente la scienza – al pari del legislatore – potrà sempre togliere le castagne dal fuoco alla Corte, chiamata invece a “scelte” che neutrali non sono, proprio perché politico-costituzionali. Ma, parimenti, la Corte nemmeno trova risposte univoche sul piano internazionale: essa, non sapendo che fare, disperatamente ricorda la decisione della Corte EDU *Parrillo c. Italia* del 27 agosto del 2015, che legittima la scelta nazionale italiana. E lo fa in modo spontaneo, non essendo il parametro invocato dal giudice *a quo* [«Senza, dunque, entrare in collisione con i parametri europei (non direttamente, per altro, in questo giudizio evocati)» (n. 10 cons. in dir.)]. Anche questo è un argomento certo da prendere in considerazione, ma non sufficiente per giustificare il “ritrarsi” assoluto della Corte su temi costituzionalmente sensibili come quelli qui presi in esame, per “scaricare” tutto sul legislatore che invece, al pari dei giudici, aspettava per orientarsi qualche lume dal tribunale costituzionale. Tuttavia la Corte, che aveva i margini per adottare un’additiva di principio (cfr. § 4), nemmeno ha osato produrre una sentenza-monito o di indirizzo. Naturalmente, ripeto, non si esclude in questi campi un bilanciamento “anche” ad opera del legislatore, ma:

- 1) certo tale bilanciamento non spetta in esclusiva al Parlamento;
- 2) proprio il legislatore, secondo il giudice ricorrente, non ha operato un bilanciamento adeguato e ragionevole, alla luce della valutazione complessiva di tutti gli interessi costituzionalmente protetti in gioco.

In conclusione, *de-costituzionalizzare* la questione ha significato rimetterla *totalmente* – e, direi pure, sciaguratamente – nelle mani della “maggioranza” parlamentare e/o della coscienza sociale: infatti di «orientamenti maggiormente radicati nella coscienza sociale» parla la sentenza.

È comprensibile che, di fronte a temi di questa delicatezza e complessità, si debba “tener conto” *anche* della coscienza sociale – o, se si preferisce, dell’*opinione pubblica* – ma rimettere *interamente* al Parlamento il compito, sulla base della coscienza sociale, di decidere e fare bilanciamenti squisitamente costituzionali in una materia come questa mi pare un azzardo che, alla fine, potremmo pagar caro. Proprio la Costituzione – e le garanzie apprestate dalla giustizia costituzionale a sua difesa – costituiscono invece un *limite* “dall’alto” [etero-legittimazione, o auto-legittimazione (*selbst-legitimation* dice la dottrina tedesca) *assiologica*] a tale, pericolosa presunzione di esclusività di competenza dal “basso” [auto-legittimazione *democratica*]¹¹.

¹¹ Sul punto, per approfondimenti, rimando senz’altro al mio *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19-03-04), a cura di A. D’Aloia, Torino 2006, p. 569 ss. In materia, fra gli altri, v. almeno: P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, p. 591 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano 2012, spec. p. 49 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli 2015; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 271 ss.; ID., *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di*

Per cercare di ridurre i rischi dell'impostazione *tranchant* della Corte, si potrebbe generosamente interpretare la decisione *in bonam partem*, intendendo che essa abbia chiesto solo un *preventivo* intervento del legislatore, senza per questo sottrarsi in assoluto la possibilità di un controllo *successivo*. Ma – a parte il fatto che la Corte dice, in preda a una sorta di inarrestabile *cupio dissolvi* delle sue competenze, addirittura di voler rinunciare *tout court* al proprio «sindacato» (q.l.c. che, per la sua «elevata discrezionalità [era] da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte») – perché non dire *subito* quale, fra quelli in esame, era il bilanciamento *costituzionalmente* “preferibile”? I giudici si rivolgono alla Corte per avere innanzitutto “questo” tipo di risposte, che evidentemente il legislatore *non* ha dato, non dà e non si sa *se* e *quando* darà. A chi altri dovevano rivolgersi i giudici essendo in gioco interessi *costituzionali* che il legislatore non ha ritenuto di dover prendere in considerazione?¹² Dunque, la *de-costituzionalizzazione* operata rischia di impedire l'introduzione di “limiti razionali” a decisioni che possono essere invece emotivistiche, perché meramente politico-parlamentari, quindi legate a (una vaga) “coscienza sociale” e a una (non necessariamente matura) “opinione pubblica”¹³. Certo, a proposito di limiti, «al peggio non c'è limite». Con questa decisione, la Corte almeno ci ha risparmiato una pronunzia secca di *rigetto*, che presumibilmente avrebbe escluso ogni futuro margine di manovra, e quindi un migliore bilanciamento, al legislatore. Ma è una magra consolazione¹⁴.

3. Un'«inammissibilità vestita» (ovvero con possibile soluzione indicata “fra le righe”), ma *sui generis*: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo *deve* fare il legislatore...

Non è infrequente il caso di decisioni costituzionali formalmente processuali, di “inammissibilità”, che lasciano però trasparire una qualche valutazione di merito. Com'è noto, in questi casi la Corte dichiara di non poter far nulla, ma non tace: «dice che non può giudicare, ma le sfugge qualcosa». Ciò accade, appunto, quando il Giudice delle leggi nel dispositivo si astiene dall'esprimere esplicitamente un giudizio (magari per un vizio procedurale dell'atto introduttivo), ma nella motivazione lascia intendere come avrebbe giudicato... *se avesse potuto*. Accade abbastanza spesso per leggi regionali

BioDiritto, 1/2016, p. 39 ss.

¹² Per una riflessione più generale del ruolo dei giudici in questo campo, v. le sagge riflessioni di A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in questa Rivista, n. 1/2016, p. 105 ss.

¹³ In realtà, sempre un'interpretazione *in bonam partem*, indurrebbe a dire che la Corte non lascia la materia *del tutto* alla mercé dell'opinione pubblica, indicando implicitamente come “guide” del legislatore: 1) gli aggiornamenti della scienza (le «evidenze scientifiche») e 2) il quadro legislativo/giurisdizionale comparato e sovranazionale («raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale»: n. 11 cons. in dir.). Ma è lecito chiedersi per quale motivo entrambe queste integrazioni del parametro costituzionale – che non sono state ritenute sufficienti per decidere addirittura alla Corte – improvvisamente dovrebbero diventare adeguate per una scelta ponderata del povero legislatore.

¹⁴ La Corte, invero, *in extremis* forse avrebbe anche potuto optare per una decisione di rigetto, ma – a mio avviso – solo a condizione di aggiungere un *obiter dictum* di indirizzo, con invito rivolto al legislatore a tener conto anche di altre esigenze, parimenti costituzionalmente meritevoli di tutela (ricerca scientifica, salute), nel caso di futuri bilanciamenti. Un po' come accaduto nel caso della sent. n. 138/2010, da cui si evince che il “matrimonio gay” è (costituzionalmente) impossibile, ma il legislatore viene invitato comunque a promuovere “unioni civili” che evitino ogni forma di discriminazione. In ogni caso, un simile rigetto sarebbe stato sempre un modo di “sfuggire” al problema, di fatto scaricandolo sul legislatore.

impugnate dallo Stato o viceversa¹⁵. Nell'icastico gergo degli assistenti di studio dei giudici si parla, di fronte a tali pronunzie, di decisioni di «inammissibilità vestite»¹⁶.

Ecco, ho l'impressione che di fronte alla sent. n. 84/2016, ci troviamo di fronte a un caso – sia pure del tutto *sui generis*, perché qui la Corte dice esplicitamente di *non voler* giudicare, rinviando al legislatore – di *inammissibilità vestita*. Infatti, la Corte – nel momento stesso in cui si auto-esclude dal giudizio – fornisce, fra poco si dirà meglio, più di un elemento al legislatore per valutare se e cosa poter fare.

Come spesso accade quando, nel diritto, un organo rimanda/rinvia (per competenza o esercizio) a un altro organo, anche qui non tutto è evidente e i contorni della questione restano sfumati. In particolare non è chiaro se – nel tentativo di motivare, e quindi giustificare, l'inammissibilità – alla Corte sfugge qualcosa («voce dal sen sfuggita...») o se essa è effettivamente consapevole di dare importanti indicazioni, sia pure fra le righe¹⁷.

Provo a spiegare, ove non fosse già evidente, perché questa decisione formalmente di inammissibilità – come si diceva addirittura *pilatesca*, ignorando interessi sicuramente di livello costituzionale – in realtà è «vestita», ossia non tace e quindi, in fondo, qualcosa dice.

Intanto – per un'interpretazione corretta della pronunzia che permetta di coglierne la portata reale, superiore alla formale inammissibilità (secondo cui la Corte riconosce solo al legislatore il potere di disciplinare la materia) – non è sufficiente fermarsi alle affermazioni *di principio*, piuttosto astratte, che quasi sempre sono presenti nelle motivazioni delle decisioni di argomento «eticamente sensibile» ed in particolare bioetico. Com'è noto, in assenza di *dissenting* e *concurring opinion*, spesso tali affermazioni sono inserite nelle motivazioni delle decisioni per tranquillizzare una parte dei giudici costituzionali, di solito quelli che vanno in minoranza. Con ciò non si vuole negare il valore giuridico di tali parti di principio, spesso *obiter dicta* enunciativi in modo altisonante e generico di un diritto, quanto relativizzarne gli effetti concreti in un quadro ermeneutico più ampio e complesso.

¹⁵ Questo particolare tipo di decisioni è stato criticato da S. CASSESE (*op. cit.*, 185, p. 246): «Viene scritta una decisione di inammissibilità, ma con argomentazioni che vanno sul merito. Nella Regione ricorrente si levano voci di “vittoria politica”, perché risultano confermate le istanze regionali. Si può nascondere nelle pieghe di una decisione di inammissibilità una proposta – non accolta – di decisione di merito, di accoglimento?».

¹⁶ Così, puntualmente, M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 3427. A giudizio di S. CASSESE (*op. cit.*, 246) è «inammissibilità vestita» quella «motivata in modo che appaiano chiari i profili di merito della questione e la relativa (possibile) soluzione». Anche chi scrive ha accennato a questo particolare tipo di sentenze in una relazione alla trilaterale italo-franco-spagnola delle associazioni costituzionalistiche, tradottasi in un lavoro, non ancora pubblicato, destinato a *Consulta online*, 2016: *Sulla tipologia delle decisioni della Corte costituzionale italiana (Sintetiche notazioni ricostruttive)*.

¹⁷ Le forme o i tipi dei “rinvii” sono innumerevoli. Si pensi, nel diritto amministrativo, alla *delega*, che non a caso per la sua intrinseca ambiguità M.S. Giannini definiva un istituto inesistente, una sorta di araba fenice. Qui, però, il rinvio al legislatore non sembra assomigliare a una delega, perché la Corte sorprendentemente ritiene di non aver competenza sulla materia, che come si diceva (cfr. § 2) discutibilmente *de-costituzionalizza*. Semmai – per quanto il paragone possa sembrare ardito – la tecnica delle decisioni di «inammissibilità vestite» potrebbe accostarsi a quella della «riserve di legge rinforzate». Ovviamente siamo in contesti e si tratta di istituti diversi, nati per scopi diversi, ma è facile constatare che in entrambi i casi si rinvia al legislatore (qui lo fa la Corte, lì direttamente la Carta) e in entrambi i casi il rinvio dal livello costituzionale a quello legislativo è accompagnato da raccomandazioni/indicazioni, qui più precise ed espressamente vincolanti («riserva di legge rinforzata»), lì in forme ben più velate e *soft*, ma non meno rilevanti («inammissibilità vestita»). Quasi inutile dire che, ovviamente e comunque, si tratta di mere suggestioni.

Per esempio, in passato la Corte ha *giustamente* qualificato la «situazione giuridica del concepito» meritevole di riconoscimento e garanzia «fra i diritti inviolabili dell'uomo» protetti dall'art. 2 Cost. (sent. cost. n. 27/1975), ma – quale conseguenza logica di tale affermazione di principio – non ha poi dichiarato l'illegittimità della legge sull'interruzione della gravidanza (l. n. 194/1978). Dunque, da un punto di vista ermeneutico, non sembra sempre conveniente “estrapolare” passi particolari (*obiter dicta*), per quanto importanti, senza collocarli nel quadro generale della motivazione di una decisione, se non addirittura nel quadro del complessivo filone giurisprudenziale interessato.

Così, nel caso della sentenza che qui si annota, la Corte per un verso sicuramente e giustamente riconosce alla

«tutela della dignità dell'embrione (ancorché malato)» un «valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell'art.2 Cost.», per cui «la dignità dell'embrione [...] non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche» (n. 8.2.1 cons. in dir. e sent. n. 229/2015),

arrivando persino, e pericolosamente a mio avviso (escludendo in apparenza altri interessi in gioco), a ricordare che

«il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» (così anche sent. cost. n. 229/2015).

Se ci si fermasse a queste osservazioni, separandole dal resto della motivazione e della giurisprudenza costituzionale, ci troveremmo di fronte a un'ambiguità ermeneutica¹⁸. Infatti queste frasi, prese semplicemente in sé – senza essere “contestualizzate” – potrebbero significare che anche in futuro non sarebbe possibile un uso degli embrioni soprannumerari per la ricerca medico-scientifica. Ma un'interpretazione siffatta sarebbe *in malam partem* e incoerente con il resto della motivazione. Seguendo questa strada, la sentenza n. 84/2016 si rivelerebbe, sì, un'«inammissibilità vestita», ma equivalente a un “rigetto”.

Per fortuna il Giudice delle leggi non si è fermato qui. Per un altro verso, la stessa Corte – opportunamente conscia della lezione schmittiana sulla “tirannia dei valori” – dice ben altro. Infatti, dichiara e riconosce espressamente e doverosamente che comunque,

¹⁸ Non deve leggersi come ambiguo, invece, il passo della sentenza dove la Corte ricorda «l'idea» che l'embrione «possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona» (n. 10.2, cons. in dir.), perché – in questo caso – il Giudice delle leggi si solo *limitando* a riportare un'opinione che, nei termini espressi, non avalla come sua. Che l'embrione non sia «materiale umano», non è in dubbio e la Corte lo dice espressamente. Che sia quindi un “soggetto” meritevole di protezione, ma “relazionato” solo con la madre (sempre che sia *in vivo* e non semplicemente *in vitro*), è più che sostenibile (ed è, da tempo, la tesi di chi scrive). Ma che addirittura possa essere considerato una “persona”, come tale capace di relazionarsi all'esterno, invece è a dir poco controverso e, se non erro, nemmeno mi pare risulti da documenti ufficiali del magistero della Chiesa cattolica.

«come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell’embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento» con altri valori costituzionali (così anche sent. cost. nn. 151 del 2009 e 96 del 2015).

Non solo: onestamente riconosce l’originalità/specificità/novità della q.l.c. adesso a lei sottoposta, ponendosi ora il problema del “bilanciamento” fra il valore (costituzionalmente protetto) della *dignità dell’embrione* soprannumerario, dunque in ogni caso destinato a morire, e quelli (anch’essi costituzionalmente protetti) della *libertà della ricerca scientifica* e del *diritto alla salute*. Insomma, la q.l.c., appare

«nuova» perché «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell’embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)» (n. 8.2.1 cons. in dir.).

Quindi, per comprendere fino in fondo il senso della sentenza, occorre leggere bene *tutta* la motivazione, alla luce di una ricostruzione di *tutta* la giurisprudenza in merito, senza fermarsi – *melius*: soffermarsi – solo su un punto, per quanto importante esso sia o appaia.

Così facendo, scopriamo che in fondo la Corte – con questa decisione di inammissibilità, pavida ma non incomprensibile – si è limitata a dire che l’attuale disciplina legislativa che protegge l’embrione *non* è incostituzionale, ma si è ben guardata dall’“escludere” che *in futuro* lo stesso legislatore possa fare una scelta anche diversa, vista la necessità di un “bilanciamento” diverso, perché diversi sono i “nuovi” interessi costituzionali in gioco.

Insomma – *rebus sic stantibus* e trattandosi di q.l.c. del tutto “nuova” – per la Corte il legislatore ha di fronte a sé la possibilità di percorrere due strade ben diverse, entrambe lecite secondo il Giudice delle leggi (ed in fondo anche secondo la Corte EDU): *a*) mantenere l’attuale disciplina, vietando l’uso di embrioni soprannumerari per la ricerca; *b*) modificare l’attuale disciplina, consentendo l’uso di embrioni soprannumerari per la ricerca. E giustamente, nell’uno come nell’altro caso, gli embrioni inutilizzabili (*spare embryos*), per quanto destinati a morire, conservano la loro dignità umana e non costituiscono mero materiale biologico.

Attenzione, quindi: leggendo correttamente la sentenza della Corte, la «dignità» degli *spare embryos* non verrebbe meno se, invece di esser lasciati morire, venissero usati per la ricerca scientifico-medica. La Corte non lo esclude affatto: *lascia soltanto che a decidere sia il legislatore*. Anzi paradossalmente – inserendo anche questa fra le possibili scelte discrezionali del legislatore – la sta rafforzando, dandovi una *copertura costituzionale* che prima della sent. n. 84/2016 non esisteva.

In breve: anche la scelta di usare per scopi di ricerca scientifica gli embrioni crio-congelati soprannumerari malati appare oggi *costituzionalmente compatibile*, cosa di cui prima non potevamo esser certi. Sotto quest’aspetto, la sent. n. 84/2016 qualcosa dice. Qualcuno potrebbe persino dire: dice *quanto basta*.

Se l’interpretazione che qui si ipotizza è corretta, ci troviamo quindi di fronte a un’«inammissibilità vestita» la quale, sia pur fra le righe, cela un duplice esito. La motivazione di tale inammissibilità lascia chiaramente intendere il punto di vista della Corte: sono possibili sia l’attuale bilanciamento (che esclude *sempre* l’uso degli embrioni soprannumerari), sia un eventuale, futuro, diverso e “nuovo” bi-

lanciamiento (che invece lo ammette *alla luce* degli interessi costituzionali della libertà della ricerca scientifica e della tutela della salute).

Ma soprattutto, se la Corte rimarrà coerente con quest'impostazione, logicamente ciò significa – o dovrebbe significare – che *domani* essa non potrà dichiarare l'illegittimità di una normativa che preveda il *nuovo* tipo di bilanciamento, ora "ammesso" solo fra le righe perché "rimesso" alla scelta del legislatore.

Se ci si pensa bene, non è poco.

Tuttavia l'«inammissibilità vestita» non sembra la soluzione migliore, ove si parta dal presupposto, scontato per chi scrive, che il bilanciamento prospettato dal giudice di Firenze sia "costituzionalmente" *preferibile* a quello attuale. In questa prospettiva, l'affidamento della valutazione esclusivamente al "legislatore" di domani, sembra in qualche modo un'abdicazione alle funzioni di un Tribunale costituzionale.

Infatti, come già accennavo, a me pare che l'attività di "bilanciamento" *della Corte non possa ridursi alla mera e relativamente facile valutazione di ciò che è costituzionalmente certo e obbligatorio, secondo il vecchissimo e ormai raramente utilizzabile metodo americano delle "colonne parallele" (da un lato la Costituzione, dall'altro la legge). Essa deve, invece, attentamente e coraggiosamente ponderare pure ciò che è costituzionalmente preferibile, un vulnus costituzionale potendosi determinare anche solo per la mancata presa in esame di "tutti" gli interessi costituzionalmente in gioco*¹⁹.

È vero però che la Corte – non prendendo *direttamente* questa strada, ma ricorrendo all'*escamotage* dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore – nella motivazione di fatto ha spalancato la porta al Parlamento perché la potesse percorrere tranquillamente. Letta in tal modo – l'unico, sembra, corretto dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica – la decisione è certo un modo di *lavarsi le mani* per i giudici, ma non di tacere: al contrario, la Corte nelle sue motivazioni ha ripercorso in modo equilibrato le ragioni a favore e contrarie al bilanciamento in esame, ritenendole entrambe plausibili, o – se si vuole – entrambe costituzionalmente percorribili. Sarà poi il legislatore a valutare discrezionalmente e compiere la sua scelta.

Rafforza la lettura che qui si propone, il fatto che la Corte addirittura non lesina indicazioni di dettaglio sui profili – le «molteplici opzioni intermedie» (n. 11 del cons. in dir.) – che tale, eventuale diverso orientamento legislativo *dovrebbe tenere in conto*.

A ragione, infatti, la Corte ricorda che spetta al legislatore la

«selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione» (n. 11 cons. in dir.).

¹⁹ Emblematico ed interessante, sul punto, è il confronto fra l'impostazione generale di di S. CASSESE (*op.cit.*, pp. 48 e 54) per il quale «un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa [...] in teoria nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza», e quella, particolare e apparentemente diversa, di A. BARBERA (*op. cit.*, p. 336 s.) che – proprio parlando dei giudizi di costituzionalità sulle questioni eticamente sensibili (fra i quali anche i "diritti dell'embrione") – sembra essere favorevole, se non ho inteso male, al *self restraint* della Corte e all'intervento del legislatore, riprendendo un adagio usato per la Corte Suprema, secondo cui in questi casi «interpretare equivale a legiferare». L'umile opinione di chi scrive è che se, in prima battuta, spetta certamente al legislatore la disciplina di questi temi sensibili, in un secondo tempo i tribunali costituzionali non potranno comunque sottrarsi al giudizio. Nel nostro caso, la legge "c'è" ed evidentemente è carente: purtroppo qui siamo già al "secondo tempo".

L'affermazione è molto forte e chiaramente indicativa di una "direzione" quantomeno possibile da intraprendere. Si noti, insomma, che in questo contesto le «molteplici opzioni intermedie» costituiscono un dettaglio, certo pur rilevante, ma tutto interno al principio – che la Corte ammette o, se si preferisce, non esclude – secondo cui comunque tale bilanciamento (che prevede il ricordato «sacrificio») appare costituzionalmente lecito.

In particolare, la Corte – con una metodica assai raffinata – dice che il legislatore dovrà tener conto di molti aspetti e li elenca minuziosamente. Questi dovrà guardare: «all'utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crio-conservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpellato della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e della sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui» (n. 11 cons. in dir.).

In conclusione, elencando i campi sui cui il Parlamento può scegliere fra «molteplici opzioni intermedie», è "come se" (*als ob*) la Corte stesse scrivendo un "decalogo" proprio per il legislatore interessato a fare questo particolare e "nuovo" bilanciamento (fra valori/interessi/principi: tutti protetti costituzionalmente) che essa ha ritenuto di *non poter* fare, lasciando interamente a lui ogni incombenza di decidere dove – senza menomarne la dignità – finisce il diritto dell'embrione e dove incomincia il diritto alla ricerca scientifica e alla salute dei cittadini²⁰.

4. Il mancato ricorso a una possibile *additiva di principio*

È singolare, infine, che la Corte riesca ad affrontare con sicurezza le obiezioni sulla rilevanza della q.l.c. (n. 6.1 del cons in dir.), facendole sue senza esitazione, mentre non riesca a superare le tecnicamente fragili obiezioni sulla praticabilità, nel caso di specie, di una decisione di tipo additivo (n. 11 del cons. in dir.), usando il debole argomento del vincolo delle c.d. "rime obbligate", che – quando vuole e, s'intende, quando può – essa invece ignora bellamente, com'è noto grazie al ricorso alle c.d. "additive di principio".

Per la verità, non sono del tutto convinto che anche la strada di una semplice decisione additiva non fosse percorribile, ma con ogni evidenza ciò avrebbe significato "decidere" coraggiosamente, direttamente e immediatamente nel senso della incostituzionalità della soluzione attuale e della praticabilità del bilanciamento che ammette il sacrificio dell'embrione soprannumerario, dunque destinato a morire, a favore di altri interessi parimenti protetti costituzionalmente.

²⁰ Sia pure con esiti interpretativi diversi sul significato della sentenza («il risultato pratico conseguente a siffatta posizione finisce col tradursi in un avallo offerto alle ragioni del "no" alla possibile destinazione degli embrioni a finalità di ricerca»), perviene a conclusioni simili A. RUGGERI [*Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*], in questo stesso n. della Rivista], quando osserva che viene «in tal modo tracciata la via lungo la quale la disciplina stessa potrà (e dovrà) svolgersi».

Con l'ovvia precisazione che non si tratta di creare "nuovi" embrioni umani al solo scopo sperimentale, una simile *additiva di principio* sarebbe stata la soluzione di gran lunga preferibile, non solo per ragioni di tecnica giudiziaria, ma per ragioni squisitamente costituzionali legate all'idea che il diritto costituzionale non sia fatto di astratti e freddi principi, ma sia piuttosto e intrinsecamente un "diritto compassionevole", capace di adattarsi all'equilibrio che richiedono le reali esigenze della vita umana in prospettiva solidaristica: art. 2 Cost. (dovendosi *bilanciare* lo stato di chi – senza ancora non solo essere nato, ma senza ancora essere "feto"! – è destinato a morte certa e di chi invece, nato e vivente, spera, grazie alla ricerca scientifica, di poter vivere o comunque vivere con una salute meno precaria). Questa è almeno la tesi di chi scrive, e non da ora²¹.

Ma – nonostante la ragionevolezza di questa scelta (non si dimentichi che un embrione soprannumerario, non impiantato e non impiantabile in quanto soggetto a malformazione genetica, è *sempre* e *inevitabilmente* destinato a morire) – la Corte ha ritenuto di non poterla, *rectius*: non volerla accogliere, pena, immagino, una forse insanabile spaccatura interna. Si trattava di una via astrattamente percorribile, ma concretamente assai divisiva: dunque – per comprensibili (ma non insuperabili) ragioni tecnico-formali – è stata scartata, in nome della corrispondenza chiesto-pronunciato: del resto, in fondo, il Tribunale di Firenze chiedeva un'*additiva*.

Ma proprio su quest'aspetto si può scorgere il limite, persino linguistico, della decisione: la Corte poteva dire che la scelta era sottratta ad un intervento "additivo semplice" del Giudice delle leggi, ma non – come ha fatto – che essa per la sua «elevata discrezionalità [era] da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte». Insomma, in una materia come questa può forse *escludersi* un intervento "additivo" semplice, ma non *tout court* il "sindacato di costituzionalità": ciò che equivale a riconoscere una sconfinata prateria a disposizione delle libere scorribande del legislatore.

Perciò, è altamente auspicabile, in questo senso, che il nostro Tribunale costituzionale – *re melius perpensa* – in futuro si "ri-appropri" esplicitamente della propria competenza, cui apparentemente sembrerebbe aver ora rinunciato, "precisando" anzi che le «molteplici opzioni intermedie» da lei stessa indicate le permetteranno di esercitare su un'eventuale disciplina legislativa futura il proprio sindacato per manifesta irragionevolezza.

In ogni caso la Corte, senza rinunciare clamorosamente al suo sindacato, avrebbe potuto invece benissimo optare per una decisione *additiva di principio*, pronunzia con cui, com'è noto, la Corte interviene proprio in assenza certa di «rime obbligate». Con questa tecnica, essa si limita doverosamente a riconoscere e delineare, per tutti, i principi costituzionalmente protetti, meritevoli quindi *comunque* di tutela, fissando solo l'indirizzo generale che il giudice *a quo*, se potrà, cercherà subito di osservare con effetti *inter partes* e che il legislatore, *quando* vorrà (se l'*additiva di principio* non è "a termine"), dovrà rispettare introducendo una disciplina normativa con effetti *erga omnes*. In tal modo –

²¹ Per i necessari e complessi approfondimenti sul punto, che qui non è possibile riprendere, mi permetto di rinviare a *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2005, p. 71 ss. e a *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Forum costituzionale online*, nonché in *Quad. cost. n. 2/2012*, p. 438 ss. [e, in Spagna, come *La sentencia Brüstle sobre los embriones: muchos méritos y... otros tantos defectos*, in *Revista "Estudios de Deusto"*, fasc. 128, Enero-Junio 2012, p. 367 ss.]. Le tesi sostenute in questi lavori sono espressione di un *bilanciamento*, per quanto ragionevole, (come tutti i bilanciamenti) intrinsecamente imperfetto, non potendosi – ci ricorda la Corte – «equiparare l'«uccidere» al "lasciar morire"» (n. 10.2 del cons. in dir.).

per un verso – essa avrebbe ammesso la liceità del bilanciamento che prevedeva il “sacrificio” dell’embrione a favore della libertà della ricerca e della tutela della salute dei cittadini, senza tuttavia – per un altro verso – essere costretta ad immergersi nella determinazione dei dettagli relativi alle concrete modalità con cui tale bilanciamento si sarebbe dovuto svolgere: le ricordate «molteplici opzioni intermedie», tutte importantissime, ma davvero, almeno in prima battuta meglio disciplinabili dal legislatore.

Si tratta certamente di un confronto difficile e disomogeneo: infatti non è fra due diritti individuali, ma appunto fra un “interesse” sicuramente generale alla disponibilità di cure *future* e un’“aspettativa” individuale, visto che si parla di embrioni (che ancora persone non sono), alla vita *presente*.

Seguendo questa strada, la Corte di sicuro non avrebbe potuto risolvere *sic et simpliciter* ogni aspetto concreto di questa problematica, troppo complessa per non abbisognare di un intervento legislativo, ma non si sarebbe sottratta a un bilanciamento chiaro ed esplicito la cui valutazione, senza ombra di dubbio, le competeva (cfr. § 2). Insomma, come si diceva, essa avrebbe quantomeno: *a*) messo in condizione i giudici di autorizzare, su richiesta delle parti interessate, l’uso per la ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari, altrimenti inutilizzabili; *b*) lasciato libero il legislatore di disciplinare in dettaglio la materia.

In particolare, i giudici della Consulta ci avrebbero dovuto spiegare non solo se il bilanciamento configurato dal Tribunale di Firenze risultava “compatibile con la Costituzione”, come indirettamente hanno fatto con la sent. n. 84/2016 nella sua motivazione, ma se esso fosse “costituzionalmente prevalente”, e quindi preferibile, su quello invece operato dal legislatore con la l. n. 40/2004, cosa che il Giudice delle leggi non ha avuto la forza di fare.

A ben vedere, la Corte, “non escludendo” il bilanciamento proposto dal Tribunale di Firenze fra quelli praticabili, ha comunque ottenuto il risultato di legittimare *anche* questo bilanciamento – ché tale appare l’effetto di questa «inammissibilità vestita» (cfr. § 3) – ma in modo ipocrita e non senza conseguenze. Infatti, non prendendo questa strada, e avendo scelto invece la *de-costituzionalizzazione* di questa specifica materia, la Corte malauguratamente rischia di sottrarsi il potere, in futuro, di “sindacare” le scelte del legislatore, il quale apparentemente è divenuto, così, pressoché “irresponsabile” delle sue decisioni sul punto. Per converso, mi sembra che la ricordata scelta legislativa fra le «molteplici opzioni intermedie» – alla luce degli interessi costituzionali in gioco – non possa essere considerata costituzionalmente indifferente e/o irrilevante, mentre spetterebbe proprio al nostro tribunale costituzionale valutarne attentamente e puntualmente gli effetti complessivi, eventualmente appunto di *vulnus* costituzionale, sul nostro ordinamento.

Con la formula perentoria «unicamente al legislatore [...] compete...» (n. 11 del cons. in dir.), la Corte si è pericolosamente *auto-castrata*, manifestando un *self-restraint* alla fine controproducente: dannoso a se stessa e al sistema delle garanzie costituzionali.

5. Conclusioni benevole: la Corte non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo favorevole alla ricerca scientifica

Bisogna riconoscere che commentare una sentenza “dall’esterno” può essere compito relativamente facile, tant’è che spesso si dà quale esercitazione per i primi commenti critici dei più giovani. Purtroppo, però – per usare un aforisma attribuito ad Hegel – «criticare è facile, ma capire è difficile». Per evitare di incorrere nel brocardo appena citato, è giusto dunque riconoscere che le critiche – che in astratto sono sempre possibili perché tutto è sempre migliorabile – servono davvero, e sono utili, solo quando sono accompagnate da ipotesi *alternative e praticabili* di soluzione.

Nell’esame della q.l.c. risolta dalla Corte con la sent. n. 84/2016, a chi scrive è parso che una soluzione alternativa, praticabile e preferibile – tale perché tecnicamente più chiara e soprattutto espressione di un bilanciamento costituzionalmente chiaro e conforme – sarebbe stata l’adozione di una sentenza di accoglimento nella forma dell’*additiva di principio* (cfr. § 4).

Ma sarebbe ingeneroso non comprendere le difficoltà in cui si sono trovati i giudici e il tentativo, non perfettamente riuscito, di trovare una quasi-soluzione indolore.

L’obiettivo primario e reale di Palazzo della Consulta sembra essere stato quello di dar vita a un “compromesso interno”, da cui non uscissero esplicitamente né vinti, né vincitori. Tuttavia, come si sa, quando si cerca di accontentare tutti, si rischia alla fine di non accontentare veramente nessuno. E, poiché «il diavolo fa le pentole, ma non i coperchi», l’effetto finale della decisione – contrariamente a quanto potrà sembrare a qualcuno – non porta affatto acqua al mulino dei sostenitori dello *status quo* e quindi alla tesi dell’intangibilità degli embrioni soprannumerari malati e destinati all’estinzione.

L’esito della decisione formale di “inammissibilità” (per rinvio alla discrezionalità del legislatore) a mio avviso contiene al suo interno, nella motivazione, un risultato sostanziale di tutt’altro genere, di cui non credo che la Corte riuscirà a liberarsi facilmente, ove anche davvero lo volesse. Infatti, accanto alla liceità dell’attuale disciplina, viene riconosciuta – sia pure implicitamente, ma incontestabilmente – proprio la *liceità* del bilanciamento che prevede il sacrificio dell’embrione soprannumerario destinato comunque a morire, in nome di valori costituzionali parimenti protetti: il diritto alla ricerca scientifica e alla salute dei cittadini. E questo è il “vestito” nuovo dell’inammissibilità.

Dunque, le conclusioni sono in fondo benevole per la Corte: essa non decide, ma “crea le condizioni” per un intervento legislativo successivo favorevole alla ricerca scientifica e al diritto alla salute dei cittadini.

Provo a ricostruire, in modo ultra-sintetico e quasi sillogisticamente, i ragionamenti che si è cercato fin qui di proporre:

la Corte è chiamata a “prendere decisioni” non solo solo quando ci sono «rime obbligate», ma anche quando occorre svolgere una delicata attività di “bilanciamento”, beninteso a condizione che siano in gioco interessi/valori costituzionali. Ciò significa, a mio avviso, che essa ha il diritto/dovere di indicare la soluzione (e quindi il bilanciamento) *più conforme a Costituzione*, ovvero quello che meglio armonizza “tutti” gli interessi/valori costituzionali in gioco, senza creare *vulnus* inaccettabili;

la Corte non può quindi limitarsi semplicemente a “non escludere” la soluzione “costituzionalmente più conforme”, accontentandosi di inserirla “fra” quelle percorribili dal legislatore;

nella fattispecie esaminata, la soluzione costituzionalmente preferibile – e quindi il bilanciamento più corretto – almeno ad avviso di chi scrive, è quello che tiene in conto in modo equilibrato anche dell’interesse alla ricerca scientifica e del diritto alla salute, dunque che «ammette» esplicitamente l’uso per questi scopi degli embrioni soprannumerari malati, destinati a morte certa;

in mancanza di margini sicuri per l’adozione di un’additiva semplice, se la Corte – grazie alla tecnica dell’additiva di principio – «può» comunque realizzare (pur in modo imperfetto, approssimativo e solo in prima battuta) l’obiettivo-principio di bilanciare “tutti” gli interessi costituzionali in gioco senza violare la discrezionalità del legislatore, evidentemente «deve» farlo, perché solo in tal modo può *indirizzare* la futura scelta del legislatore, che altrimenti – di fronte a una *de-costituzionalizzazione* della materia – potrebbe ritenersi libero di fare quel che vuole, o quasi;

se la Corte si rifugia invece in un’ “inammissibilità vestita” che, almeno in apparenza, le preclude ogni «sindacato» futuro sulla materia («unicamente al legislatore [...] compete...»), essa – oltre a favorire equivoci sulla legittimità del bilanciamento ricordato – *ritarda* l’attuazione degli interessi costituzionalmente protetti, che *intanto* «rimette» interamente al legislatore, a differenza della sola disciplina di dettaglio di esclusiva spettanza di quest’ultimo, impedendo così, nel caso di specie, immediatamente: alla donna – *melius* ai genitori – di fare richiesta di donazione degli embrioni soprannumerari malati e al giudice di autorizzarne l’uso, senza incorrere nelle attuali sanzioni e nei divieti vigenti.

in conclusione, ferma restando l’indispensabilità di una normativa di dettaglio in una materia così complessa, è chiaro che – ove si riconosca che il bilanciamento ricordato è *costituzionalmente* non possibile, ma preferibile e quindi *prevalente* – non si può “aspettare” che la lacuna venga colmata dal Parlamento affinché gli interessi/valori costituzionalmente protetti vengano garantiti. Men che meno è accettabile, come invece è accaduto con la sent. n. 84/2016, che si ceda interamente al Parlamento il potere di decidere “quali” di tali interessi siano meritevoli di tutela, per di più “quando” e “se” vorrà.

Può anche essere che questa sentenza di forte *self restraint* segni una “svolta” nella giurisprudenza della Corte, ossia che essa abbia “scelto” di fare un passo indietro, con un *revirement* radicale, un vero e proprio mutamento di rotta che equivale a rinuncia ad *ogni* forma supplenza, attività nella quale sappiamo che finora (con alcune eccezioni) non si è risparmiata. Ma è troppo presto per dirlo. Vedremo.

In conclusione, forse una sola cosa può dirsi chiara e incontestabile: *decidendo di non decidere*, la Corte alla fine ha scelto di adottare una... *decisione* di «inammissibilità vestita», tecnica giudiziaria controversa che, in questo caso, si è rivelata a doppio taglio, visto che presumibilmente il “vestito” finale non sarà piaciuto a qualche giudice. Addirittura, francamente non so fino a che punto “tutti” i giudici – mentre approvavano dispositivo e motivazione della decisione – fossero pienamente consapevoli della sua portata *effettiva*, ossia della “porta lasciata aperta” al legislatore futuro.

Abbiamo così assistito, ancora una volta, agli esiti infelici (e imprevedibili) del “mito” della collegialità nel giudizio di costituzionalità. Anche per questo, siamo di fronte a un’ennesima sentenza da cui emerge, ove ce ne fosse ancora bisogno, la necessità che anche nel nostro ordinamento si introduca non solo la *dissenting*, ma anche la *concurring opinion*!

Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi Riflessione a margine delle prime pronunce della giurisprudenza italiana e della Corte EDU

Gianni Baldini*

LEFT-OVER EMBRYOS, SCIENTIFIC RESEARCH AND NORMATIVE BANS: SOME REFLECTIONS UPON THE FIRST DECISIONS BY ITALIAN JURISDICTIONS AND BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

ABSTRACT: Article 13 L.40 / 04 provides for the total ban of clinical and experimental human embryo research. This principle operates independently of any assessment of the current condition in which the embryo is primary with regard to (non) possibilities relative (supernumerary embryos or abandoned) or absolute (non-viable embryos or those with chromosomal / genetic disorders) to be used for playback. The provision is, *ictu oculi*, unreasonable and disproportionate because it does not allow to operate the necessary balance with the constitutionally protected interests related to the self-determination of the couple and scientific research aimed at the protection of individual and collective health. Some national judges and the Court of Human Rights rulings meeting for the first time the issue has by now acquired growing importance and topical relevance in view of the importance assumed in the therapeutic area of clinical research through the use of embryonic stem cells.

KEYWORDS: Embryo research; Health; Assisted reproduction; Balancing of Interests.

SOMMARIO: 1. Il caso: donazione di embrioni soprannumerari inutilizzabili per la procreazione e attività di ricerca sulle cellule staminali embrionali. – 2. La cornice normativa definita dall'art. 13 L. 40/04 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA). – 3. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 13 L. 40/04: Tribunale di Firenze 17.12.20 (c.d. Ordinanza Pompei). – 4. Tutela affievolita dell'embrione 'in vitro', affinamento delle tecniche biomediche e 'fisiologico' superamento della ratio di cui all'art. 13 c.1. L. 40/04. – 5. La pronuncia della Grande Chambre Corte EDU (Ric. 46470/11 - Parrillo c Italia) sull'art. 13 L. 40/04 del 27.08.2015. – 6. La pronuncia della Consulta 84/16: la Corte decide....di non decidere rinviando la questione al legislatore – 7. Alcune riflessioni conclusive.

* *Professore Associato (abilitato) di Diritto Privato e docente di Biodiritto nell'Università di Firenze. Avvocato Cassazionista, consulente di Associazioni di pazienti, membro della Consulta Nazionale di Bioetica e dell'Istituto Italiano di Bioetica.*

1. Il caso: donazione di embrioni soprannumerari inutilizzabili per la procreazione e attività di ricerca sulle cellule staminali embrionali

Una coppia di coniugi, sterile, affetta da patologia genetica trasmissibile si rivolgeva ad un centro medico per effettuare un trattamento di procreazione medicalmente assistita. Venivano prodotti gli embrioni (o meglio il materiale biologico in fase di embriogenesi) e all'esito della diagnosi genetica di preimpianto (PGD), 9 di questi risultavano non impiegabili per il trattamento (4 non vitali e 5 affetti da patologia genetica). In considerazione della inutilizzabilità del materiale biologico a fini riproduttivi, la coppia chiedeva al centro di PMA di poter destinare le blastocisti non altrimenti impiegabili alla ricerca scientifica con finalizzazione terapeutica. Il centro medico opponeva un netto rifiuto non ritenendo possibile in forza dell'art. 13 L. 40/04 acconsentire a richiesta di destinazione differente da quella riproduttiva. Gli stessi si rivolgevano quindi al Tribunale affinché attraverso una interpretazione orientata della norma che, richiamando l'esegesi sulla legge operata dalla giurisprudenza di merito e dallo stesso Giudice costituzionale attraverso la quale si è pervenuti a bilanciare il (supposto) interesse alla vita e allo sviluppo dell'embrione con altri interessi costituzionalmente garantiti¹ – *in primis* la salute della donna e all'autodeterminazione individuale e di coppia rispetto al proprio progetto familiare e riproduttivo – e per questa via ad affermare il principio di una tutela 'necessariamente' affievolita dell'embrione in vitro, ordinasse al medico di procedere ovvero sollevasse la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 L. 40/04 per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33 Cost.

Il caso in esame, sottoposto all'attenzione del Tribunale di Firenze², interroga il giurista sulla legittimità e ragionevolezza dei limiti posti dal legislatore, ancora una volta³ con la legge 40/04,

¹ V, tra le altre Corte Cost., sent. n. 151/09 che ha eliminato il limite dei tre embrioni, l'obbligo del contemporaneo impianto e ha ristabilito la priorità della tutela dell'interesse alla salute della donna nell'intervento di PMA; sent. n. 162/14, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa; sent. n. 96/15 che ha eliminato il divieto di accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi patologie genetiche trasmissibili alla prole; sent. n. 229/15, che ha eliminato la fattispecie penale posta a tutela del divieto di crioconservazione degli embrioni di cui all'art. 13 della legge.

² Trib. Firenze (ord) 17.12.2012 ined. ha accolto il ricorso *ex art.* 700 cpc avverso il divieto assoluto previsto dall'art. 13 L. 40/04 riguardo la possibilità per la coppia che si sottopone ad un intervento di PMA di destinare i propri embrioni (in questo caso in parte malati in parte non vitali e quindi inutilizzabili per impieghi procreativi propri o altrui) a finalità di ricerca scientifica, diagnostica e terapeutica, sollevando la questione di legittimità costituzionale della predetta disposizione rispetto agli artt. 9, 32, 33 cost.

³ Molteplici gli interventi della giurisprudenza che hanno operato una sostanziale riscrittura della legge 40/04. Con riguardo alle questioni più controverse: oltre al giudice delle leggi con le menzionate declaratorie di incostituzionalità (Sent. n. 151/09; 162/14; 96/15; 229/15) si rinvia a: Trib Cagliari 24 settembre 2007, Trib Firenze 17 dicembre 2007, TAR Lazio 21 gennaio 2008, n. 398 sulla questione della ammissibilità della PGD e della illegittimità delle Linee Guida Min. Salute 24 luglio 2004; Trib Salerno (ord) 9 gennaio 2010 e Corte EDU 28 agosto 2012 sul diritto anche per le coppie fertili portatrici di patologia trasmissibile di accedere alla PMA; Trib Cagliari (ord) 9 novembre 2012, Trib Roma 13 settembre 2013 e 14 gennaio 2014 sull'obbligo per la struttura sanitaria che eroga prestazioni di PMA di il livello di effettuare la PGD ovvero di rimborsare ai pazienti le spese necessarie alla sua effettuazione.

Per una visione d'insieme si rinvia a F. GALLO, *Procreazione medicalmente assistita e legge 40/04: evoluzione per via giurisprudenziale delle regole giuridiche tra corti nazionali, europee e internazionali*, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto* Firenze 2015/16, pp 95 ss.

rispetto a diritti fondamentali che attengono in questo caso non solo alla persona del paziente (autodeterminazione terapeutica e nelle scelte di vita private e familiari, consenso informato, salute, etc.) ma la comunità nel suo insieme (ricerca scientifica, salute collettiva). In questo senso l'esigenza di temperamento e bilanciamento rilevante risulta investire situazioni in parte diverse da quelle sulle quali i giudici si sono sino ad oggi pronunciati: alle aspettative di vita e sviluppo dell'embrione si contrappongono le esigenze connesse alla ricerca scientifica finalizzata alla salute individuale e collettiva nonché di tutela dei principi di autodeterminazione della coppia in ordine alla disponibilità dei propri materiali biologici, situazioni costituzionalmente tutelate in forza del combinato disposto di cui agli art 2,9,13, 32 e 33 u.c., Cost.

In tal senso, dunque, la preventiva definizione del contesto e della rilevanza dell'attività di ricerca scientifica e sperimentale⁴ mediante impiego di cellule staminali embrionali derivate da c.d. linee cellulari acquisite dal materiale biologico umano in fase di embriogenesi⁵, costituisce un aspetto essenziale per comprendere l'esatta portata del rilievo che l'attività di ricerca clinica e biomedica in questo ambito sta assumendo per la messa a punto di trattamenti terapeutici⁶ di talune malattie, in particolare neurodegenerative, oggi incurabili ad elevatissimo impatto sociale.

Preso atto della impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della predetta disposizione, il Tribunale di Firenze solleva la questione di legittimità costituzionale in punto di preteso bilanciamento illegittimo e irragionevole tra i supposti interessi del materiale biologico in fase di embriogenesi - qualificato confusamente dalla legge secondo categorie linguistiche con significati non equivalenti e comunque estranee alla scienza biologica (ovocita fecondato e/o concepito e/o embrione e/o nascituro)⁷ - e i correlati interessi alla ricerca clinica con finalizzazione

⁴ Per una analisi in chiave comparata del diritto alla sperimentazione e delle traiettorie dell'odierna evoluzione, cfr.: C. CASONATO, *I percorsi evolutivi del diritto della sperimentazione umana: spunti per un'analisi comparata*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Napoli, 2015, pp. 33-45.

⁵ Sulle principali implicazioni mediche e bioetiche poste dall'utilizzo delle cellule staminali embrionali cfr., tra gli altri: D. NERI, *La bioetica in laboratorio. Cellule staminali, clonazione e salute umana*, Bologna, 2005; A. MASSARENTI, *Staminalia, Le Cellule «Etiche» e I Nemici Della Ricerca*, Parma, 2008; A. REDÌ, *La questione delle cellule staminali. Il quadro scientifico*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, in AA.VV., *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, 2011, pp. 1087-1100; S. PENASA, *La questione delle cellule staminali. Il quadro giuridico*, cit., pp. 1101-1117; R. BIN, *Libertà di Ricerca Scientifica in Campo Genetico, Tratto da "Alle Frontiere del Diritto Costituzionale" scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011; A. BACCARINI, C.M. REALE, *Cellule staminali oggi: libertà di ricerca scientifica e nuovi orizzonti, Cellule staminali fra scienza e diritto: la libertà di ricerca scientifica e la regolamentazione giuridica delle biobanche (LRG)*, in *Diritto Europeo e Transnazionale*, Trento, 2012, pp. 5 ss.; Parere CNB, *Sull'impiego terapeutico delle cellule staminali*, 2000, in: <http://www.governo.it/bioetica/pdf/43.pdf>.

⁶ La Commissione Europea ha di recente chiarito anche l'importanza della ricerca nel settore e le motivazioni del rinnovo dei finanziamenti con il programma Horizon 2020 - Comunicazione Bruxelles, 28.5.2014 COM (2014) 355 final Estratto da Comunicazione di rigetto della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei "Uno di noi" <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-355-IT-F1-1.Pdf>.

⁷ La legge 40/04 non contiene una definizione di embrione utilizzando alternativamente (e impropriamente) termini che rivestono significati diversi quali: nascituro, concepito, ovocita fecondato. Per un approfondimento sul punto, in relazione alla direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (Dir. 98/44/CE del 6 luglio 1998 che prevede che non sono brevettabili le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali) cfr. le significative pronunce della Corte UE: C-34/10 Olivier Brüstle c. Greenpeace e V del 18 ottobre 2011; C.-364/13 International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and

terapeutica – art. 9 e 33 u.c. cost. – e quindi alla tutela della salute individuale e collettiva ex art. 32 cost. La censura risulta, nel merito, strettamente connessa alla comprensione del rilievo e della portata ‘storica’ per la salute umana che la scelta di consentire e ‘promuovere’ entro precisi limiti lo sviluppo della ricerca sulle cellule staminali embrionali umane (hESC) può determinare nei prossimi anni⁸.

Invero si tratta di una attività bio-medica che può potenzialmente contribuire alla prossima generazione di trattamenti sanitari sotto forma di cure o possibilità di cura per malattie oggi incurabili e/o letali, come il morbo di Parkinson, certi tipi di neoplasie, il diabete, l’ictus, le malattie cardiache e la cecità. A titolo di esempio, basti pensare come, secondo stime recenti, oggi 1,2 milioni di cittadini europei siano colpiti dal morbo di Parkinson e altrettanti da Alzheimer⁹.

Come è possibile ricavare dalla letteratura medica in materia, la particolarità delle cellule staminali embrionali risiede nella loro totipotenza, esse sono cioè in grado di sviluppare qualsiasi cellula del corpo e gli scienziati sfruttano questa caratteristica per produrre nuove cellule da trapiantare nei pazienti al fine di sostituire i tessuti compromessi o malati. Gli studi su tali tipologie di cellule consentono inoltre ai biologi¹⁰ di capire come si sviluppino e si rinnovino i tessuti; le cellule staminali embrionali sono inoltre usate per testare nuovi farmaci al fine di ridurre il rischio di tossicità e far progredire la ricerca farmaceutica. Tali linee cellulari sono in grado di produrre un numero infinito di cellule identiche che possono essere congelate, conservate e trasferite verso altri laboratori per coltura e sperimentazione successive¹¹. I ricercatori usano pertanto quasi sempre linee cellulari già

Trade Marks del 18 dicembre 2014.

Per un primo commento cfr. rispettivamente: V. ALTAMORE, *La tutela dell’embrione tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10 Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 dicembre 2011; R. CONTI, R. FOGLIA, *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e nozione di embrione umano*, Nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sez., 18 ottobre 2011, n. 34, C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace e V.*, in *Corriere giur.*, 2011, 12, p. 1733; C. FUSARI, *Le cellule staminali embrionali: il bilanciamento possibile Riflessioni e orientamenti giuridici alla luce del caso Brüstle v Greenpeace, Cellule staminali fra scienza e diritto: la libertà di ricerca scientifica e la regolamentazione giuridica delle biobanche (LRG)*, in *Diritto Europeo e Transnazionale*, Trento, 2012, p. 31; S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di “embrione umano”: ultima (?) fase della “saga” Brüstle*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 213-216; L. MARINI, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 586.

Per un confronto sul punto tra giurisprudenza europea e statunitense cfr. A. STAZI, *Invenzioni biotecnologiche e limiti della brevettabilità tra recenti evoluzioni della giurisprudenza statunitense e prospettiva europea dei diritti fondamentali: verso un «indirizzo occidentale» comune?*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, I, p. 206.

⁸ S. POLLO, E. LECALDANO (a cura di), *Cellule staminali*, in *Dizionario di bioetica*, Roma-Bari, 2002, p. 42, «dal punto di vista dell’efficienza, l’utilizzo delle cellule embrionali sembra essere quello preferibile sia per la relativa semplicità con cui è possibile farle moltiplicare in vitro, sia per la loro plasticità (che non sembra posseduta in grado eguale, ad esempio, dalle cellule staminali presenti nei tessuti di individui adulti)», e cioè dalla loro capacità di integrarsi nell’organismo ricevente senza che il sistema immunitario di questo reagisca rigettandole; M. SANPAOLESI, *Le Cellule Staminali*, Bologna, 2011, p. 5.

⁹ Fonte: <http://www.epda.eu.com/en/#>.

¹⁰ Fonte: http://workshops.biologists.com/workshop_sept_2014.html.

¹¹ Per un quadro di insieme dei principali studi condotti in materia di cellule staminali adulte ed embrionali si rinvia agli studi della Prof.ssa Elena Cattaneo. Per una sintesi dei contributi più significativi cfr.: http://www.unimi.it/chiedove/cv/elena_cattaneo.pdf.

esistenti piuttosto che derivarne di nuove usando le c.d. blastocisti¹² (comunemente chiamate embrioni) residue provenienti dai trattamenti per la fertilità, donate previo consenso informato del paziente.

Ad oggi tale attività viene solo parzialmente e con molta difficoltà effettuata dai laboratori di ricerca italiani che, in maniera a dir poco singolare, possono svolgere la sperimentazione solo su linee di cellule staminali embrionali donate per progetti di ricerca e importate dall'estero¹³ (cioè derivate da 'embrioni stranieri' ricavabili da materiale fetale o da blastocisti residue e comunque non più impiegabili in interventi di procreazione medicalmente assistita) senza alcun contributo (finanziario e di supporto strumentale) e in assenza di qualsiasi programmazione da parte di istituzioni pubbliche.

2. La cornice normativa definita dall'art 13 L. 40/04 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA)

La cornice normativa di regolamentazione di tale vicenda risulta essenzialmente definita dalla legge 40/04 che come sopra visto all'art 13 nel prevedere una intangibilità assoluta dell'embrione umano priva di deroghe o eccezioni di qualsiasi natura¹⁴, di fatto impedisce che possa svolgersi quella necessaria attività di sperimentazione funzionale al progresso scientifico in questo promettente campo della medicina. La predetta disposizione - contenuta in una legge approvata oltre 12 anni fa quando ancora la ricerca sulle cellule staminali embrionali non aveva certo acquisito l'attuale importanza - comporta un divieto assoluto che non consente di attribuire nessun rilievo alla specifica condizione in cui il materiale genetico si trova (ad esempio blastocisti soprannumerarie o residue al trattamento di PMA¹⁵; embrioni che presentano patologie, con anomalie cromosomiche e/o 'non vitali'; non biopsiabili per ragioni tecniche; materiale genetico prodotto e crioconservato presso la

¹² Una blastocisti è costituita da circa un centinaio di cellule formatesi circa cinque o sei giorni dopo la fecondazione e non ancora impiantata nell'utero.

¹³ Per una visione d'insieme sul c.d. Tissue Market, cfr.: H. GOTTWIES, B. SALTER, C. WALDBY, *The Global Politics Of Human Embryonic Stem Cell Science*, Basingstoke, Hampshire, England, 2009, p. 35. Sulla questione della esclusione del reato di cui all'art. 13 L. 40/04 riguardo a cellule prelevate da embrioni ovvero importate dall'estero cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, pp. 139 ss.

¹⁴ C. TRIPODINA, *Statuto dell'embrione vs libertà di ricerca scientifica: un conflitto risolto in modo incostituzionale*, in *Nuvole*, 25, 2005, pp. 30 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto*, Padova, 2012, p. 68; G. BALDINI, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione. Legge 40/04 di nuovo a giudizio*, in *Vita Notarile n. 3 - Settembre-Dicembre 2015*, pp. 1145 ss.; G. FINGO GAMBIER, F.F. ZANI, *La libertà di ricerca scientifica su cellule staminali embrionali in Italia ed il ruolo della legge n° 40/2004, Cellule staminali fra scienza e diritto*, cit., in *Diritto Europeo e Transnazionale*, Trento, 2012, pp. 45 ss.; I. ZECCHINO, *La tutela dell'embrione fra tutela dei valori e tecniche di bilanciamento*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2013, p. 191; S. CACACE, *Identità e statuto dell'embrione umano: soggetto di diritto/oggetto di tutela?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, p. 1735; C.S. PASTORE, *L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 730.

¹⁵ Già il Comitato Nazionale per la Bioetica si era occupato della questione nel 2007 con un articolato parere nel quale, non senza contrasti e distinguo, operava un compromesso invitando ad individuare un criterio di accertamento della morte dell'embrione, che renda possibile la donazione delle cellule embrionali alla ricerca, stabilendo un'analogia con la donazione di organi *post mortem* (cfr. CNB, *Destino degli embrioni derivanti da PMA e non più impiantabili*, Roma, giugno 2007, in www.governo.it/bioetica/pubblicazioni/comitato/1_destino_embrioni_it.pdf, p. 6).

banca del seme prima dell'approvazione della legge; etc.) né tanto meno alla circostanza che l'intervento sia finalizzato al perseguimento di altri interessi costituzionalmente rilevanti riconducibili ai soggetti coinvolti nella vicenda ovvero alla comunità nel suo complesso: salute (individuale e collettiva), libertà procreativa come aspetto del più ampio concetto di libertà personale, autodeterminazione e consenso informato, libertà di ricerca scientifica, etc.

L'attività di ricerca e sperimentazione sull'embrione è consentita solo «(...) per finalità terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso». La disposizione, della quale anche in sede penale si avanzano dubbi riguardo ad una eccessiva genericità che violerebbe il principio di tassatività¹⁶, non sembra ammettere nessun compromesso, non consente nessuna sintesi fra le diverse esigenze espresse dagli interessi dei vari attori coinvolti nella vicenda. Così, come risulta dal dettato letterale della norma, qualsiasi intervento sul materiale genetico anche nelle ipotesi in cui ciò si renda necessario per tutelare la salute della donna ovvero quella collettiva o il diritto di essere adeguatamente informata della stessa e della coppia al fine di determinarsi in piena consapevolezza e responsabilità rispetto all'opzione procreativa, risulta precluso.

Ma un conto è stabilire il divieto di ogni forma di selezione a scopo eugenetico di gameti ed embrioni ovvero di produrre embrioni esclusivamente finalizzati alla ricerca e alla sperimentazione o ancora ad essere utilizzati in trattamenti finalizzati alla predeterminazione di caratteristiche genetiche o alla clonazione, altra è impedire sempre e comunque (fuori dai casi di pregiudizio per la salute della donna), la crioconservazione del materiale prodotto, la selezione fra embrioni portatori della specifica patologia e non finalizzati al trasferimento nell'utero della donna, la possibilità per la gestante, acquisite le informazioni inerenti lo stato di salute dell'embrione, di rifiutare il trasferimento ovvero di revocare il consenso all'attuazione dello stesso.

È in tale contesto che si colloca, da un lato il divieto assoluto per i generanti di destinare gli embrioni residuati e/o soprannumerari ovvero malati o 'non vitali' alla ricerca medica -anziché condannarli all'autodistruzione per estinzione o, nella migliore delle ipotesi, alla crioconservazione a tempo indefinito- dall'altro il correlativo divieto previsto a carico di ricercatori e scienziati di effettuare, previa espressa indicazione circa la destinazione a fini di ricerca espressa dai generanti, sugli embrioni nella descritta condizione, ricerche cliniche e/o sperimentali finalizzate all'avanzamento medico e diagnostico per la cura di rilevanti patologie a tutela dell'interesse della salute individuale (dei disponenti) ovvero collettiva.

La previsione di una intangibilità assoluta dell'embrione o meglio sarebbe dire nella prospettiva accolta dalla legge sulla PMA, del materiale biologico in fase di embriogenesi, fondata sul presupposto della prioritaria tutela da assicurare ad un supposto diritto alla vita, alla salute e allo sviluppo dello stesso – soggetto 'debole' della vicenda secondo l'impostazione accolta dalla legge 40/04 – priva di deroghe o eccezioni di qualsiasi natura, si scontra inevitabilmente con altri principi

¹⁶ La carenza di una puntuale descrizione della fattispecie descritta solo in maniera generica -è vietata «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano»,- sia in punto di qualificazione del concetto di embrione che di contenuti della condotta assunta come vietata, risulta in contrasto con i principi di tassatività e di legalità dei reati e delle pene (art. 25 c. 1 Cost.). Sul punto in generale, cfr. tra gli altri G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano, 2015, p. 71; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale: parte generale*, Bologna, 2012, pp. 76 ss.

costituzionalmente rilevanti attinenti *in primis* l'autodeterminazione informata e la salute individuale da un lato e la libertà di ricerca scientifica e la salute collettiva dall'altro. Tale contrasto ove non mediato da giudizi di prevalenza che fondino i propri esiti sui principi di ragionevolezza e proporzionalità, darà vita a soluzioni incompatibili con l'assetto del sistema¹⁷.

3. ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art 13 L. 40/04: Tribunale di Firenze del 17.12.20 (c.d. Ordinanza Pompei)

Il Tribunale di Firenze, adito dalla coppia, constatata l'impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata del divieto assoluto contenuto nell'art 13 L. 40/04, stante l'espressa formulazione dello stesso priva di deroghe e/o eccezioni, con ordinanza del 17.12.2012 (c.d. Ordinanza Pompei), si è visto costretto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma.

La pronuncia facendo propri gli orientamenti prevalenti in dottrina¹⁸ e non senza taluni spunti significativi quanto alla portata dei precetti costituzionali di cui agli artt. 9 e 32¹⁹, osserva come l'art. 13 legge n. 40/2004, nel prevedere un divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzato alla tutela dell'embrione stesso, non opera nessuna distinzione in funzione della specifica condizione nel quale il materiale biologico si trova «traducendosi, in un divieto privo di deroghe e temperamenti e quindi del tutto irragionevole, e perciò sicuramente in contrasto non solo con i richiamati principi sanciti dalla carta costituzionale (art. 9 e 32 Cost.), ma anche da Convenzioni internazionali (artt. 1, 5, 18 Conv. Oviedo sulle Biotecnologie)».

Sul punto, infatti, non c'è chi non veda come l'interpretazione costituzionalmente conforme del disposto di cui all'art 9 Cost., «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica», consacrati *ex se* «la rilevanza sociale della tutela della salute di ogni singolo individuo»²⁰

¹⁷ Sul punto conf. C. TRIPODINA, *op. cit.*, pp. 32-43; sia consentito il rinvio a G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 69 ss.

¹⁸ Cfr., tra gli altri, C. TRIPODINA, *op. cit.*; G. COLLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 17, 2011, p. 311; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, op. cit.; ID, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione. Legge 40/04 di nuovo a giudizio*, cit., pp. 1147 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, vol. 9, n. 3, pp. 609 ss.; G. PERRONE, "Eppur si muove" *Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti in vitro ma non più destinati ai fini procreativi: la posizione della Corte Edu tra pronunce e nuove prospettive*, Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, in *Quaderni costituzionali*, febbraio 2016.

¹⁹ Sul rilievo dell'interesse sotteso all'art. 9 Cost. è solo il caso di ricordare talune significative pronunce della Consulta tra le quali: Sent. nn. 239 del 1982; 151 del 1986; 378 del 2000.

²⁰ Secondo il Tribunale fiorentino «L'espressione 'promuove (...) la ricerca scientifica' non può che interpretarsi, per quanto concerne la ricerca che abbia ad oggetto la salute umana e le patologie che possano riguardarla, in correlazione con il disposto dell'art. 32, che qualifica la salute sotto il duplice profilo del diritto fondamentale dell'individuo (con tutta evidenza, l'integrità fisico-psichica costituisce il presupposto per l'esercizio di qualunque altro diritto della persona), e di interesse della collettività, consacrando, dunque, la rilevanza sociale della tutela della salute di ogni singolo individuo; e, d'altro canto, l'art. 2 Cost., nel prevedere che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica, e sociale, qualifica il riconoscimento dei diritti fondamentali in senso anche dinamico. Sotto tale profilo, non può che ritenersi attuale l'interesse dei ricorrenti a destinare gli embrioni

qualificandone «il riconoscimento dei diritti fondamentali anche in senso dinamico»²¹ con ogni effetto consequenziale riguardo alla tenuta delle prescrizioni di legge ai principi e regole del sistema. A fronte di ciò l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica appare, nella normativa in questione, «non solo del tutto, ma anche indiscriminatamente, recessivo rispetto all'aspettativa di vita del singolo embrione, essendo l'opzione legislativa orientata alla tutela assoluta dell'interesse di quest'ultimo». Sotto altro profilo nessun vuoto normativo deriverebbe da una eventuale pronuncia di incostituzionalità della norma in considerazione della molteplicità degli impieghi «costituzionalmente rilevanti» del materiale biologico crioconservato²² prospettabili.

Pertanto la portata del disposto di cui all'art. 9 Cost., anche in correlazione con l'art. 32 Cost., induce a ritenere prevalente «l'interesse dei ricorrenti a destinare gli embrioni malati (...) a finalità di ricerca scientifica e biomedica connessa alle problematiche della patologia genetica di cui sono portatori finalizzata a tutelare la salute non solo di essi attori ma anche degli altri soggetti portatori della patologia, e dunque finalizzata a realizzare l'interesse della collettività alla salute di cui all'art. 32 cost.».

Ciò risulta tanto più vero ove si consideri come «(...) in assenza di diverso interesse di pari rilevanza nella scala dei valori dell'ordinamento giuridico, ovvero prevalente nel bilanciamento da effettuarsi, appare irrazionale l'individuazione di detto interesse in quello alla cura e alla conservazione dell'embrione malato (...), inevitabilmente destinato all'estinzione in assenza dell'obbligo originariamente previsto, nell'impianto normativo, di procedere all'impianto in qualunque caso» (Trib. Firenze 17.12.2012, c.d. Ordinanza Pompei).

malati o comunque non biopsabili a finalità di ricerca scientifica e biomedica connessa alle problematiche della patologia genetica di cui sono portatori; ricerca scientifica e biomedica, finalizzata a realizzare la tutela della salute (...)» (sent. 17.12.12, cit.).

²¹ D'altro canto, «l'espressione *promuove*, contenuta nell'art. 9 Cost., non può che intendersi in un'accezione «dinamica», nel senso, cioè, che sia perseguito lo sviluppo della ricerca scientifica, il progresso della stessa (che, ovviamente, è interesse di tutti, ma è particolarmente qualificato per i soggetti portatori di una specifica patologia), poichè, diversamente argomentando, la previsione rimarrebbe sostanzialmente priva di significato; quantomeno, dunque, l'espressione deve essere intesa nel senso minimo di facilitare lo sviluppo della ricerca scientifica volta alla cura delle patologie, e, comunque, di non ostacolarla, se non per finalità di tutela di un interesse perlomeno equivalente nella scala dei valori. E può ancora osservarsi che dell'importanza della ricerca scientifica come valore tutelato sono indici illuminanti disposizioni quali, ad esempio, l'art. 110, comma 1, del Codice in materia di protezione dei dati personali, che consente di trattare dati personali idonei a rivelare lo stato di salute per scopi di ricerca in campo medico, biomedico o epidemiologico, anche in assenza del consenso degli interessati, quando a causa di particolari ragioni non sia possibile informarli e il programma di ricerca sia oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale e sia autorizzato dal Garante, anche ai sensi dell'art. 40 del Codice» (sent. 17.12.12, cit.).

²² Secondo il Giudice «un'eventuale pronuncia di incostituzionalità della norma non pone problemi di vuoto normativo, posto che per superare l'evidente problema di ragionevolezza della disposizione sarebbe sufficiente prevedere che l'assolutezza della tutela, che si traduce nell'inderogabilità della stessa (e quindi dell'impossibilità di destinare l'embrione a fini diversi dalla sua propria cura), debba essere valutata «tenendo conto dell'impiego programmato o ragionevolmente prevedibile cui l'embrione è destinato», con la conseguenza che ove il medesimo fosse non più impiegabile a fini procreativi e quindi destinato a naturale e rapida «estinzione», esso potrebbe essere utilizzato, previo parere dei generanti, per altri impieghi «costituzionalmente rilevanti», come la ricerca scientifica bio-medica» (sent. 17.12.12, cit.).

4. Tutela affievolita dell'embrione 'in vitro', affinamento delle tecniche biomediche e 'fisiologico' superamento della ratio di cui all'art. 13 c.1. L. 40/04

L'ordinanza del Tribunale di Firenze risulta pienamente condivisibile collocandosi sulla scia di quella giurisprudenza, di merito, costituzionale ed europea, che negli ultimi 12 anni ha ridisegnato la legge 40/04 rendendola 'compatibile' con l'assetto dei principi e dei valori del sistema costituzionale e di quello delineato dalla Convenzione EDU. Sul punto non c'è chi non veda come l'embrione, inteso come vita umana in formazione e per tale ragione *ex se* meritevole di tutela, non può costituire l'oggetto di una protezione assoluta da parte dell'ordinamento ma viceversa necessariamente affievolita, attesa l'esigenza intrinseca al sistema, di bilanciamento e di contemperamento tra interessi e diritti meritevoli di protezione pari ordinati.

In tal senso devono leggersi le pronunce intervenute sino ad oggi in forza delle quali l'interesse alla vita e alla salute della donna, così come all'autodeterminazione informata della coppia, al diritto di costituire una famiglia, alla tutela delle decisioni della vita privata e familiare, nonché alle giuste esigenze della procreazione, sono stati ritenuti prevalenti rispetto al contrastante (supposto) interesse alla vita e/o allo sviluppo dell'embrione²³.

Ciò, peraltro, risulta perfettamente coerente con il c.d. statuto dell'embrione 'in vitro'²⁴ per il quale deve escludersi, anche in punto di disciplina, qualsiasi possibile equiparazione col feto, vita umana già all'interno del corpo materno²⁵. Tale materiale biologico si trova in una condizione del tutto peculiare non essendovi un rapporto di immedesimazione organica e funzionale col/nel corpo della donna che lo plasma alla vita suscettibile di configurare sullo stesso un interesse antagonista che si traduca in una pretesa alla continuazione della avviata gestazione finalizzata alla nascita. In questo caso non vi è nessuna gestazione in corso dovendosi ancora decidere se avviare tale processo, processo che risulta in tutti i casi, già sul piano biologico, incerto nell'avvio, posto che la possibilità

²³ In tal senso cfr. *ex multis*: per la giurisprudenza di merito: Tribunale di Cagliari, (ord.) 22 settembre 2007; Tribunale di Firenze, (ord.) 17-19 dicembre 2007; Tribunale di Firenze, (ord.) 11 luglio 2008; Tribunale di Firenze, (ord.) 23 agosto 2008; Tribunale di Milano, (ord.) 6 marzo 2009; Tribunale di Milano, (ord.) 8 marzo 2009; Tribunale di Bologna, (ord.) 16 giugno 2009; Tribunale di Bologna, (ord.) 29 giugno 2009. Nella giurisprudenza costituzionale Corte cost. sent. 51/09; 162/14; 96/15, 229/15. In ambito europeo cfr. Corte EDU Costa Pavan c Italia (Ric. 54270/10) del 28 agosto 2012.

²⁴ Sul punto, v. tra gli altri, C. FLAMIGNI, *Lo statuto dell'embrione tra giudizi morali e sviluppo tecnologico*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela della persona*, Milano, 2001, pp. 103 ss.

²⁵ Sulle questioni che si pongono riguardo al c.d. statuto dell'embrione in vitro cfr. G. BALDINI, *Riflessioni di Biodiritto*, cit., pp. 39 ss. In tal senso data la peculiare condizione in cui l'embrione si trova - entità autonoma dal corpo della madre, oggetto di possibili ed autonome vicende circolatorie così come di molteplici possibili utilizzi -, ci si interroga su: «Quali sono i limiti del potere dispositivo dei genitori e del medico sull'embrione in ordine: al suo possibile impiego (per fini procreativi, propri o altrui, ovvero a scopo di ricerca)? alla possibilità di compiere su di esso interventi diagnostici finalizzati a conoscerne lo stato di salute allo scopo di decidere in ordine al suo eventuale impiego (a fini procreativi o di ricerca?). Data la sua autonomia dal corpo della madre e la molteplicità di funzioni e impieghi cui è suscettibile di essere destinato, è possibile riconoscere all'embrione la titolarità attuale di situazioni soggettive patrimoniali e/o personali, autonome? In caso affermativo si tratterebbe di interessi ricostruibili come diritti soggettivi o mere aspettative di diritto? Nell'ipotesi di contrasto con analoghi interessi della madre (vita, salute) sulla base di quale criterio dovrebbe esserne definita la prevalenza? In caso di danno alla integrità biologica dell'embrione, potrebbe ipotizzarsi una legittimazione attiva al risarcimento del danno in capo allo stesso?».

media di attecchimento nei trattamenti di PMA sono stimate in condizioni ottimali (in relazione allo stato di salute e all'età della donna) nell'ordine del 25/30%.

Se l'eventuale conflitto con gli interessi alla vita e alla salute della madre saranno oggetto di un giudizio di prevalenza – definito e disciplinato dalle normative in tema di IVG – nel caso dell'embrione in vitro qualunque sia la regolamentazione proposta, non potrà non tenersi conto di tale differente condizione cui si collega una diversa prospettiva destinata ad incidere sia sulla qualificazione giuridica della vicenda che, inevitabilmente, sulla sua disciplina.

Segnatamente al nostro ordinamento ove il feto risulti malato mettendo a rischio la correlativa salute fisica o psichica della donna, questa potrà interrompere la gravidanza. Come è noto sul feto abortito, previo consenso della madre, sarà possibile derivare cellule staminali. E sull'embrione in vitro? Ove lo stesso non risulti trasferibile a giudizio del medico perché malato o non più vitale, determinandosi in caso contrario un sicuro aborto, non si comprende per quale ragione ciò che può essere eseguito anche sul feto non sia possibile effettuare, preventivamente, anche sull'embrione crioconservato e non destinabile ad altro impiego riproduttivo, in questo caso, in tutto e per tutto ragionevolmente assimilabile al feto abortito.

Sotto altra prospettiva, si osserva come le rilevanti novità introdotte con le declaratorie di incostituzionalità inerenti al venir meno dell'obbligo di contemporaneo impianto degli embrioni prodotti (per effetto della richiamata sent. Corte cost. n. 151/09) in combinato disposto con la possibilità di selezione e di crioconservazione degli embrioni sovranumerari ma anche di quelli risultati all'esito dell'indagine di diagnosi genetica di pre-impianto (PGD) malati o non vitali (come espressamente previsto dalle sent. Corte cost. 96/2015 e 229/2015), comporta la 'fisiologica' produzione (e la connessa esigenza di crioconservazione) di embrioni sovranumerari/malati/non vitali inidonei ad essere utilmente impiegati in un procedimento riproduttivo (proprio o altrui) con la conseguenza di porre come centrale la questione dell'utilizzo e della destinazione degli stessi²⁶. Ne consegue che per logica conseguenza la possibilità di una finalizzazione (non preventiva ma incidentale) previa acquisizione di apposito consenso dei disponenti, al soddisfacimento di interessi costituzionalmente rilevanti quali quelli attinenti la salute individuale e collettiva mediante lo svolgimento di attività di ricerca medica, diviene una opzione che risulta illogico e del tutto irragionevole escludere a priori.

Infatti in considerazione del fisiologico incremento di tali materiali biologici in fase di embriogenesi derivanti dall'applicazione delle tecniche di PMA, il fenomeno sta già assumendo i contorni dell'emergenza atteso che i centri di PMA sono costretti a conservare forzatamente gli embrioni, anche in presenza di esplicito dichiarazione di abbandono della coppia disponente o addirittura contraddicendo la volontà di questa ove venisse data l'indicazione di destinare il proprio materiale biologico per la ricerca. La legge 40/04 e le linee guida attuative della stessa (D.M. Salute 1 luglio 2015) non offrono in tal senso nessuna alternativa rispetto alla crioconservazione forzosa a tempo indefinito con oneri a carico dei centri medici (che è facile prevedere scaricheranno sul prezzo delle prestazioni rese ai pazienti i relativi costi).

Infine un'ultima e forse decisiva ragione a supporto della tesi sostenuta dal Tribunale di Firenze. Il livello di sviluppo scientifico e affinamento tecnico raggiunto oggi a distanza di quasi 12 anni

²⁶ Sul punto si interroga anche V. ZAGREBESKY, *op. cit.*, p. 616.

dall'introduzione della L. 40/04, consente di effettuare attività di ricerca sulla blastocisti attraverso interventi e prelievi di campioni biologici a fini di ricerca medica in grado di preservare l'integrità dell'embrione²⁷. È di ogni evidenza come tale circostanza, fermo restando tutte le considerazioni svolte sul bilanciamento ragionevole degli interessi dedotti e sulla tutela necessariamente affievolita dell'embrione, determini in tutti i casi il venir meno della stessa ragion d'essere di quella *ratio*, peraltro più volte censurata dalla giurisprudenza di merito e costituzionale, circa l'intangibilità assoluta dell'embrione umano rispetto a qualsiasi altro diritto costituzionalmente rilevante, sulla quale il divieto di cui all'art 13 L. 40/04 risulta fondato.

In altri termini, il perseguimento di altro interesse fondamentale costituzionalmente rilevante (salute individuale e collettiva) attraverso l'attività di ricerca medico scientifica potrebbe svolgersi senza neppure necessariamente compromettere l'integrità biologica della blastocisti/embrione. Verrebbe dunque da concludere che: «il Re è nudo!».

5. La pronuncia della Grande Chambre EDU (Ric. 46470/11 - Parrillo c Italia) sull'art. 13 L. 40/04 del 27.08.2015

In pendenza di giudizio innanzi alla Consulta, seppur con differente *petitum e causa petendi*, veniva proposto ricorso alla Corte EDU sempre in punto di compatibilità dell'art 13 L. 40/04 con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Parrillo c. Italia, Ric. 46470/11).

La recente decisione della Grande Camera della Corte EDU ha ritenuto che il divieto assoluto di donare embrioni alla ricerca previsto all'art. 13 L. 40/04 non violi l'art 8 della Carta EDU (diritto al rispetto della propria vita privata e familiare)²⁸ sulla base di considerazioni e seguendo un *iter* logico-argomentativo che risulta privo di attinenza e rilievo rispetto alle questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Firenze²⁹. Ciò per una pluralità di ragioni inerenti: *in primis*, la radicale difformità del *petitum* e della *causa petendi* rispetto al caso deciso dal Tribunale fiorentino; in secondo luogo l'esclusione dal *thema decidendum* delle questioni attinenti il bilanciamento dei supposti interessi dell'embrione in vitro con l'attività di ricerca scientifica ex art. 10 CEDU³⁰.

D'altro canto già il caso concreto sul quale il giudice di Strasburgo era chiamato a pronunciarsi risultava ben diverso da quello sottoposto all'attenzione del Tribunale. La ricorrente assieme al marito aveva prodotto 5 blastocisti/embrioni da impiegare per un trattamento di PMA. In seguito al

²⁷ Doc. *Human Embryonic Stem Cell Lines Generated without Embryo Destruction*, A) Cell Stam Cell; B) Nature Genetic; C) Cellpress, Fonte: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S193459090700330X>.

²⁸ Grande Chambre EDU, *op. cit.*

²⁹ Cfr. V. ZAGREBSKY, *op. cit.*, p. 609, il quale osserva come «V'è analogia di oggetto delle procedure introdotte davanti alle due Corti, ma anche significativa diversità, non solo per le norme di riferimento, ma anche e prima ancora per la diversità del ruolo delle Corti chiamate a decidere. La Corte europea ha deciso il ricorso individuale di una persona che, in una vicenda specifica, intendeva far valere suoi diritti, mentre la Corte costituzionale deciderà sul piano generale della validità della legge impugnata. Vi sono certo interconnessioni tra i due piani, ma è esclusa la loro piena sovrapposibilità. E, ferma l'opportunità del rinvio disposto dal presidente della Corte costituzionale in attesa della decisione della Corte europea, non si può dire che la sentenza di quest'ultima determini il tenore della sentenza della prima».

³⁰ In tal senso cfr. V. ZAGREBSKY, *op. cit.*, pp. 610 ss.; G. BALDINI, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione: legge 40/04 di nuovo a giudizio*, cit., pp. 1145 ss.; G. PERRONE, *op. cit.*, pp. 4 ss.

decesso del coniuge voleva ora -con decisione unilaterale - mutarne la destinazione a favore della ricerca medica, lamentando a motivo dell'impossibilità di disporre degli embrioni fecondati in epoca antecedente all'entrata in vigore del divieto posto dalla legge n. 40 del 2004, la violazione: dell'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione EDU, a tutela del diritto di proprietà; dell'art. 8 della Convenzione EDU, in ragione delle conseguenze pregiudizievoli che il divieto opposto di destinare gli embrioni fecondati alla ricerca scientifica determinava sul suo diritto di autodeterminazione; dell'art. 10 della Convenzione EDU che salvaguarda la libertà di manifestazione del pensiero, ritenendo il divieto di cui all'art. 13 della L. n. 40 del 2004 lesivo di quella particolare estrinsecazione della libertà di espressione che è costituita dall'attività di ricerca scientifica.

La Corte EDU in sede preliminare, dichiarava inammissibile la doglianza rispetto all'art. 10 della Convenzione europea motivando con l'assenza della c.d. "qualità di vittima" della ricorrente previsto a norma dell'art. 34 della Convenzione. Ad avviso della Sezione, infatti, la supposta violazione dell'art. 10 CEDU non interferiva in alcun modo con la persona della ricorrente, trattandosi di lesione eventualmente riferibile in via esclusiva e soltanto a coloro che svolgono concretamente attività di ricerca scientifica.

Ne scaturiva che l'oggetto del successivo giudizio giunto dinanzi alla Grande Camera della Corte EDU, a differenza della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze, non investiva né la legittimità dell'attività di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani rispetto al sistema di principi delineato dalla Convenzione EDU né i profili attinenti la salute individuale e collettiva, cui la medesima risultava finalizzata.

La Grande Camera CEDU, facendo riferimento ai parametri (con valenza interpretativo-valutativa generale) del *consensus* europeo e del consequenziale (in questo caso), margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli stati su materie involgenti temi 'eticamente sensibili' dalla soluzione incerta³¹, ha ritenuto che il divieto assoluto di donare embrioni alla ricerca non violi l'art 8 della Carta EDU (diritto al rispetto della propria vita privata e familiare)³². Le principali censure mosse dalla Corte ai ricorrenti attengono: *in primis* la pretesa di configurare l'embrione come oggetto di un diritto di proprietà della vedova³³; in secondo luogo la mancata prova che anche il marito defunto avesse manifestato la volontà di donare gli embrioni alla ricerca; quindi l'infondatezza della supposta ingiustificata violazione da parte dello Stato (non necessaria in una società democratica) dei principi di privatezza delle scelte individuali e familiari di cui all'art. 8 della Convenzione.

Risulta *ictu oculi* evidente la diversità dell'azione dispiegata innanzi alla Corte di Strasburgo (sia in punto di fatto che di diritto) rispetto al giudizio di costituzionalità invocato dal Tribunale di Firenze. In tal senso ci si limita a rilevare come: in punto di fatto nel caso di specie, entrambi i soggetti generanti

³¹ Sul concetto di margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte EDU cfr. sentenza della Corte europea dei diritti umani, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgio*, ricorsi n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64, sentenza del 23 luglio 1968, par. 4 della parte relativa all'esposizione degli argomenti delle parti sulla portata dell'art. 2 del Protocollo n. 1 e art. 8 e 14 CEDU.

Con specifico riguardo al caso in esame v. però le considerazioni critiche di V. ZAGREBSKY, *op.cit.*, p. 612.

³² Grande Chambre EDU, *op. cit.*

³³ La pretesa peraltro, sarebbe risultata in contrasto con le pronunce della Corte UE: C-34/10 Olivier Brüstle c. Greenpeace, cit., e C.-364/13 *International Stem Cell Corporation c Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit.

degli embrioni hanno avanzato al Tribunale di Firenze richiesta congiunta di destinazione degli stessi alla ricerca così venendo meno il primo motivo di censura; in secondo luogo si osserva come ben diversa è la condizione nella quale gli embrioni si trovano nei due giudizi incardinati: mentre innanzi al Tribunale di Firenze il materiale biologico in fase di embriogenesi deve qualificarsi come soprannumerario-residuo a trattamenti di procreazione medicalmente assistita ovvero portatore di specifiche patologie che non consentono dei medesimi, neppure in astratto, un possibile impiego procreativo, proprio o altrui (ad esempio per la PMA con c.d. doppia eterologa), nel caso della Corte EDU si trattava di blastocisti, in astratto, ancora utilizzabili per il procedimento riproduttivo (proprio, attraverso una PMA *post mortem* negli Stati UE ove questa fosse consentita o altrui attraverso la PMA con doppia eterologa).

In punto di diritto si osserva poi come ben diversi risultino i riferimenti giuridico-normativi sostanziali invocati e il percorso logico argomentativo seguito. Infatti, la pretesa azionata innanzi al Tribunale non risulta fondata sull'accertamento della sussistenza di un diritto di proprietà (*jure hereditatis/jure proprio*) di uno dei membri della coppia (la vedova) sui materiali biologici prodotti congiuntamente al marito e poi staccatisi a seguito di intervento medico dai corpi di provenienza e crioconservati, né sulla violazione del citato art. 8 della CEDU (*rectius* artt. 2, 29, 30 Cost.), bensì sull'esigenza di individuare alla stregua dei parametri costituzionali di ragionevolezza³⁴ e proporzionalità un bilanciamento tra un diritto alla vita e allo sviluppo (ormai definitivamente compromesso attesa la peculiare condizione dell'embrione soprannumerario non vitale e/o non biopsiabile comunque abbandonato) con il diritto alla ricerca scientifica collegato alla tutela della salute individuale e collettiva (artt. 9, 32, 33 Cost.; 13 e 35 Carta UE; artt. 15 ss. Convenzione sulle Biotecnologie). In un'ottica di tutela graduata dell'embrione che è quella cui la costante giurisprudenza di merito e del Giudice delle Leggi (e la stessa Corte EDU) è pervenuta in questi anni, la permanenza di un divieto espresso in termini di assolutezza come è quello contenuto nell'art. 13 della legge 40/04 risulta all'evidenza sproporzionato ed irragionevole.

E ciò tanto più ove l'affinamento delle tecniche, come suvviso, consenta comunque la possibilità di svolgere attività di ricerca senza necessariamente compromettere l'integrità biologica dell'embrione. Alla luce di quanto precede le rilevate decisive differenze in punto di *petitum* e *causa petendi* tra le due azioni, comportano che una decisione della Consulta che ritenesse fondata la questione di costituzionalità, risulterebbe perfettamente aderente al quadro di valori e principi fondamentali di riferimento sia in ambito interno che europeo sancite dalla Carta Costituzionale (artt. 9, 32 e 33

³⁴ Sul valore della ragionevolezza come parametro della discrezionalità legislativa in questo specifico ambito cfr. Corte Costituzionale sent. 151/09 la quale osserva come «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sent. n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)».

Sul tema v. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 06/2014.

Costituzione), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 13 e 35), dalla Carta EDU (articolo 10)³⁵ e dalla Convenzione Europea sulla biomedicina (titolo V artt. 15 ss.).

In tal senso meritevoli di particolare attenzione risultano talune significative precisazioni della Corte EDU in relazione alla questione dello statuto dell'embrione non impiantato. Il giudice, in *obiter dictum*, osserva che la possibilità di fare una scelta in ordine alla sorte da riservare agli embrioni tocca un aspetto intimo della vita personale e inerisce (pertanto) al diritto all'autodeterminazione della donna (cfr. in particolare par. 158). La Corte EDU nell'affrontare tale relazione non muove il proprio ragionamento dall'esigenza di bilanciamento di interessi (alla vita e alla salute) di due entità soggettive autonome, che, è il percorso seguito per le ipotesi di interruzione della gravidanza e di aborto del feto. Il giudice sviluppa il proprio ragionamento partendo dall'art. 8 della Convenzione dal che discende che la decisione in ordine alla destinazione degli embrioni rientra nel diritto alla autodeterminazione della persona/e che i medesimi hanno generato senza che si ponga il problema del bilanciamento di interessi tra soggettività autonome³⁶.

Evidente l'esito cui l'*iter* argomentativo è suscettibile di condurre: l'embrione in provetta, escluso che possa qualificarsi come bene deve parimenti escludersi che possa ritenersi soggetto autonomo di vicende giuridiche posto che tenuto conto della propria condizione di materiale biologico crioconservato suscettibile di svilupparsi in feto e quindi evolversi in soggetto-persona solo all'esito di un atto medico che ne determini il trasferimento e successivo attecchimento nell'utero della donna quindi la gravidanza e il parto, rimane piuttosto assorbito nella sfera giuridica della madre (ovvero della coppia) costituendo proiezione del diritto all'autodeterminazione di questa(i)³⁷. Dato il riferimento testuale del giudicante all'art 8 della Convenzione, si tratta di un esito ermeneutico del tutto coerente con la giurisprudenza della Corte non solo di una mera suggestione.

6. La pronuncia della Consulta 84/16: la Corte decide... di non decidere rinviando la questione al legislatore

La Consulta si è pronunciata sulla invocata questione di legittimità costituzionale dell'art 13 L. n. 40/04 sollevata dal Tribunale di Firenze ritenendo la questione inammissibile³⁸.

La motivazione di tale decisione di inammissibilità sarebbe giustificata «in ragione dell'elevato grado di discrezionalità, per la complessità dei profili etici e scientifici che connotano [la questione], del bilanciamento operato dal legislatore tra dignità dell'embrione ed esigenze della ricerca scientifica:

³⁵ Conf. V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 616; G. BALDINI, *Libertà di ricerca scientifica e divieto assoluto di indagine sull'embrione: legge 40/04 di nuovo a giudizio*, cit., p. 1153.

³⁶ Conf. V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 612, il quale osserva come «A differenza di quanto avviene nel caso delle leggi che disciplinano l'interruzione volontaria della gravidanza, ammettendola in certe circostanze, quando si tratta della destinazione degli embrioni non entrano in gioco diritti e interessi della madre comparabili a quelli della vita e della salute, da bilanciare con la protezione del feto. In questo caso entra in discorso il solo diritto all'autodeterminazione, il che sembra implicare che non sia riconosciuta all'embrione una distinta posizione rispetto alla soggettività della madre».

³⁷ Significativamente la Convenzione EDU non riconosce espressamente un diritto alla protezione delle arti e della ricerca scientifica dovendosi lo stesso rinvenire nel più ampio concetto di libertà di espressione sancita all'art. 10 della Carta.

³⁸ Corte Cost. Sent 84 del 22 marzo 2013.

bilanciamento che, impropriamente, il Tribunale chiedeva alla Corte di modificare, essendo possibile una pluralità di scelte, inevitabilmente riservate al legislatore».

Pur nel doveroso rispetto per la decisione assunta dal Giudice costituzionale, le ragioni addotte non convincono né risultano persuasive ove riguardate in relazione alla specifica questione invocata dal Tribunale remittente. L'impressione che se ne trae è che questa volta contrariamente al passato, la Consulta ha «deciso ... di non decidere». Lo scrutinio invocato dall'ordinanza in commento non comportava l'esigenza di operare un bilanciamento, in termini generali, tra diritti dell'embrione ed esigenze della ricerca e men che meno sollecitava il compimento valutazioni comparative inerenti lo statuto ontologico dell'embrione in vitro o la dignità della vita umana nascente rispetto alle contrapposte esigenze che si appalesano dallo sviluppo biotecnologico con finalizzazione terapeutica. Tali scelte sarebbero spettate sicuramente al legislatore.

La questione posta dai ricorrenti e fatta propria dal Giudice fiorentino, atteneva unicamente la valutazione della adeguatezza e legittimità del bilanciamento espresso all'art 13 L. n. 40/04 di operare tra contrapposti interessi, non in astratto ma in concreto. Alla Consulta si chiedeva di esprimersi sulla ragionevolezza di un divieto assoluto alla ricerca biomedica che, per come previsto dall'art 13 l. n. 40/04, prescinde completamente dalla considerazione della effettiva condizione di vitalità/idoneità all'uso procreativo per il quale gli embrioni erano stati prodotti.

In altri termini veniva richiesto uno scrutinio, mediante impiego degli ordinari' parametri di proporzionalità e ragionevolezza (sempre utilizzati nelle sentenze precedenti che hanno portato alle declaratorie di incostituzionalità della legge 40: 151/09;162/14;96/15,229/15), sulla legittimità costituzionale di un divieto espresso in termini assoluti e inderogabili. La ratio sottesa alla disposizione di cui all'art 14 L. 40/04 risiede nella esigenza di tutelare l'embrione dal rischio di produzione a scopo di ricerca in un contesto nel quale in forza dell'obbligo di contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti (previsto dalla formulazione originaria dell'art 14) e dal divieto di indagine genetica di preimpianto (previsto dalle Linee Guida del 2004) doveva ritenersi esclusa, anche in astratto, la possibilità di creare embrioni soprannumerari. A ciò deve aggiungersi che in considerazione del livello di evoluzione tecnologica raggiunto, l'effettuazione da parte di medici e ricercatori di indagini sull'embrione ne avrebbero sicuramente determinato la distruzione.

Il contesto di fatto e di diritto di riferimento 12 anni dopo, è ben diverso posto che a seguito degli interventi della giurisprudenza (e della stessa Consulta) e dell'evoluzione scientifica intervenuti, si è determinata una situazione nella quale il fenomeno degli embrioni soprannumerari è divenuto fisiologico (proprio in forza della declaratoria di incostituzionalità della previsione di cui all'art 13 c. 1 L. 40/0439) e la tecnologia consente oggi di effettuare ricerche senza necessariamente incidere sulla integrità dell'embrione. Dunque come può giustificarsi la sussistenza di un divieto assoluto che da un lato non tenga conto della impossibilità (priva di alternative) degli embrioni soprannumerari non vitali/malati di essere impiegati nel procedimento procreativo proprio (o altrui), dall'altro, delle innovazioni tecnologiche nel frattempo intervenute che consentirebbero di effettuare tale ricerca senza pregiudizi per l'integrità dello stesso?

³⁹ Corte Cost., sent. n. 151/09, viene dichiarato incostituzionale l'obbligo inderogabile previsto per il medico all'art 14 c. 1 L. 40/04 di produrre per ciascun trattamento di PMA massimo tre embrioni con l'obbligo di contemporaneo impianto.

Non c'è chi non veda come in forza dei richiamati sviluppi del contesto scientifico e delle modifiche di quello normativo, la fattispecie originaria nella quale la previsione di cui all'art 13 andava ad incidere è ben diversa da quella sottoposta oggi all'attenzione della Consulta. Ciò comporta inevitabili problemi di raccordo e di conformità logico-sistematica (interni allo stesso articolato normativo) che una siffatta formulazione della norma pone con ogni implicazione consequenziale sulla tenuta costituzionale di una regola non più attuale nè giustificata in quanto diretta a regolare un bilanciamento tra (supposti) interessi costituzionalmente rilevanti (alla vita e allo sviluppo dell'embrione rispetto ad ogni altro diritto/interesse meritevole di tutela) che non ci sono più ovvero risultano profondamente modificati. Infatti nella nuova fattispecie prodottasi per effetto della evoluzione intervenuta il bilanciamento richiesto con l'interesse costituzionalmente tutelato alla ricerca scientifica (art 9 e 33 u.c.) finalizzata alla tutela della salute individuale e collettiva (art 32 Cost.) ha come interlocutore un embrione che in quanto sovranumerario, non vitale e/o portatore di gravi anomalie genetiche/cromosomiche è privo, anche in astratto, di qualsiasi possibilità di essere impiegato nel procedimento riproduttivo (proprio ma anche altrui), che tradotto significa di qualsiasi effettiva possibilità di sviluppo e di vita autonoma avendo quale unica alternativa la crioconservazione fino a naturale estinzione.

Dunque la Consulta ben avrebbe potuto (dovuto), senza travalicare le proprie competenze, attraverso una pronuncia manipolativa (sostitutiva o additiva) conservare il divieto di ricerca sugli embrioni salvo il caso in cui gli stessi non fossero più idonei (perché sovranumerari e non vitali/affetti da patologie genetiche o cromosomiche che non ne avrebbero consentito un impiego utile nella procreazione) ad essere impiegati nel procedimento riproduttivo (proprio o altrui) dovendosi in questo caso ritenere sicuramente prevalente il concorrente interesse⁴⁰ alla ricerca con finalizzazione terapeutica (individuale e/o collettiva) invocato dalla coppia disponente del materiale biologico.

7. Alcune riflessioni conclusive

L'analisi dello specifico contesto di riferimento e delle questioni, in punto di fatto e diritto, entro le quali è stato sviluppato il percorso logico-argomentativo, consentono di formulare alcune proposizioni conclusive sulla possibile soluzione della vicenda che permetta di approdare, senza strappi e lacerazioni e nel rispetto dei principi e dei valori protetti dal sistema, ad un possibile assetto normativo improntato sulla tutela graduata dell'embrione. Ciò risulta del tutto coerente con l'assetto della legge 40/04 così come risulta oggi l'articolato normativo all'esito dai ripetuti interventi della giurisprudenza di merito e del Giudice delle leggi degli ultimi anni⁴¹.

In tal senso, preso atto anche del portato di quella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale richiamata nel presente lavoro, si osserva come l'embrione, *rectius* il materiale biologico in fase di embriogenesi, inteso come vita umana in formazione, e per tale ragione *ex se* meritevole di tutela,

⁴⁰ Ma forse in questo caso non dovrebbe neppure parlarsi di sussistenza di un 'interesse concorrente' posto che la condizione di impossibilità assoluta di impiego per fini riproduttivi dell'embrione esclude alla radice la stessa astratta prospettabilità di un interesse allo sviluppo e alla vita autonoma (cui il medesimo è funzionalmente e ontologicamente destinato) così facendo venir meno lo stesso termine di relazione.

⁴¹ V. *supra* nota 1.

non può costituire l'oggetto di una protezione assoluta da parte dell'ordinamento ma viceversa, attesa l'esigenza intrinseca al sistema, esiziale in ambito biogiuridico, di bilanciamento e di contemperamento tra interessi e diritti meritevoli di protezione pari ordinati, risulta destinatario di una tutela necessariamente affievolita. Centrale ed ineludibile per la correttezza di tale operazione di bilanciamento risulta la considerazione della specifica e concreta condizione nella quale l'embrione si trova riguardo al suo possibile ed utile impiego, anche meramente potenziale, nel procedimento procreativo proprio o altrui. Infatti risulta di ogni evidenza come ove lo stesso risulti soprannumerario /abbandonato perché non vitale e/o malato e quindi inidoneo ad essere impiegato per un progetto riproduttivo, attuale o futuro, presentandosi quale unica alternativa la crioconservazione a tempo indefinito (sino alla fisiologica estinzione dello stesso), risulta del tutto irragionevole e sproporzionato un giudizio di prevalenza che disconosca il rilievo dell'esigenza manifestata dai disponenti di destinare i materiali crioconservati alla ricerca medica con finalizzazione terapeutica. In tal senso non c'è chi non veda il sicuro rilievo della invocata situazione protetta ex art 9,13,32 e 33 u.c. Cost. che verrebbe arbitrariamente ed del tutto irragionevolmente disatteso.

Dunque, analogamente a quanto vigente in altri ordinamenti⁴² superato il dogma «dell'intangibilità assoluta dell'embrione»⁴³ ove lo stesso non risulti impiegato/bile nel procedimento procreativo in maniera relativa (soprannumerario/abbandonato), previa verifica a congrua distanza di tempo se la coppia sia disponibile ad utilizzarlo a fini riproduttivi o se ribadisca la propria intenzione a una differente destinazione, potrebbe col consenso di questa, essere messo a disposizione di altre coppie sterili in maniera radicale che intendano accedere alla PMA con donazione di gameti: c.d. fecondazione eterologa⁴⁴ (pratica della c.d. adozione dell'embrione o doppia eterologa). Diverso la condizione dell'embrione non vitale/malato e quindi inidoneo di essere impiegato per la riproduzione in maniera assoluta. In questo caso neppure in astratto potrebbe prospettarsi un impiego utile per fini procreativi. In questo caso analogamente all'ipotesi sopra descritta di mancata manifestazione di interesse entro congruo termine per un impiego riproduttivo proprio o altrui, rimanendo solo l'estrema *ratio* della crioconservazione a tempo indefinito con la conseguenza di una morte certa per auto-estinzione, quell'embrione, sempre con il consenso dei generanti (assunto preventivamente o meno all'atto dell'acquisizione del consenso alla PMA) dovrebbe poter essere

⁴² Cfr. in tal senso la legge Portoghese sulla PMA (Lei n. 32/2006 de 26 de Julho) in part. artt. 9 e 10.

⁴³ La Corte costituzionale si è ripetutamente pronunciata sul punto ritenendo non compatibile, nella logica del 'necessario bilanciamento' tra diritti fondamentali costituzionalmente rilevanti, una tutela assoluta dell'embrione. In tal senso a partire dal principio contenuto nella richiamata sent. 27/75 proprio in tema di PMA la Consulta ha avuto modo di precisare che la tutela dell'embrione risulta necessariamente affievolita e da contemperare talvolta col diritto alla salute della donna (e della coppia) (sent. 151/09), talaltra con i principi di libertà di autodeterminazione in ambito procreativo e le esigenze di consenso informato nonché con il rispetto delle scelte rilevanti in ambito familiare (sent. 162/14; sent. 96/15), con le 'giuste esigenze della procreazione' (sent. 151/09), in tutti i casi con i principi di ragionevolezza e proporzionalità quali canoni interpretativi fondanti del sistema (sent. 151/09; 162/14; 96/15). Per un riepilogo delle principali questioni cfr.: G. BALDINI, *Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *La famiglia dopo le riforme*, Milano, 2015, pp. 530 ss.

⁴⁴ Per un'analisi delle principali questioni implicate anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità del divieto di PMA eterologa si rinvia a G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, 2014, pp. 675 ss.

messo a disposizione di medici e ricercatori e finalizzato allo svolgimento di attività di ricerca scientifica preordinata alla tutela della salute individuale e collettiva⁴⁵.

Anche riguardata dal punto di vista dell'embrione si tratterebbe di una prospettiva non solo socialmente utile e significativa ma anche sicuramente più dignitosa atteso il contenuto solidaristico e l'alto valore etico e morale che in questo caso verrebbe ad assumere l'utilizzo - peraltro non necessariamente fonte di distruzione/lesione della propria integrità fisica - del materiale biologico in fase di embriogenesi, in armonia con i principi e i valori sanciti dalla Costituzione italiana, dalla Carta dei Diritti fondamentali UE e dalla Convenzione EDU.

⁴⁵ Proprio tale possibile soluzione prospettata e fatta propria dall'ordinanza del Tribunale remittente viene utilizzata quale argomento per affermare la piena discrezionalità e l'esclusiva spettanza del legislatore a disciplinare la materia: «Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui».

La valutazione non può essere condivisa. Sul punto ci si limita a rilevare come del tutto speculare a quanto riportato nella sentenza in commento sia stato il ragionamento seguito e i criteri valutativi adoperati nelle precedenti pronunce della Consulta (v. supra nota 42), in primis nella sentenza 162/15 inerente la declaratoria di incostituzionalità del divieto assoluto di PMA eterologa. Sul punto sia consentito il rimando a G. BALDINI, *PMA eterologa: prime riflessioni dopo la pronuncia della Consulta*, in *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto*, cit., p. 133 ss.

Scambio di embrioni, genitorialità e *status filiationis*: tra verità genetica e appartenenza biologica

Eleonora Luzi, Chiara Centola, Mariassunta Crusco*

EMBRYOS EXCHANGE, PARENTHOOD AND *STATUS FILIATIONIS*: GENETIC TRUTH AND BIOLOGICAL BELONGING

ABSTRACT: The well-known embryo transfer matter, which has been regulated by the Court of Rome with an order and the lack of a specific regulation concerning this particular case “by error” and similar particular cases, turns on the debate about the ownership of the filial relationship between “genetic parents” and “biological parents” and the status *filiationis* definition. By studying the current regulation concerning *filiationis* and using the analogy interpretive tool, the authors examine this particular case making observations about the adequacy of the current regulation concerning such filial relationships, noticing that the filial relationship and the consequent right to personal identity has gradually diversified itself by the naturalistic criterion of genetic membership to stress the voluntary aspect of the behavior meant as responsibility of the procreation and new principle of *filiationis*.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; Parenthood; Embryos Exchange; Filial Relationship; *Status Filiationis*.

SOMMARIO: 1. Infertilità come patologia di rilevanza sociale – 2. Genitorialità e nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita – 3. Eterologa “da errore” e *status filiationis*: la problematica soluzione normativa – 4. La volontarietà del comportamento – 4.1. La volontarietà del comportamento come assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità – 4.2. La volontarietà del comportamento come nuovo principio su cui fondare la filiazione.

1. Infertilità come patologia di rilevanza sociale

Lo sviluppo delle tecnologie mediche e delle loro finalità terapeutiche è da sempre espressione del progressivo evolvere dei bisogni della società e di coloro che vi appartengono. Sono note alla comunità scientifica le difficoltà psicologiche che caratterizzano la condizione dell’infertilità, riconosciuta da tempo come “crisi di vita”¹ che coinvolge sia l’individuo che la stessa coppia.

* Eleonora Luzi: PhD, Giurista e Professore a contratto, Università La Sapienza di Roma. Chiara Centola: Dottore in Giurisprudenza. Mariassunta Crusco: Dottoranda di ricerca, Università La Sapienza di Roma.

¹ B.E. MENNING, *The infertile couple: a plan for advocacy*, in *Child Welfare*, 54, 1975, 454- 460.

Anche le stime fornite dall'ultimo World Fertility Report² edito dal Dipartimento di Affari Economici e Sociali delle Nazioni Unite, hanno evidenziato, a riguardo, un profondo cambiamento socio-antropologico, sottolineando come oggi si tenda a ritardare il momento della ricerca della maternità. Secondo i dati forniti dal Centro Studi Investimenti Sociali (Censis) e dal Institut Biochimique SA (Ibsa) in un recente rapporto³, l'assenza di concepimento in Italia coinvolge all'incirca il 20-30% delle coppie, vale a dire una coppia su cinque ed anche per questo motivo l'infertilità viene oramai riconosciuta come una vera e propria patologia⁴.

L'indagine condotta dal Censis sulla fertilità in Italia descrive lo stato preoccupante in cui verserebbe il nostro Paese dal punto di vista sia della natalità che della fertilità di coppia. Nonostante i progressi della medicina, si constata che nel nostro, così come nella maggior parte dei Paesi industrializzati, i problemi di infertilità e sterilità siano notevolmente aumentati rispetto al passato.

Esaminando i dati europei forniti dall'Eurostat in materia di fertilità, si osserva che nell'anno 2012 il tasso di fecondità nel nostro Paese si è collocato al di sotto della media europea (rispettivamente 1,42 e 1,60) rimanendo superiore soltanto a 8 Paesi, tra questi la Germania (1,38), la Spagna (1,32), il Portogallo (1,28)⁵.

Come rimedio alla infertilità della coppia si guarda molto alla Procreazione Medicalmente Assistita (PMA). Gli ultimi dati ufficiali disponibili dicono che nell'anno 2012 le coppie che in Italia hanno scelto di fare ricorso alla procreazione medicalmente assistita sono state 54.458 rispetto alle 30.749 del 2005, con un aumento del 77% lungo un arco di sette anni. Le percentuali di successo tuttavia non sono confortanti (alla gravidanza si arriva soltanto nel 23,2% dei casi) e solo in questi ultimi anni cominciano a registrarsi significativi segnali di incoraggiamento, visto che i neonati concepiti in provetta venuti alla luce nel 2012 sono stati 9.818 (+169% rispetto ai 3.649 del 2005)⁶.

Riflettere sullo sviluppo e sul progresso, e comprendere la modernizzazione tecnico-scientifica significa, come già sottolineato sul tema nel primo documento del Comitato Nazionale di Bioetica⁷, accompagnare questi processi a valutazioni socio culturali che siano volte a «sollecitare atteggiamenti connotati dalla fiducia minima necessaria a non oscillare acriticamente tra le ansie che il nuovo porta con sé e le suggestioni positive di futuro»⁸.

² UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION (2014). *World Fertility Report 2013: Fertility at the Extremes* (United Nations publication) ST/ESA/SER.A/331.

³ www.fondazioneibsa.org/attivita/14/rassegna.pdf (ultima consultazione 22 aprile 2016).

⁴ T.G. COOPER, E. NOONAN, S. VON ECKARDSTEIN, J. AUGER, H.W. GORDON BAKER, H.M. BEHRE, T.B. HAUGEN, T. KRUGER, C. CHRISTINA WANG, M.T. MBIZVO, K.M. VOGELSONG, *World Health Organization reference values for human semen characteristics*, in *Hum Reprod Update*, 16, 2010, 231-245.

⁵ CENTRO STUDI INVESTIMENTI SOCIALI, *elaborazione Censis su dati Eurostat, Demography*, in C.M. VACCARO (a cura di), *Diventare genitori oggi. Indagine sulla fertilità/infertilità in Italia*, Roma, 2014, 1-66.

⁶ www.fondazioneibsa.org/attivita/14/rassegna.pdf (ultima consultazione 22 aprile 2016).

⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del C.N.B. sulle tecniche di fecondazione assistita. Sintesi e Conclusioni*, 17 giugno 1994: il documento è consultabile all'indirizzo internet <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/16.pdf> (ultima consultazione 27 aprile 2016).

⁸ G. Baldini, M. SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, 199.

2. Genitorialità e nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita

Da una prima lettura della nuova espressione «procreazione medicalmente assistita»⁹ si coglie quel riferimento implicito al sostegno e all'attenzione che la comunità scientifica rivolge alla cura della patologia dell'infertilità.

Infatti, il legislatore ha ritenuto opportuno sottolineare, proprio tramite l'uso dell'avverbio "medicalmente", l'assistenza che deve essere garantita agli aspiranti genitori. Una vigilanza medico professionale che, dal momento della diagnosi fino a quello dell'effettivo impiego delle tecniche previste, sia idonea a coprire tutte le fasi del delicato *iter* intrapreso.

La PMA, dunque, è un'attività complessa che, prendendo le mosse dall'atto fecondativo, rende la fase della riproduzione una vera e propria scelta voluta, consapevole e determinata, discostata dal fattore meramente casuale e naturale.

Nelle linee guida pubblicate dal Ministero della Salute si legge «per tecniche di procreazione medicalmente assistita si intendono tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza»¹⁰.

Per la complessità delle metodiche utilizzate e per la comprensibile sensibilità dei valori umani coinvolti, non si può non considerare come il ricorso a questa procedura abbracci, oltre ai diritti dei soggetti che ad essa fanno ricorso, anche quelli del nascituro, incidendo significativamente sulla costruzione del legame intergenerazionale e sulle relazioni sociali¹¹.

Si osserva, 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»¹².

Il caso concreto oggetto di riflessione ha inizio alla fine del 2013, quando due coppie con problemi di infertilità per realizzare il loro desiderio di genitorialità, in conformità di quanto previsto dal sistema giuridico all'epoca dei fatti, ricorrono alle tecniche di procreazione assistita omologa.

A causa di un evento verificatosi in laboratorio, successivamente alla creazione degli embrioni *in vitro*, rispettivamente appartenenti ai componenti di ciascuna delle coppie, le provette sono scambiate e gli embrioni impiantati nell'utero della donna diversa da quella geneticamente destinatavi.

⁹ Legge 19 Febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in *Gazzetta Ufficiale*, 45, 24 febbraio 2004.

¹⁰ D.M. Salute 1 luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, 161, 14 luglio 2015.

¹¹ COMMISSIONE NAZIONALE D'ETICA PER LA MEDICINA, *La procreazione con assistenza medica. Considerazione etiche e proposte per il futuro*, 12 dicembre 2013: il documento è consultabile all'indirizzo internet <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html?lang=it&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0N TU042l2Z6ln1ah2oZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCLfX55gWym162epYbg2c JkKbNoKSn6A--> (ultima consultazione 27 aprile 2016).

¹² M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 198.

Soltanto per una delle due coppie la procedura si è conclusa con esito positivo, per l'altra, invece, è mancato il proposito sperato. Ciò malgrado, accertato l'avvenuto scambio di embrioni entrambe le coppie rivendicano la potestà genitoriale sui nascituri seppure sul diverso titolo genetico e biologico. Con il presente lavoro si analizzano alcuni profili della normativa vigente disciplinante l'istituto giuridico della filiazione, così come riformato con D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154¹³. Lo scopo sarà quello di definire, nell'assenza di una disciplina specifica, avvalendosi anche dello strumento interpretativo di tipo analogico, il principio giuridico più congruo alla soluzione della questione sulla titolarità del rapporto di filiazione tra "genitori genetici" da cui provengono i gameti e "genitori biologici" ovvero la donna che ha partorito e il suo partner, e il conseguente *status filiationis*, implicato dalla vicenda in oggetto.

3. Eterologa "da errore" e *status filiationis*: la problematica soluzione normativa

La delicata vicenda in esame ha sollevato problematiche di seria complessità che spaziano dallo *status* giuridico dei nati¹⁴ fino alla possibilità per i genitori di disconoscere i nascituri che presentano caratteristiche genetiche incompatibili con le loro.

Di fatto, «ci si trova di fronte un'eterologa "da errore" (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner) o una surroga materna "da errore" (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso»¹⁵.

L'assenza di una normativa ad hoc alla quale ricondurre la fattispecie ha ingenerato una delicata questione di difficile soluzione, avente ad oggetto i diritti dei genitori, i diritti dei nascituri e, conseguentemente, il loro equo bilanciamento.

Una prima riflessione dalla quale è possibile prendere le mosse è costituita proprio dalla normativa vigente, tra l'altro richiamata dal Tribunale di Roma¹⁶, secondo cui la maternità è sempre attribuita a colei che partorisce¹⁷, mentre si presume che il marito di lei, se il figlio è nato in costanza di matrimonio, ne sia il padre, sino a prova contraria¹⁸.

Eppure, non appare del tutto irragionevole chiedersi «se, per il caso in esame, questo principio non crei più problemi di quanti ne risolve»¹⁹, dato che, a seguito dello scambio, «tanto la certezza assolu-

¹³ Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, « Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. (14G00001)», in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale, 5, 8 gennaio 2014.

¹⁴ G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in CORRIERE DELLA SERA (a cura di), *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, 2005, 145-148.

¹⁵ Trib. Roma, sez. I civ., ordinanza 8 agosto 2014 (Giud. Silvia Albano).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ L'art. 269, co. 3 c.c. afferma che «La 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».

¹⁸ L'art. 231 c.c., così come modificato dal d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, sostiene infatti che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

¹⁹ C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (Riflettendo sul caso di scambio di embrioni)*, in www.confronticostituzionali.eu (5 maggio 2014).

ta della maternità, quanto la presunzione *juris tantum* della paternità sono a priori sconfessate dai risultati del test del DNA»²⁰.

C'è il rischio, quindi, che «la consanguineità diventi un dato completamente irrilevante»²¹ e, per quanto essa non sia un elemento totalizzante, specie se la famiglia viene intesa come «luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo»²², occorre, prima di escluderla completamente, riflettere accuratamente.

Nel caso di specie infatti, sono proprio gli elementi caratterizzanti e che rendono la vicenda anomala nella sua configurazione giuridica, a porre un freno alla possibilità di risolvere la stessa per la via analogica.

E' indubbio innanzitutto sottolineare come col richiamo al concetto di stato, il legislatore abbia inteso affermare l'unicità del rapporto che lega il figlio al gruppo familiare in cui si colloca²³.

Ciò premesso, abbiamo che la particolare normativa civilistica riguardante l'azione di reclamo e di contestazione dello stato di figlio è strettamente connessa alla realizzazione dell'ipotesi tipica di reato disciplinata dall'art. 567 c.p., che contempla due fattispecie criminose: l'alterazione di stato mediante sostituzione e l'alterazione di stato mediante falsità²⁴.

In materia penale integra alterazione di stato «ogni dichiarazione resa in sede di formazione dell'atto di nascita, con la quale si attribuisce al figlio riconosciuto una discendenza che non gli compete secondo natura»²⁵.

Come ha chiarito la Cassazione²⁶, se nell'ipotesi della sostituzione di neonato già denunciato allo stato civile «l'interesse tutelato è quello, della collettività e del neonato, alla conservazione dello stato civile acquisito in forza dell'iscrizione»²⁷, nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 567 c.p., concernente l'alterazione dello stato civile del neonato mediante falsità, «tutelato è l'interesse a che il neonato non acquisti uno stato civile difforme da quello a lui spettante in conformità coi suoi dati costitutivi reali»²⁸ o quando ciò non sia possibile, in conformità con la disciplina sostitutiva prevista negli artt. 75, 77 e 77 bis. Ord. St. civ.

Si potrebbe pensare di sussumere la fattispecie dello scambio di embrioni sotto l'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 567 c.p., disciplinante l'alterazione di stato che si configura mediante la sostituzione materiale, ossia attraverso lo scambio di un neonato con un altro.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Trib. Roma, ordinanza 8 agosto 2014, cit.

²³ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2014, 2-37.

²⁴ Art. 567 c.p. Alterazione di stato. «Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità».

²⁵ A. CADOPPI, *Trattato di diritto penale*. Parte speciale, Torino, 2010, 185.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1994, n. 1123.

²⁷ F.G. CATULLO, *Diritto penale e della famiglia*, Assago, 2012, 171.

²⁸ *Ibidem*.

L'impiego dell'espressione "neonato" da parte del legislatore, tuttavia, «impone di restringere la portata applicativa della fattispecie allo scambio di soggetti nelle prime settimane di vita»²⁹ ed è evidente l'inapplicabilità di tale ipotesi al caso di cui si discute, dato che «lo scambio di embrioni è avvenuto in epoca a dir poco antecedente rispetto alla futura nascita»³⁰.

E neppure è possibile riportare la fattispecie in esame alla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 567 c.p.: nell'atto di registrazione presso l'Ufficio anagrafe non si è verificata alcuna condotta falsificatoria, dato che la madre è, per legge, colei che partorisce.

Diversa considerazione potrebbe farsi avendo riguardo all'ipotesi, tra l'altro espressamente vietata nel nostro ordinamento, della "surrogazione di maternità" o "gestazione per altri" (GPA) impropriamente nota come "utero in affitto"³¹ indicante in sostanza «il ruolo che ricopre la donna, madre portante, che assume l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro»³².

La pratica della surrogazione di maternità presuppone la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero della donna. Se ne distinguono due ipotesi diverse:

a) c.d. madre portante: è il caso della donna che porta a termine una gravidanza ottenuta con gameti a lei estranei, generalmente appartenenti alla coppia committente, con l'obbligo di consegnare alla stessa coppia committente il nascituro al termine della gravidanza;

b) surrogazione in senso stretto: è il caso della donna che porta a termine una gravidanza ottenuta dalla fecondazione di ovociti propri col seme del partner della coppia committente ovvero di un soggetto donatore.

La maternità surrogata costituisce un'ipotesi di reato presa in esame dal legislatore del 2004, che la vieta espressamente, sanzionando la condotta che in qualsiasi forma, sia diretta alla realizzazione, all'organizzazione e alla pubblicizzazione a fini commerciali, di gameti o di embrioni ovvero alla surrogazione di maternità³³.

Nonostante il divieto questa pratica è abbastanza diffusa, sicché il problema che si pone sta nel capire se il conflitto che si viene a creare tra madre "committente" e madre "surrogata" possa essere risolto dai principi che regolano la filiazione naturale³⁴ o invece dai principi che regolano la filiazione

²⁹ M. ROSSETTI, *Scambio di embrioni: la difficile soluzione da trovare. Analisi ragionata della normativa italiana su chi vanta dei diritti sui nascituri*, in *Focus Giuridici*. Redazione fatto&diritto, <http://www.fattodiritto.it/scambio-di-embriani-la-difficile-soluzione-da-trovare/> (27 aprile 2014).

³⁰ *Ibidem*.

³¹ C. CIERI, *Tecniche di procreazione umana: aspetti medici*, in A. BUCELLI (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, 69-104.

³² G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia. Il diritto a nascere sani, la maternità surrogata, la fecondazione artificiale eterologa*, Milano, 2000, 154.

³³ Art. 12, co. 6 della legge n. 40/2004 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³⁴ Con riferimento in particolare all'art. 269, co. 3 c.c.

artificiale³⁵. Si afferma in proposito che in materia di maternità surrogata non possa operare il criterio della filiazione artificiale previsto dall'art. 8 della legge n. 40, data l'inefficacia del consenso manifestato dalle parti³⁶, con la conseguenza che il conflitto si risolverebbe applicando i principi previsti dal codice civile in tema di filiazione naturale, quindi ai sensi dell'art. 269, comma 3 c.c., a favore della madre surrogata.

L'attuazione del contratto di maternità surrogata, oltre che determinare la violazione della norma sopra citata, pone anche problemi di coordinamento con il delitto di alterazione di stato. Ed infatti, l'attribuzione della maternità del neonato ad una donna diversa da colei che l'ha concepito integrerebbe l'ipotesi del reato di alterazione di stato, così come ipotizzato nell'art. 567 comma 2 c.p.³⁷. Precisamente, proprio la difformità tra lo stato reale del neonato e quello derivante dalla falsa dichiarazione della madre contrattuale all'ufficiale di stato civile realizzerebbe, in concreto, questa tipica fattispecie di reato³⁸.

Guardando però alla vicenda in questione, è chiaro che non si può parlare di maternità surrogata, per il semplice fatto che, nel momento in cui la gestante ha dato inizio alla procedura di procreazione assistita, ha espresso e sottoscritto uno specifico consenso allo scopo preciso di una fecondazione assistita di tipo omologo. Manca, al caso in esame, il dato determinante della collaborazione di una donna estranea che volontariamente s'impegna a mettere a disposizione il proprio utero, a provvedere alla gestazione e a consegnare, al termine di questa, il nascituro alla coppia committente, coloro cioè che hanno manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato. In alcun modo, infatti, si potrebbe riscontrare nel caso in questione l'elemento tipizzante la maternità surrogata, vale a dire un chiaro intento iniziale da parte della donna gestante della volontà di avere una gravidanza da embrioni geneticamente non propri nonché della volontà di rinunciare all'esercizio di ogni possibile diritto sugli stessi. La gravidanza, invero, lungi dall'essere ricondotta ad una chiara manifestazione di volontà in tal senso espressa, rappresenta piuttosto l'effetto e la conseguenza dell'altrui condotta colposa.

Una fattispecie che sembrerebbe invece richiamare il caso in esame è quella che prevede la donazione di gameti o di un embrione già formato, che la recente pronuncia della Corte Costituzionale³⁹ ha attualmente reso praticabile.

A ben vedere, è ancora e sempre la totale assenza da parte dei genitori genetici di una volontà idonea a giustificare l'involontaria donazione di fatto verificatasi⁴⁰, a rappresentare la barriera che impedirebbe anche siffatta configurazione.

³⁵ L'art. 8, della legge n. 40/2004 sottolinea 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'art.6».

³⁶ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Riv. di BioDiritto*, 2014, 2, 157-183.

³⁷ D. CARCANO, *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale, Milano, 2010, 1425.

³⁸ D. CARCANO, op. cit., 1424-1425.

³⁹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 26, 18 giugno 2014.

⁴⁰ L. D'ANGELO, *Non desiderare i figli d'altri? (nota a Tribunale Civile di Roma, ordinanza 8 agosto 2014, Giud. S. Albano)* in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (11 agosto 2014).

Non si può trascurare di riaffermare che entrambe le coppie, nel momento in cui hanno scelto di intraprendere il percorso della fecondazione assistita, hanno prestato il proprio consenso per una procedura di tipo omologo. In alcun modo è quindi riconducibile alla loro volontà la procreazione eterologa venutasi a determinare in conseguenza dell'errore altrui.

Pur volendo infatti non considerare il dato che ambedue le coppie, alla scoperta dell'errore, hanno espresso l'intenzione di voler comunque assumere la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri, si ha che anche la disciplina di cui all'art. 9 della legge n. 40/2004, con cui il legislatore introduce il divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato da parte della madre, per quelle situazioni in cui, volontariamente e consapevolmente, si ponga in essere un'eterologa, non sarebbe perfettamente applicabile al caso in esame⁴¹.

Il consenso informato del paziente ha, come è noto, ben altro scopo, che è quello di fornire l'assenso a subire un trattamento terapeutico «legittimando l'azione del medico altrimenti illecita»⁴². Il fine è dunque quello di promuovere l'autonomia o la libertà di scelta dell'individuo nell'ambito delle decisioni mediche, in ottemperanza a quanto previsto dall'ordinamento vigente. L'art. 32 Cost. al secondo comma prevede, infatti, che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge».

In materia di procreazione medicalmente assistita il consenso della coppia che consapevolmente decide di sottoporsi al trattamento, e per questo informato, così come in ogni altro trattamento medico, presenta delle particolarità aggiuntive rispetto alle usuali informazioni che connotano in generale il consenso: si osserva che «oltre a documentare il consenso degli interessati ad un particolare trattamento sanitario e a manifestare la volontà di procreazione, integra il momento di perfezionamento del contratto tra gli aspiranti genitori e la struttura autorizzata»⁴³.

Affinché possano concorrere alla formazione di una volontà perfettamente consapevole, il legislatore ha considerato i pazienti come le parti meritevoli di maggiore protezione rispetto alla struttura medica, che essendo invece la parte in possesso delle competenze di assistenza sanitaria specialistiche, ha l'obbligo indispensabile di colmare le lacune della controparte⁴⁴.

⁴¹ Art. 9, co. 1 e 2 della legge n. 40/2004 Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.

«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.

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».

⁴² G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012, 5-15.

⁴³ E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORLETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Atti della Giornata di Studio. Milano, 30 settembre 2009*, Milano, 2010, 58-60.

⁴⁴ L'art. 6, della legge n. 40/2004 specifica nel dettaglio le modalità di prestazione del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, testualmente il legislatore afferma:

Considerato dunque il valore vincolante che il fattore consensuale assume in ogni singola fase del percorso che porta alla procreazione medicalmente assistita, è innegabile affermare che, giuridicamente parlando, nessuna fra le ipotesi prospettate è perfettamente applicabile alla fattispecie oggetto di riflessione.

4. La volontarietà del comportamento

4.1. La volontarietà del comportamento come assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità

In realtà, l'art. 8 della legge n. 40/2004 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'art. 6».

La particolare disciplina dettata dall'art. 6 della legge n. 40/2004, in materia di rilascio e raccolta del consenso alle tecniche di fecondazione assistita determina infatti la presunzione che chi ad esse abbia deciso di far ricorso, abbia piena coscienza e determinazione di compiere (e portare a termine)

«1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.

3. 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, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.

5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge».

ciò che sta facendo. «La volontà di procreare è, in queste circostanze, assolutamente evidente, e si può, dunque, ritenere già definitivamente manifestata»⁴⁵.

Non è illogico, quindi, che in un'ottica di tutela del minore, al consenso prestato per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, si riconnetta, *ex lege*, anche il riconoscimento del nato, differenziandosi, così, l'ipotesi in oggetto da quella naturale, anche sotto il profilo degli effetti giuridici implicati.

È per tale automatico riconoscimento che secondo alcuni⁴⁶ la legge n. 40 avrebbe introdotto la nuova categoria dei «figli naturali riconosciuti per legge».

Al contrario, vi è chi continua sostenere⁴⁷ che dall'art. 8 della legge in questione non sia stata ricavata alcuna modifica alle regole sull'acquisizione dello *status del nato*, dato che è sempre necessario il riconoscimento da parte dei genitori o l'azione di stato promossa dal figlio, sia in virtù dei principi generali che disciplinano il riconoscimento⁴⁸, sia stando alle norme che stabiliscono le modalità di formazione dell'atto di nascita.

Ad ogni modo, lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)⁴⁹ in accordo col legislatore del 2004 evidenzia come «sotto l'aspetto sia etico, che giuridico, nell'individuazione della maternità, come della paternità, a seguito della PMA eterologa acquisisce rilievo il concetto di volontarietà del comportamento necessario per la filiazione, così da attribuire la maternità e la paternità a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto biologico, abbiano voluto il figlio, accettando di sottoporsi alle regole deontologiche e giuridiche che disciplinano la PMA».

Data l'impossibilità di individuare una soluzione di equilibrio che possa essere considerata eticamente accettabile, si pone come necessaria l'esigenza di impostare la questione su un piano che allontanandosi da un'ottica funzionale al soddisfacimento dell'interesse delle parti alla genitorialità, si concentri invece sul prevalente interesse dei minori, che come interesse costituzionalmente rilevante, sia assunto a criterio di bilanciamento dei diritti coinvolti.

4.2. La volontarietà del comportamento come nuovo principio su cui fondare la filiazione

Guardando alla disciplina che si occupa della delicata materia della filiazione, tenendo conto anche delle modifiche recentemente apportate, è innegabile che l'intero assetto della costituzione dei

⁴⁵ C. CAVAJONI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Atti della Giornata di Studio. Milano, 30 settembre 2009*, Milano, 2010, 103.

⁴⁶ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione Assistita*, Torino, 2004, 87.

⁴⁷ M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in *La filiazione verso un unico status. Atti del Convegno tenuto a Como il 23-24 giugno 2006, AIAF Quaderno, 2 (Suppl.)*, 2006, 89.

⁴⁸ L'art. 258, co. 1 c.c. così come sostituito dall'art. 1, legge 10 dicembre 2012, n. 219, in relazione agli effetti dell'atto di riconoscimento afferma «Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso».

⁴⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 Luglio 2014: il documento è consultabile all'indirizzo internet http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf (ultima consultazione 29 aprile 2016).

rapporti affettivi nel nostro ordinamento risulti imperniato sul principio cardine che collega la maternità ad ogni singola fase dello sviluppo fetale nel periodo gestazionale e all'evento storico del parto: è questo infatti a determinare la maternità naturale.

Si osserva che «tale principio, pur essendo stato introdotto in un'epoca in cui non era chiaro che la maternità potesse scindersi tra una madre biologica ed una genetica, è stato ritenuto dal legislatore del 2013 ancora adeguato per la regolamentazione dei rapporti di filiazione sul versante materno, anche in un contesto sociale caratterizzato dalla comprovata possibilità scientifica di ricorrere ad ipotesi di procreazione eterologa implicanti necessariamente, in alcune ipotesi, tale distinzione tra i due aspetti di maternità»⁵⁰.

Analogamente lo stesso orientamento giurisprudenziale corrente supera il criterio naturalistico in favore del principio di responsabilità della filiazione⁵¹.

Potendosi avere, con l'avvento delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure a vario titolo genitoriali che possono nei fatti non coincidere fra di loro, il rapporto di filiazione ed il conseguente diritto all'identità personale «si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall'appartenenza genetica»⁵², per dare centralità alla «volontarietà del comportamento necessario per la filiazione»⁵³, che si manifesta come «assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità»⁵⁴.

D'altronde in linea con le più recenti pronunce giurisprudenziali nel panorama europeo ed in quello internazionale⁵⁵, la soluzione che si ricava in via interpretativa dall'applicazione del suddetto principio al caso di specie, e la cui fondatezza è peraltro confermata in alcuni recenti studi riportati da autorevole letteratura scientifica^{56,57,58} «è quella che meglio si concilia [...] con gli interessi dei minori coinvolti, anche in relazione al loro diritto ad essere cresciuti nella famiglia, intesa come comunità degli affetti, che li ha accolti»⁵⁹.

⁵⁰ M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., 207-208.

⁵¹ Corte cost., sentenza 28 novembre 2002, n. 494, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 37, 4 dicembre 2002.

⁵² Trib. Roma, ordinanza cit.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Si vedano la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77 e la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione per quanto riguarda il contesto europeo; la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991, per quanto riguarda invece il contesto internazionale.

⁵⁶ D. TUDEHOPE, M. VENTO, Z. BHUTTA, P. PACHI, *Nutritional requirements and feeding recommendations for small for gestational age infants*, in *J Pediatr*, 162, 2013, S81-89.

⁵⁷ B. EIGNER, *The role of playful interactions in the development of the early mother-child relationship factors of risk and protection*, in *Psychiatr Hung*, 30, 2015, 35-49.

⁵⁸ S. KIM, P. FONAGY, J. ALLEN, S. MARTINEZ, U. IYENGAR, L. STRATHEARN, *Mothers who are securely attached in pregnancy show more attuned infant mirroring 7 months postpartum*, in *Infant Behav Dev.*, 37, 2014, 491-504.

⁵⁹ Trib. Roma, ordinanza cit.

Il concetto stesso di famiglia nel corso del tempo si è andato liberando dal dato biologico e genetico dei singoli componenti, per essere concepita a sua volta «come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo»⁶⁰.

È l'*affectio* che sorregge l'intera relazione familiare a divenire l'elemento determinante per lo sviluppo psico-sociale dell'individuo, e la sua valenza è tale da eclissare la mera corrispondenza genetica coi genitori.

Dunque, nel bilanciamento degli interessi in conflitto «il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela del diritto allo status ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica»⁶¹, con la conseguenza che anche nella ricostruzione della figura paterna al figlio nato a seguito di tecniche riproduttive con donazione di gamete, laddove pure manca un legame significativo fra quella figura e il nascituro, simile a quello che innegabilmente si instaura nell'utero materno tra nascituro e madre gestante, e dove un simile legame è «ancora tutto da costruire»⁶², l'automatismo derivante dalla presunzione *juris tantum* di paternità di cui all'art 231 c.c. determinerebbe la prevalenza, non sempre condivisa⁶³, della paternità legale su quella genetica.

In conclusione, all'interno della peculiare fattispecie esaminata (fecondazione eterologa definita "da errore" perché priva dell'elemento consensuale) la normativa civilistica vigente, che attribuisce la maternità a colei che partorisce e presume la paternità al marito di questa quando il figlio è nato in costanza di matrimonio, risulterebbe la disciplina che meglio si adatta alla individuazione della titolarità del rapporto di filiazione tra "genitori genetici" e "genitori biologici" e alla definizione dello stesso *status filiationis* che ne deriva.

Tale normativa infatti, pure in un mutato contesto sociale, caratterizzato dalla comprovata possibilità scientifica di ricorrere ad ipotesi di procreazione eterologa implicanti inevitabilmente una scissione delle figure genitoriali, parrebbe tuttora appropriata alla regolamentazione di quei rapporti di filiazione che ne maturano ed in questo senso può dirsi sicuramente attuale. Tra l'altro la soluzione che si ricava dall'applicazione del suddetto principio al caso di specie, è anche quella che sembra meglio conciliarsi con gli interessi dei minori coinvolti in relazione al loro diritto ad essere cresciuti nella famiglia che li ha accolti quale nucleo essenziale al loro sviluppo psicologico, sociale e relazionale.

L'analisi della normativa vigente e della corrente giurisprudenza riconferma pertanto come il rapporto di filiazione ed il conseguente diritto all'identità personale si sia progressivamente allontanato dal criterio naturalistico dell'appartenenza genetica per dare rilievo invece alla volontarietà del comportamento intesa come responsabilità per la procreazione e come nuovo principio su cui fondare la filiazione.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, op. cit., 211.

⁶³ M.G. CABITZA, op. cit., 211-215.

Le implicazioni giuridiche della ricerca genetica. Spunti dal *Genetic Information Nondiscrimination Act*

Elisa Spiller*

LEGAL IMPLICATIONS ASSOCIATED WITH GENETIC RESEARCH. CONSIDERATIONS ON THE GENETIC INFORMATION NONDISCRIMINATION ACT.

ABSTRACT: In the last two decades genetic research achieved very significant results. In 2015, only few years since the completion of the Human Genome Project, scientists launched new experimental studies to genetically modify the DNA sequence of human embryos. These scientific advances have raised several ethical concerns, promoting issues that involve both natural and human science— including legal studies.

Law and ethics frequently have to address the issues originated from these innovations and finding a common toolset often proves to be an arduous task. Genetics has a transnational dimension, experiences a continuous and rapid evolution and spreads new unfamiliar concepts, which ask to be integrated in social and legal culture.

Analyzing the path that conducted the US Congress to approve the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, this essay assesses the most common problems in genetic information management in the legal field. In recent studies, the first issue concerns the qualification of genetic data, considering their legal value to identify possible suitable models of protection. With regard to this, U.S. genetic legislation originally presented two different complementary options — antidiscrimination and privacy laws. With the clear intent to foster genetic research and scientific investments, the Federal legislator decided to endorse the protection against discriminations — the most evident effects of the distort use of genetic information — moving privacy to the background. Nevertheless, the limited scope of the Act — health insurance and employment — and the rapid diffusion of genetic tests for extremely varied purposes stressed the loopholes of GINA, suggesting the need to address some issues through the different legal lens of data protection. For such reasons, the Congress, in 2016, introduced a new bill to handle the problem, considering, in particular, privacy in genetic research.

Covering the misuses of genetic information safeguarding a lawful employment of data seems a possible way to encourage an aware usage of genetic tests and scientific techniques, taking advantage of their silver linings without harming fundamental rights.

* *Culture della materia in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto Pubblico Internazionale e Comunitario dell'Università degli Studi di Padova.*

KEYWORDS: Genetic Research Legislation; Genetic Discrimination; Genetic Privacy; U.S. Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008; Comparative Public Law.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La ricerca scientifica, le criticità giuridiche. – 3. L'uso dei test. Autonomia e autodeterminazione. – 4. La natura delle informazioni. Genetiche o sanitarie? – 5. L'identificazione del diritto. La privacy. Le discriminazioni. – 6. Un tentativo di sintesi. Il Genetic Information Nondiscrimination Act del 2008. – 7. La revisione di categorie e concetti. Alcuni spunti sulla tutela contro le discriminazioni. – 8. La complementarietà della privacy. A quali condizioni? – 9. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Nel 2015, a distanza di circa dieci anni dalla conclusione dello *Human Genome Project*, sono stati autorizzati i primi esperimenti per la manipolazione genetica degli embrioni umani¹. Non si può sapere se questa data segnerà una tappa nella storia della ricerca genetica. Quel che è certo è che simili decisioni – di natura politica, ancor prima che scientifica – hanno, già oggi, un valore etico e sociale considerevole².

Gli studi sul genoma umano hanno sempre posto domande importanti, che andavano ben oltre il semplice esperimento, mettendo di fatto al centro della riflessione la natura dell'individuo³. Questi temi, naturalmente, si prestano ad uno studio trasversale, capace di coniugare competenze, metodi e sensibilità diverse⁴. È stato chiaro fin da subito che per affrontare le diverse questioni in modo adeguato non si sarebbe potuto prescindere da un confronto tra scienze naturali e scienze sociali, diritto incluso⁵.

Il ruolo del giurista rispetto a questi temi, tuttavia, rimane ancor oggi – a distanza di anni – molto delicato. Non è sempre immediato capire il compito cui questi è chiamato: il confine tra scienza, etica e diritto, infatti, molto spesso è meno netto di quanto il rigore dogmatico della disciplina pretenderebbe. Oggi più che mai, quindi, sono richieste doti di analisi e comprensione del fenomeno

¹ D. CYRANOSKI, S. REARDON, *Chinese scientists genetically modify human embryos*, in *nature.com*, 22 aprile 2015 (su <http://www.nature.com/news/chinese-scientists-genetically-modify-human-embryos-1.17378>, visitato il 21.4.2016); E. CALLAWAY, *UK scientists gain licence to edit genes in human embryos*, in *nature.com*, 1 febbraio 2016 (su <http://www.nature.com/news/uk-scientists-gain-licence-to-edit-genes-in-human-embryos-1.19270>, visitato il 10.6.2016). Si rimanda, inoltre, al rapporto dell'HEFA sull'approvazione di queste ultime applicazioni, disponibile al sito <http://guide.hfea.gov.uk/guide/ShowPDF.aspx?ID=5966> (visitato il 6.10.2016).

² *Ex plurimis*, E.S. LANDER, *Brave New Genome*, in *New Engl. J. Med.*, n. 373, 2015; D. CARROLL, R. ALTA CHARO, *The societal opportunities and challenges of genome editing*, in *Genome Biol.*, n. 16, 2015; D. BALTIMORE, ET AL., *Biotechnology: a prudent path forward for genomic engineering and germ line gene modification*, in *Science*, n. 348, 2015; E. LANPHIER, ET AL., *Don't edit the human germ line*, in *Nature*, n. 519, 2015.

³ K. BAYERTZ, K.W. SCHMIDT, *Testing genes and constructing humans - Ethics and genetics*, in G. Khushf (a cura di), *Handbook of Bioethics*, Guildford, 2004.

⁴ La bioetica nasce proprio come "interdisciplinary conversation". D. CALLAHAN, *Bioethics as a discipline*, in *Hastings Cent. Rep.*, 1973; W.T. REICH, *The word "bioethics": its birth and the legacies of those who shaped it*, in *Kennedy Inst. Ethic. J.*, v. 4, n. 4, 1994.

⁵ Nello specifico, in parallelo allo stesso *Human Genome Project* era stato avviato l'*Ethical, Legal, and Social Implications (ELSI) Program*, per affrontare le questioni che lo sviluppo della ricerca avrebbe sollevato nell'ambito delle diverse scienze sociali. In dottrina, interessante la riflessione proposta in R. E. ASHCROFT, *Could Human Rights Supersede Bioethics?*, in *Human Rights Law Rev.*, v. 4, 2010.

giuridico sempre più duttili ed elastiche, capaci di elaborare una riflessione e una regola chiara, efficace, pertinente.

2. La ricerca scientifica, le criticità giuridiche

Un'attenta osservazione degli sviluppi della ricerca genetica aiuta a cogliere quegli elementi che meritano maggior considerazione. Pur dovendo semplificare, per chiarezza conviene ricorrere ad un ragionamento schematico, strutturato su più piani, che partendo delle peculiarità del fenomeno scientifico porti ad individuare le criticità sul piano giuridico.

A questi fini, innanzitutto, va constatato come la ricerca scientifica non sia vincolata al contesto nazionale, anzi. Normalmente i progetti di maggior spessore vengono promossi nell'ambito di collaborazioni internazionali che coinvolgono esperti e centri di ricerca di diversi Paesi. Questo aspetto – com'è facile intuire –, innanzitutto mette in discussione la dimensione statale del diritto. Nel definire le regole di un fenomeno unitario e transnazionale non si può prescindere da un dialogo e un approfondimento sui principi su cui poggia la riflessione giuridica, superando il dato normativo in senso tecnico e la connotazione meramente nazionale del diritto⁶.

La ricerca scientifica, inoltre, evolve in tempi sempre rapidi. La disponibilità di nuovi *database* e la possibilità di raccogliere e analizzare una grande quantità di informazioni sta cambiando radicalmente il modo di condurre studi ed esperimenti, velocizzandone i processi. Questo, con riferimento all'elaborazione delle regole, ha due immediate conseguenze, una sotto il profilo genetico, l'altra sotto quello evolutivo. Di fronte a cambiamenti così repentini, una volta metabolizzati i principi, è necessario predisporre procedimenti celeri e flessibili⁷ affinché lo strumento regolatorio possa introdurre delle tutele efficaci, garantendo la possibilità di una veloce revisione, ove occorra.

Bisogna infine constatare un altro imprescindibile aspetto: il prodotto della ricerca scientifica oggi molto spesso trova una pronta applicazione tecnica⁸. Questa "tecnologizzazione" e la diffusione di nuovi servizi tra il pubblico comportano, innanzitutto, un progressivo avvicinamento – una graduale

⁶ Negli anni, a questo scopo, si sono susseguiti dichiarazioni e convenzioni sul tema, per elaborare e sancire i principi necessari alla regolamentazione giuridica della ricerca e della medicina genetica. *Ex plurimis*, la *Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica*, Rio de Janeiro, 5 giugno 1992; la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani*, UNESCO-IBC, Parigi, 12 novembre 1997; la *Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani*, UNESCO-IBC, Parigi, 16 ottobre 2003; la *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani*, UNESCO-IBC, Parigi, 19 ottobre 2005; la *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*. In dottrina interessanti spunti in R. ADORNO, *Global bioethics at UNESCO: in defense of Universal declaration on bioethics and human rights*, in *J. Med. Ethics*, n. 33, 2007; C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2001.

⁷ Vi sono stati diversi esempi di *self-regulation* che, in questo senso, suggeriscono un'ipotesi per la regolamentazione della ricerca e della tecnica scientifica. Con riferimento allo specifico tema della genetica, basti pensare alle linee guida elaborate alla Conferenza di Asilomar del 1975 e ai successivi sviluppi della riflessione avviata in quella sede.

⁸ G.F. FERRARI, *Bioteologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2002. In generale, si rimanda al più ampio sviluppo dei c.d. *science and technology studies*, programmi interdisciplinari avviati anch'essi nel anni Settanta per affrontare con maggior conteezza le sfide poste da una ricerca scientifica e un avanzamento tecnologico sempre più incalzanti.

familiarità – tra la ricerca e gli utenti. La traduzione della scoperta in prodotto, inoltre, può comportare anche un’evoluzione del significato e dello scopo della ricerca, coinvolgendo profili e aspetti che in precedenza non erano stati considerati⁹. Tali implicazioni hanno importanti risvolti sotto il profilo giuridico. Da un lato, infatti, è necessario garantire la sicurezza dei procedimenti, così come l’affidabilità dei risultati; dall’altro, invece, si deve tornare a riflettere sui contenuti delle categorie tradizionali, per elaborare le strategie più efficaci a garantire un’adeguata tutela dei diritti nell’evoluzione di questi fenomeni.

Questa breve sintesi si è limitata a proporre degli spunti. Tuttavia, per comprenderne la portata concreta non si può prescindere da un più puntuale approfondimento. Per questo, per affrontare con maggior contezza le questioni giuridiche emerse, che ancora interessano gli sviluppi della ricerca in quest’ambito, si è preso a riferimento un caso – o meglio, un’esperienza – giuridica per certi versi paradigmatica: quella della legislazione statunitense nell’ambito della genetica.

3. L’uso dei test. Autonomia e autodeterminazione

L’interesse per l’esperienza americana nasce da una serie di elementi. Gli Stati Uniti sono stati uno dei primi Paesi ad investire nella ricerca genetica¹⁰ e i risultati ottenuti in questo ambito hanno incoraggiato una lunga riflessione sui temi legati all’avanzamento di tali studi¹¹.

A seguito della loro diffusione, le tecniche sviluppate in laboratorio hanno trovato una rapida applicazione, non soltanto nell’ambito della ricerca e della pratica medica¹², ma anche in diversi settori della società¹³, ponendo grandi interrogativi sotto il profilo etico e giuridico¹⁴. Dottrina e giurisprudenza hanno dedicato grande attenzione alle questioni legate ai diversi utilizzi delle informazioni genetiche, cogliendo dei profili cruciali per la comprensione degli effetti di questo fenomeno.

Quelli che all’inizio erano studi di avanguardia – legati a grandi centri specializzati e ben lontani dalle corsie d’ospedale – con il perfezionamento delle tecniche d’analisi stanno diventando protocolli

⁹ J.E. LUNSHOF ET AL., *From genetic privacy to open consent*, in *Nat. Rev. Genet.*, n. 9, 2008 (sui nuovi utilizzi per fini medici e di ricerca); M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Stalking and Voyeurism: A New Challenge to Privacy*, in *Univ. Kans. Law Rev.*, n. 57(3), 2009 (sui nuovi usi - e abusi - per fini ludici o per mera curiosità).

¹⁰ Sempre con riferimento allo *Human Genome Project*, gli studi sono stati finanziati dal Governo americano, con un investimento iniziale di 3.8 miliardi di dollari. In seguito, per i progetti correlati, sono stati stanziati altri 8.5 miliardi. Dati disponibili in Aa.Vv., *The impact of genomics on the U.S. economy*, Ballette Memorial Inst. per *United for Medical Research*, 2013.

¹¹ *Ex plurimis*, si rimanda alla raccolta L.B. ANDREWS ET AL., *Genetics: Ethics, Law and Policy*, Saint Paul, 2006.

¹² La portata dirompente della ricerca genetica, infatti, si è rivolta immediatamente all’ambito medico, definendo il fenomeno della c.d. *personalized medicine*. In dottrina, *ex plurimis*, M.A. HAMBURG, F.S. COLLINS, *The Path to Personalized Medicine*, in *New Engl. J. Med.*, n. 363, 2010; F.S. COLLINS, ET AL., *A Vision for the Future of Genomics Research*, in *Nature*, n. 422, 2003; F.S. COLLINS, V.A. MCCOUSICK, *Implications of Human Genome Project for Medical Science*, in *JAMA*, n. 285, 2001. Vi è, inoltre, un significativo utilizzo dei test genetici nel ramo della diagnostica prenatale.

¹³ Basti pensare, banalmente, all’utilizzo dei test genetici in sede processuale per fini identificativi, in ambito civile e penale.

¹⁴ Le questioni più frequenti sono sorte con riferimento alla libertà personale - circa il diritto di negare il consenso ai test genetici -, alla *privacy* - gestione dei dati e diritto alla riservatezza -, alle discriminazioni su base genetica, in materia di marchi e brevetti su determinati geni.

usuali. Non solo test che prima erano somministrati solo su consiglio medico oggi sono diventati molto più accessibili – tanto da essere compresi nei servizi complementari dei piani assicurativo-sanitari¹⁵ – ma la commercializzazione dei kit “fai-da-te”¹⁶ promette l’espansione di un mercato economicamente allettante¹⁷.

Questa rapida evoluzione, tuttavia, non è priva di conseguenze. L’utilizzo delle informazioni genetiche in ambito medico pone ancora importanti domande circa l’attendibilità dei dati ottenuti e il loro valore diagnostico. Molto spesso, quando si riscontra la presenza di un’anomalia o di un disordine da cui possono derivare determinate patologie, non si riescono ancora ad individuare in modo univoco le *best practices* da seguire¹⁸.

Questo, già di per sé, è motivo di importanti riflessioni sul piano etico, prima ancora che sotto il profilo giuridico. Quando la pratica medica, infatti, non offra ragionevoli margini di certezza in merito alle indicazioni terapeutiche, una corretta informazione e il confronto con dei professionisti qualificati diventano passaggi cruciali per garantire, quanto più possibile, una scelta libera e consapevole da parte del soggetto interessato¹⁹. La commercializzazione dei test sembra mettere in secondo piano queste criticità, lasciando ai consumatori e al mercato la valutazione di rischi che vanno ben oltre il rapporto produttore-consumatore²⁰. C’è da chiedersi, quindi, se diritti fondamentali – si pensi, ad esempio, al valore della *privacy* in relazione ai principi di autonomia e autodeterminazione – che in ambito medico sono stati oggetto di un’attenta elaborazione, possano

¹⁵ La riforma della sanità americana - il *Patient Protection and Affordable Care Act of 2010* - ha ammesso e incoraggiato l’inclusione dei test genetici nell’ambito dei c.d. *wellness programs*, integrativi ai piani assicurativi sanitari.

¹⁶ Molte società oggi offrono questi servizi, sia negli Stati Uniti sia in altri Paesi. Tra le più famose, *23&Me*, *Counsyl*, *GenebyGene*, *Sure Genomics*.

¹⁷ A titolo indicativo, analisi di mercato del 2015 stimano che entro il 2020 il *business* legato ai test genetici dovrebbe raggiungere una soglia di valore pari a 7.4 miliardi di dollari. Così in *Genetic Testing - A Global Strategic Business Report*, Global Industry Analysis Inc., maggio 2015 (su <http://www.strategyr.com/pressMCP-1392.asp>, visitato il 23.4.2016).

¹⁸ Riassumendo brevemente lo stato della ricerca in questo campo, dalla mappatura del genoma si sono scoperte le cause genetiche di alcune patologie - soprattutto monofattoriali - legate a particolari anomalie e disordini. In seguito, sono stati elaborati dei test capaci di individuare tali disturbi, così da promuovere una diagnosi precoce della condizione ereditaria ed intervenire prima del manifestarsi dei sintomi. Tuttavia, la semplice predisposizione ha valore meramente documentativo: non si riesce ancora a capire a quali condizioni questa evolva, sviluppando la patologia vera e propria. Il futuro della ricerca ora è nella realizzazione di micro-sensori in grado di monitorare gli sviluppi genetici, così da intervenire in modo puntuale. Sugli sviluppi di questi studi si rimanda ai *fact-sheets* predisposti dal *National Human Genome Research Institute* americano su *DNA microarray technology* (su <https://www.genome.gov/10000533/dna-microarray-technology/>, visitato il 23.4.2016).

¹⁹ A tal proposito, a fatto molto discutere il caso che ha coinvolto l’attrice Angelina Jolie la quale, dopo aver scoperto di avere una predisposizione genetica a sviluppare il cancro al seno e alle ovaie (tumori legati ai geni BRCA1 e 2), ha deciso di sottoporsi ad un intervento di mastectomia preventiva. A. JOLIE, *My medical choice*, su *The New York Times*, 14 aprile 2013 (su http://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?_r=0, visitato il 23.4.2016). Sulle ripercussioni in ambito scientifico, D.L.G. BORZEKOWSKI, ET AL., *The Angelina effect: immediate reach, grasp, and impact of going public*, in *Genet. Med.*, v. 16, n. 7, 2014.

²⁰ ASHG *Statement on Direct-to-Consumer Genetic Testing in the United States*, in *Am. J. Hum. Genet.*, 81, 2007; J.P. EVANS, R.C. GREEN, *Direct to consumer genetic testing: Avoiding a culture war*, in *Genet. Med.*, v. 11, n. 9, 2009; T. CAUFIELD, ET AL., *Direct-to-consumer genetic testing: good, bad or benign?*, in *Clin. Genet.*, n. 77, 2010.

trovare un'adeguata tutela anche in questi nuovi e diversi contesti, nonostante le forti pressioni economiche²¹.

È vero che questo fenomeno è solo all'inizio e che considerazioni di questo tipo invitano alla cautela per scongiurare dei rischi che ancora non rappresentano un pericolo attuale. Tuttavia, queste domande così cruciali meritano la dovuta attenzione. Gli Stati Uniti, in questo senso, hanno avvertito per primi le criticità legate all'utilizzo dei test e alla circolazione delle informazioni genetiche. L'attenzione per l'esperienza maturata in questo ordinamento, quindi, nasce proprio in ragione della ricca riflessione elaborata negli anni, nonché per i tentativi fatti per regolamentare questo settore.

4. La natura delle informazioni. Genetiche o sanitarie?

Uno dei primi problemi affrontati dalla dottrina con riferimento alla tutela dei dati genetici riguarda la loro qualificazione giuridica, il loro valore sul piano del diritto.

Il contesto in cui si sono sviluppati i primi studi in quest'ambito hanno inciso profondamente sugli sviluppi delle successive riflessioni. Come già ricordato, infatti – completata la mappatura del genoma umano – l'utilizzo dei test genetici si era diffuso soprattutto nel campo della ricerca medica. Per questo, quando si presentarono le prime questioni relative alla qualificazione giuridica di queste informazioni, il termine di paragone più immediato con cui sembrava utile ragionare furono i dati sanitari²².

Le informazioni genetiche, tuttavia, manifestavano delle caratteristiche particolari. A differenza delle normali informazioni mediche – secondo alcuni – queste sembravano avere una *natura più personale*, in quanto capaci di identificare il soggetto con un discreto margine di certezza²³. Si osservava, inoltre, come queste avessero un contenuto ben più sensibile dei normali referti²⁴. Persone della stessa famiglia – unite da un legame biologico – hanno, infatti, in comune gran parte del patrimonio genetico; ci si rese quindi conto che ottenendo le informazioni relative ad un individuo si poteva ragionevolmente presumere che una situazione analoga potesse interessare anche i suoi prossimi congiunti con un buon margine di probabilità²⁵. In sintesi, il valore di queste informazioni andava ben oltre l'ambito medico: approfondivano la conoscenza sullo stato dell'individuo, estendendo lo spettro di analisi nel tempo e nello spazio, ai parenti più prossimi, così come alle generazioni precedenti e future.

²¹ Sotto il profilo etico, a commento della diffida della FDA americana a 23&Me del 22 novembre 2013: E. VAYENA, *Direct-to-consumer genomics on the scales of autonomy*, in *J. Med. Ethics*, 5 maggio 2014. Circa i più recenti sviluppi nei rapporti tra FDA e 23&Me – con l'approvazione del test per la sindrome di Bloom –: FDA *permits marketing of first direct-to-consumer genetic carrier test for Bloom syndrome*, 19 febbraio 2015 (su <http://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/UCM435003>, visitato il 23.4.2016).

²² M.J. GREEN, J.R. BOTKIN, "Genetic Exceptionalism" in *Medicine: Clarifying the Difference between Genetic and Nongenetic Tests*, in *Ann. Intern. Med.*, v. 138, 2003.

²³ N. RAM, *DNA by the Entirety*, in *Colum. L. Rev.*, n. 115, 2015.

²⁴ In alcuni casi ci si era riferiti - addirittura - alla tutela del diritto di proprietà, ipotesi in seguito scartata in ragione dei limiti che avrebbe creato alla condivisione dei dati a fini di ricerca. Si veda *pro* N. RAM, *DNA by the Entirety*, cit; *contra* A.E.R. PRINCE, *Comprehensive Protection of Genetic Information*, in *Brook. L. Rev.*, n. 79, 2013.

²⁵ *Ibidem*.

Alcuni Autori ritenevano queste peculiarità più che sufficienti a giustificare un regime giuridico differenziato per le informazioni genetiche, più rigoroso di quanto non fosse già previsto per i dati sanitari. Questa posizione contribuì a definire una vera e propria corrente di pensiero ovvero il c.d. eccezionalismo genetico²⁶. L'analisi proposta in quelle riflessioni coglieva un dato significativo: il fatto che informazioni di quel tipo, anche al di fuori dell'ambito medico, chiedevano una specifica cautela, in ragione della loro particolare natura.

A questi, con altrettanto solidi argomenti, si contrapponeva l'opinione di quanti, invece, ritenevano che – nonostante quanto constatato – i dati genetici dovessero essere considerati alla stregua dei referti medici. Sottolineavano come l'enfasi posta sulle presunte differenze contribuisse a complicare il quadro normativo generale, indebolendo il sistema di tutele con delle specificazioni non necessarie, che rischiavano solo di creare confusione sul piano operativo. Sostenendo, quindi, la *normalità*²⁷ di queste informazioni, suggerivano di estendere quanto previsto per la tutela dei dati sanitari a quelli genetici.

Il legislatore dei diversi Stati, affrontando il problema con riferimento al caso concreto²⁸, in ragione delle varie questioni e della sensibilità, si è indirizzato di volta in volta verso l'una o l'altra corrente. Questi diversi orientamenti hanno concorso a determinare un primo elemento di rottura sul piano della tutela dei diritti. Qualificando, infatti, in modo diverso l'elemento costitutivo della fattispecie, si addiveniva necessariamente a diversi livelli di protezione, secondo modelli tra loro divergenti.

5. L'identificazione del diritto. La privacy. Le discriminazioni

Oltre al problema della qualificazione delle informazioni, si poneva un'ulteriore questione, relativa alla predisposizione delle tutele e – implicitamente – all'identificazione dei diritti maggiormente interessati. Per collocare questo secondo punto nel quadro d'insieme, è necessario, per un istante, passare oltre la contrapposizione tra eccezionalismo e normalità genetica.

Ancora una volta, il contesto in cui si sono sviluppate tali questioni è stato determinante. Ragionando sulla tutela delle informazioni genetiche in ambito medico, per prima cosa vennero considerati i pregiudizi più comuni legati al trattamento dei dati sanitari²⁹.

²⁶ T.H. MURRAY, *Genetics Exceptionalism and "Future Diaries": Is Genetic Information Different From Other Medical Privacy*, in M.A. Rothstein, *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, 1997.

²⁷ L.O. GOSTIN, J.G. HODGE, *Genetic Privacy and the Law: An End to Genetic Exceptionalism*, in *Jurimetrics J.*, v. 40, n. 21, 1999; T.H. MURRAY, *Genetic Privacy in the United States*, in T.S. Kaan (a cura di), *Genetic Privacy: An Evaluation of the Ethical and Legal Landscape*, Singapore, 2013; M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Privacy and Confidentiality: Why They Are so Hard to Protect*, in *J. Law Med. Ethics*, v. 26, n. 3, 1998; S.M. SUTER, *The Allure and Peril of Genetic Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?*, in *Wash. U.L.Q.*, n. 79, 2001; L.F. ROSS, *Genetic Exceptionalism v. Paradigm Shift: Lesson from HIV*, in *J. Law Med. Ethics*, n. 29, 2001.

²⁸ M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Exceptionalism and Legislative Pragmatism*, in *J. Law Med. Ethics*, n. 35 (2 suppl.), 2007. Si veda, inoltre, la sezione dedicata alla c.d. legislazione genetica sul sito *National Conference of State Legislatures* (su <http://www.ncsl.org/research/health/genetic-privacy-laws.aspx>, visitato il 23.4.2016).

²⁹ M.J. GREEN, J.R. BOTKIN, *"Genetic Exceptionalism" in Medicine: Clarifying the Difference between Genetic and Nongenetic Tests*, cit.

Col tempo la gestione di informazioni così sensibili era diventata oggetto di particolare attenzione³⁰, giustificata principalmente dall'esigenza di garantire quanto più possibile l'autonomia del soggetto rispetto alle decisioni inerenti la sua salute. I presidi posti a tutela della confidenzialità e della discrezione nel rapporto tra medico e paziente erano stati quindi rafforzati, con l'intento di evitare soprattutto i condizionamenti dovuti a delle indebite pressioni esterne³¹.

Il riconoscimento di un particolare valore alla riservatezza di determinate informazioni, quindi, nasce innanzitutto dall'esigenza di tutelare la libertà dell'individuo ad autodeterminarsi, richiamando le teorie elaborate in dottrina e in giurisprudenza con riferimento al valore della *privacy*³².

Questa prima prospettazione vede nella corretta gestione delle informazioni un diritto a sé stante. In tal senso, la condivisione o la diffusione di dati sensibili – inclusi quelli genetici – rappresenterebbero un danno in sé³³; se la persona interessata, infatti, non dà il proprio consenso a che altri vengano a conoscenza del proprio stato di salute, ogni violazione configura in sé stessa un pregiudizio, senza che sia necessario il verificarsi di ulteriori conseguenze.

La percezione del valore delle informazioni genetiche, tuttavia, non è immediata³⁴. E così se la gestione dei dati è un profilo amministrativo spesso sottovalutato (soprattutto dai “non addetti ai lavori”), la possibilità di subire delle ripercussioni negative e impreviste per essersi sottoposti a questo tipo di test, invece, ha rappresentato per molti una questione ben più preoccupante³⁵.

Nonostante l'invito a valutare con grande cautela il valore predittivo di questi esami, disporre di informazioni così puntuali sullo stato di salute di una persona, sotto il profilo economico, ha un valore considerevole³⁶. Se, infatti, in ambito medico il problema dell'interpretazione dei dati nasce dall'esigenza di individuare l'anomalia per prescrivere la terapia migliore, nel settore assicurativo, così come in quello delle risorse umane, i termini del ragionamento cambiano radicalmente³⁷.

A una società che offre piani di copertura sanitaria calcolando il premio in funzione del rischio individuale, interessa ricostruire in modo quanto più preciso lo stato di salute dei propri clienti. Se per far ciò può disporre di informazioni con un potenziale valore diagnostico-predittivo – come quelle

³⁰ La gestione dei dati sanitari nel sistema americano è disciplinato nell'*Health Insurance Portability and Accountability Act* del 1996, con l'*HIPAA Privacy Rule*. Per un approfondimento si rimanda al lavoro svolto dall'*Institute of Medicine (US) Committee on Health Research and the Privacy of Health Information*, S.J. Nass, L.A. Levit, L.O. Gostin (a cura di), *The HIPAA Privacy Rule*, Washington (DC), 2009, cap. 2, *The Value and Importance of Health Information Privacy*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ A.L. ALLEN, *Genetic Privacy: Emerging Concepts and Values*, in M.A. Rothstein (a cura di), *Genetic Secrets*, cit.; M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law*, New York, 2012.

³⁴ M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Stalking and Voyeurism: A New Challenge to Privacy*, cit.

³⁵ R. BILLINGS, ET AL., *Discrimination as a Consequence of Genetic Testing*, in *Am. J. Hum. Genet.*, n. 50 1992; L.N. GELLER, ET AL., *Individuals, Family and Societal Dimension of Genetic Discrimination: A Case of Study Analysis*, in *Sci. Eng. Ethics*, n. 2, 1996; V. LAPHAM, ET AL., *Genetic Discrimination: Perspective of Consumer*, in *Science*, n. 274, 1996. Più recentemente, alcuni dati in R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, in *New Engl. J. Med.*, 372, 2015.

³⁶ L.L. MCCABE, E.R. MCCABE, *Protection against Genetic Discrimination*, in id. (a cura di), *DNA: Promise and Peril*, Berkeley, 2013; L.J. ALBERTSON, *Genetic Discrimination*, New York, 2007.

³⁷ L.O. GOSTIN, *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers*, in *Am. J. L. & Med.*, n.109, 1991; F.S. COLLIN, J.D. WATSON, *Genetic Discrimination: Time to Act*, in *Science*, n. 302, 2003.

genetiche – tanto meglio: più preciso, infatti, è il quadro d’insieme, più oculata è la definizione dell’alea e più vengono tutelati gli interessi della compagnia³⁸.

Allo stesso modo, in ambito lavorativo³⁹. Se il datore di lavoro è tenuto a contribuire alle spese mediche dei propri dipendenti, avrà tutto l’interesse a conoscere la loro situazione sanitaria; così come quando la produzione richieda delle lavorazioni usuranti o rischiose per la salute, sapere se alcuni soggetti sono predisposti allo sviluppo di particolari patologie legate a quei processi, permette di valutare meglio la loro idoneità a determinati tipi di mansione⁴⁰.

L’utilizzo dei dati genetici in questi contesti, tuttavia, proponeva importati interrogativi, soprattutto con riferimento al tema delle pari opportunità. Appurata l’utilità di disporre di simili informazioni anche in ambiti diversi da quello medico, si intravedeva infatti la possibilità di un uso discriminatorio dei risultati ottenuti⁴¹. L’assicurazione che ponga come condizione per la sottoscrizione di una polizza la somministrazione del test e – una volta verificata la predisposizione a gravi malattie – rinunci a garantire la copertura per quelle patologie o aumenti i massimali oltre misura, pur tutelando i suoi interessi sembrerebbe abdicare alla propria funzione, lasciando sprovvisti dei servizi necessari proprio coloro che potenzialmente potrebbero averne più bisogno⁴². Così, – qualora degli *screening* permettessero di diagnosticare la predisposizione genetica ad alcune malattie invalidanti, legate anche all’esposizione a determinate sostanze – il datore di lavoro che se ne avvallesse senza il consenso dei propri dipendenti – sottoponendoli agli esami con il solo scopo di individuare i soggetti più esposti per non dover liquidare gli eventuali danni – incorrerebbe in una condotta discriminatoria (oltre che illegittima)⁴³.

Considerazioni di questo genere, evidentemente, si prestano ad una valutazione più immediata e concreta rispetto all’accuratezza nella gestione dei dati, sebbene ne rappresentino una diretta conseguenza.

Così, anche con riferimento a questo secondo profilo relativo all’identificazione dei diritti coinvolti, alcuni Stati hanno optato per una regolamentazione più attenta a garantire la *privacy* e la riservatezza mentre altri, invece, si sono orientati sul contenimento degli effetti, ponendo un divieto

³⁸ K.L. HUDSON ET. AL., *Genetic Discrimination and Health Insurance: An Urgent Need for Reform*, in *Science*, n. 270, 1995; M.A. HALL, S.S. RICH, *Patients’ fear of genetic discrimination by health insurers*, in *Genet. Med*, n. 2, 2000; M.A. HALL ET AT., *Concerns in a primary care population about genetic discrimination by insurers*, in *Genet. Med.*, v. 7, n. 5, 2005.

³⁹ K. ROTHENBURG, ET AL., *Genetic Information and the Workplace: Legislative Approaches and Policy Challenges*, in *Science*, 257, 1997; S.P. MILLER, *Genetic Discrimination in the Workplace*, in *J. Law Med. Ethics*, n 26, 1998.

⁴⁰ In passato, la scoperta che l’esposizione ad alcuni reagenti poteva avere pesanti conseguenze sulle donne in gravidanza ha portato all’elaborazione di una normativa di tutela che impone di destinare le lavoratrici ad altre mansioni quando lo svolgimento delle loro attività ordinarie possa causare dei danni al bambino. Al contrario, tuttavia, in alcuni casi - scoperto che lo svolgimento di alcune operazioni era la principale causa di terminate patologie (ad esempio la sindrome del tunnel carpale) i datori di lavoro avevano sottoposto i propri dipendenti a degli *screening* genetici per individuare la predisposizione allo sviluppo di tale patologia, così da potersi sottrarre da eventuali azioni legali.

⁴¹ Si rimanda a quanto richiamato nelle note precedenti.

⁴² T.H. MURRAY, *Genetic and the Moral Mission of Health Insurance*, in *Hastings Cent. Rep.*, n. 22, 1992; M.A. HALL ET AT., *Concerns in a primary care population about genetic discrimination by insurers*, cit.

⁴³ Proprio secondo questa dinamica i casi *Norman Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Lab.* (135 F.3d 1260, 9th Cir. 1998) e *EEOC v. Burlington Northern Santa Fe Railway* (Civil Action File No. 02-C-0456, transata).

a determinate pratiche discriminatorie⁴⁴. E queste divergenze – come intuibile – hanno contribuito alla frammentazione del sistema di tutele, differenti nel contenuto e nei rimedi tra Stato e Stato⁴⁵.

6. Un tentativo di sintesi. Il Genetic Information Nondiscrimination Act del 2008

Le dinamiche interne di un sistema federale aiutano ad osservare, nel piccolo, le tensioni che informano poi, su grande scala, i rapporti tra le esperienze dei diversi ordinamenti⁴⁶. Così negli Stati Uniti le scelte dei singoli legislatori statali – che avevano fornito diverse definizioni dei dati genetici, approntando diversi livelli di protezione per il loro uso e la loro gestione – aveva dato forma ad un *patchwork normativo*⁴⁷ che, a distanza di anni, per ragioni politiche e economiche, chiedeva una revisione, nel tentativo di trovare un nuovo punto di sintesi. L'incertezza del dato normativo rispetto ad un fenomeno sostanzialmente unitario ingenerava dubbi che non solo avrebbero potuto frenare la ricerca⁴⁸, ma ostacolavano anche la diffusione e la commercializzazione dei test genetici⁴⁹, rischiando di perdere importati possibilità, da un lato e dall'altro.

Nel 2008, dopo l'elaborazione di molti disegni di legge⁵⁰, il Congresso ha approvato il *Genetic*

⁴⁴ J.E. MCEWEN, P.R. REILLY, *State Legislative efforts to Regulate Use and Potential Misuse of Genetic Information*, in *Am. J. Hum. Genet.*, n. 51, 1992; A.E.R. PRINCE, *Comprehensive Protection of Genetic Information*, cit. Si vedano, inoltre, i dati disponibili al sito della NCSL.

⁴⁵ K. KARIMI, M.F. MCKNEALLY, P.A. ADAMSON, *Ethical considerations in aesthetic rhinoplasty: a survey, critical analysis, and review*, in *Arch Facial Plast Surg.*, 6, 2012, 442.

⁴⁶ Il rapporto tra la legislazione dei singoli Stati e il Governo federale - così come definito dal Giudice Brandeis nella sua *dissenting opinion* sul caso *New State Ice Co. v. Liebmann* (285 U.S. 262 (1932)) - tende a valorizzare l'esperienza locale, cogliendo in essa quegli spunti che possano dare un utile contributo allo sviluppo della normativa nazionale. «*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try to novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*» statui il giudice. L'omogenità culturale del sistema americano, chiaramente, aiuta lo sviluppo di tutele uniformi laddove queste risultino necessarie. Tuttavia, in chiave comparatistica, un simile approccio può senz'altro costituire un'ipotesi di lavoro, soprattutto laddove sia necessario tornare a ragionare sui principi e sulle categorie.

⁴⁷ N.L. JONES, *Genetic Information: Legal Issues Relating to Discrimination and Privacy*, Congressional Research Service, Biblioteca del Congresso, 19 luglio 2001 (su http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=key_workplace, visitato il 26.4.2016).

⁴⁸ M.A. HALL ET AL., *Concerns in a primary care population about genetic discrimination by insurers*, cit.; F.S. COLLIN, J.D. WATSON, *Genetic Discrimination: Time to Act*, cit.; R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.

⁴⁹ Alcuni accenni sui successivi effetti del GINA in questo senso in S. PASCAL, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: A Comprehensive View*, in *Yale J. Biol. Med.*, n. 86, 2013.

⁵⁰ A livello federale, i primi disegni di legge relativi al trattamento e all'uso delle informazioni genetiche erano stati introdotti a metà degli anni Novanta. Nel 1995 erano state presentate ben due proposte, il *Genetic Privacy Act* e il *Genetic Information Nondiscrimination Act in Health Insurance*. Nonostante l'approvazione dell'HIPAA, nel 1996, le questioni relative a questa materia continuarono a tenere desta l'attenzione, così come documentato dalle proposte relative al *Genetic Fairness Act* e al *Genetic Confidentiality and Nondiscrimination Act* di quello stesso anno. Dopo alcuni anni di silenzio, nel 2003 - alla pubblicazione degli esiti dello HGP, si arrivava infine al progetto del *Genetic Information Nondiscrimination Act*, prima versione del testo della legge approvata nel 2008. In N.L. JONES, A.K. SARATA, *Genetic Information: Legal Issues Relating to Discrimination and Privacy*, Congressional Research Service, Biblioteca del Congresso, 10 marzo 2008 (su

*Information Nondiscrimination Act*⁵¹ che, con molta enfasi, è stato definito come «the first major new civil rights bill of the new century»⁵². Basta scorrere brevemente i *Findings* introduttivi per capire dove si annidava il problema e come si era tentato di risolverlo. «Congress has collected substantial evidence that the American public and the medical community find the existing patchwork of State and Federal laws to be confusing and inadequate to protect them from discrimination. Therefore Federal legislation establishing a national and uniform basic standard is necessary to fully protect the public from discrimination and allay their concerns about the potential for discrimination, thereby allowing individuals to take advantage of genetic testing, technologies, research, and new therapies»⁵³.

Questa legge ha il merito di aver chiarito alcuni passaggi critici proponendo definizioni uniformi⁵⁴, comuni e indicative per la legislazione dei singoli Stati, promuovendo uno standard di tutela omogeneo contro le discriminazioni⁵⁵ in ambito lavorativo e medico-assicurativo. L'analisi di quanto previsto in quella sede porta a soffermarsi su tre diversi aspetti, relativi al tenore di tali definizioni, al tipo di tutela approntata e all'ambito di applicazione.

Quanto alla nozione di "informazione genetica" e di "test genetico", l'intervento del Congresso ha permesso di definire in modo più puntuale i contenuti. Nonostante, infatti, nel testo si trovino soluzioni che differiscono le une dalle altre in funzione dell'ambito cui fanno riferimento⁵⁶, il perimetro segnato nei diversi richiami aiuta ad orientare l'interpretazione delle diverse norme che si sono susseguite, secondo un criterio più unitario⁵⁷. In particolare, quanto al concetto di "informazione genetica", la legge sembra propendere per la tesi dell'eccezionalismo⁵⁸, includendo nel novero dei dati rilevanti ogni referto relativo al patrimonio genetico dell'individuo, i test genetici dei familiari, nonché la documentazione di malattie o disordini ereditari di persone biologicamente

http://biotech.law.lsu.edu/crs/RL30006_20080310.pdf, visitato il 24.4.2016). Il lungo *iter* legislativo, secondo alcuni, ha condizionato l'impostazione e i contenuti della legge, enfatizzando il determinismo genetico su cui si era cominciato a riflettere proprio agli inizi degli anni Novanta (R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.).

⁵¹ *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, Pub.L.110-233, 42 USC 2000f. Per un approfondimento si rimanda a N.L. JONES, A.K. SARATA, *The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA)*, Congressional Research Service, Biblioteca del Congresso, 9 luglio 2008 (su <http://www.llsdc.org/assets/sourcebook/crs-rl34584.pdf>, visitato il 24.4.2016).

⁵² Fu con queste parole che il Sen. Ted Kennedy – uno dei principali promotori del GINA – accolse l'approvazione di questa legge, il 21 maggio 2008. Per un approfondimento sulla portata politica e legislativa di questa legge, si rimanda a On. L. SLAUGHTER, *Genetic Information Non-discrimination Act*, in *Harv. J. on Legis.*, n. 50, 2013.

⁵³ 42 USC 2000ff note, §2 (5).

⁵⁴ La legge, infatti, ha contribuito a fare chiarezza sui contenuti giuridici delle definizioni e, in generale, sulla struttura del sistema di tutele.

⁵⁵ L. SLAUGHTER, *Genetic Information Non-discrimination Act*, cit.

⁵⁶ Confrontando le definizioni proposte nel Titolo I e nel Titolo II, infatti, si deve constatare che mentre i profili generali si equivalgono, vi sono poi delle differenze con riferimento alle eccezioni che non permettono una perfetta sovrapposizione dei concetti espressi.

⁵⁷ P.W. PAYNE, et al., *Health Insurance and the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008: Implication for Public Health policy and Practice*, in *Public Health Rep.*, v. 124, 2009.

⁵⁸ M.A. ROTHSTEIN, *Is GINA worth the wait?*, in *J. Law Med. Ethics*, n. 31, 2008; R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.

legate al soggetto interessato⁵⁹.

Con riferimento alle tutele, poi, sono stati previsti specifici rimedi contro le discriminazioni, lasciando apparentemente in secondo piano le questioni legate alla *privacy*⁶⁰. A differenza delle normative intervenute in precedenza sul tema delle pari opportunità, tuttavia, il GINA presenta dei tratti originali.

Nella parte introduttiva all'articolato, leggendo gli argomenti a sostegno di un intervento federale, si trovano dei riferimenti che potrebbero sembrare generici⁶¹. A differenza di quanto normalmente accade, non si trova una lunga lista di precedenti che per la loro complessità hanno messo alla prova il precedente assetto normativo⁶². Sono menzionati, invece, fatti storici (anche risalenti), in cui – ipotizzando la natura ereditaria di determinate patologie – si era intervenuti in modo drastico, promuovendo delle politiche discriminatorie a discapito di determinate categorie di soggetti⁶³.

Una simile prospettazione mette in luce due profili, l'uno relativo alla percezione del problema, l'altro, all'elaborazione della soluzione. La disciplina, infatti, tende a riconoscere una serie di diritti individuali, legati principalmente all'esigenza di garantire un equo trattamento, con riferimento alle discriminazioni che possono penalizzare il singolo in ragione del suo patrimonio genetico. Tuttavia, per giustificare il proprio intervento, il legislatore richiama fatti che hanno coinvolto intere categorie di persone, incorrendo apparentemente in un salto logico, con cui si passa dal piano collettivo a

⁵⁹ *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, 42 USC 2000ff, Publ. L. 110-233, §101 (d)(6)(A); § 102 (a)(4)(16)(A); §103 (d)(7)(A); §104 (b)(3)(B); §201 (4)(A).

⁶⁰ Leggendo il testo, si coglie come – evidentemente – il *focus* sia concentrato sui divieti necessari a prevenire l'uso discriminatorio dei test e delle informazioni. Tuttavia, in entrambi i Titoli si trovano dei riferimenti relativi alla gestione dei dati, prevedendo specifici richiami alla tutela della *privacy*, così come prevista in altre sedi (§§ 105; 206). In dottrina, qualche spunto in P.W. PAYNE, et al., *Health Insurance and the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, cit.; C. ERWIN, *Legal update: living with the Genetic Information Nondiscrimination Act*, in *Genet. Med.*, v. 10, n. 12, 2008.

⁶¹ M.A. ROTHSTEIN, *Putting the Genetic Information Nondiscrimination Act in Context*, in *Genet. Med.*, n. 10, 2008; R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.; E.A. FELDMAN, *The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA): Public Policy and Medical Practice in the Age of Personalized Medicine*, in *J. Gen. Intern. Med.*, n. 27, 2011.

⁶² La dottrina, ricostruendo il quadro normativo antecedente l'entrata in vigore del GINA, ha osservato come, in altre sedi, erano state previste tutele che – quanto meno in astratto – sarebbero state idonee a garantire la tutela contro le discriminazioni genetiche anche a livello federale. Le leggi di riferimento, a tal proposito, sono l'*Health Insurance Portability and Accountability Act* del 1996 con riferimento all'ambito assicurativo-sanitario; l'*American with Disabilities Act* del 1990 per quanto, invece, riguarda l'ambito lavorativo. Con riferimento al primo, tuttavia, si erano constatate delle lacune, restando esclusi dall'ambito di applicazione dell'HIPAA quanti dovevano procedere alla sottoscrizione individuale della polizza (rientrando nelle previsioni dell'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974). Quanto al secondo, l'*EEOC* nel 1995 aveva proposto delle linee guida (non vincolanti) con cui si suggeriva una lettura estensiva dell'ADA atta a prevenire proprio le discriminazioni genetiche; tuttavia, a questa seguivano numerose pronunce della Corte Suprema con cui si ribadiva - al contrario - un'applicazione restrittiva di quella stessa legge, escludendo quindi si potesse ammettere un'eccezione con riferimento alle "disabilità" genetiche ancora asintomatiche. Qualche accenno in M.A. ROTHSTEIN, *Is GINA worth the wait?*, cit.

⁶³ Sono richiamati episodi di sterilizzazione "di massa" delle persone affette da quelli che inizialmente sembravano delle anomalie genetiche (ad esempio i ritardi e le malattie mentali, l'epilessia, la cecità o la sordità) o i fenomeni di discriminazione a discapito della popolazione Afro-americana quando fu scoperta una maggior predisposizione ereditaria di questa etnia all'anemia falciforme. Unica vicenda giudiziaria citata è quella legata al caso *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Lab* (v. nota 43).

quello individuale senza documentare un collegamento evidente. Alcuni hanno interpretato questo approccio come una più matura percezione delle dinamiche legate ai fenomeni discriminatori e questo sembrerebbe aver inevitabilmente inciso sul tipo di tutela approntata. In modo anche creativo, si è ipotizzato quindi che il GINA possa rappresentare una legge preventiva⁶⁴ contro le discriminazioni, con cui il legislatore, forte delle esperienze passate, ha deciso di intervenire *ex ante*, senza relegare il diritto ad una mera funzione rimediale. Una simile ipotesi, tuttavia, merita qualche ulteriore riflessione, cui sarà destinato il paragrafo successivo.

Completando, invece, la breve panoramica sui contenuti di questa legge, rimane da considerare l'ambito di applicazione. Ancora una volta – al contrario di quanto ci si sarebbe attesi da un atto che mirava a disciplinare una questione così “liquida” e in rapida evoluzione⁶⁵ – quest'intervento normativo si concentra soltanto su due specifici settori: quello dei rapporti di lavoro e quello delle assicurazioni sanitarie. Senz'altro predisporre tutele rafforzate con riferimento a queste materie risponde ad una primaria ed ultima esigenza di giustizia, soprattutto in un ordinamento in cui la tutela del lavoro e l'accesso alle prestazioni mediche non sono inclusi nel novero dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti⁶⁶.

Tuttavia, l'attenzione riservata a questi due soli aspetti, aveva lasciato senza protezione situazioni altrettanto delicate, anch'esse condizionate dall'avvento della medicina genetica⁶⁷. Le assicurazioni sulla vita, i piani per la copertura delle spese mediche in caso di lungodegenza o le forme previdenziali per le invalidità civili o del lavoro – seguendo il ragionamento fatto per le assicurazioni sanitarie – rappresentano settori in cui, qualora fosse dimostrata una predisposizione ereditaria a determinate malattie, potrebbero trovare spazio politiche discriminatorie non diverse da quelle che la legge si propone di evitare⁶⁸. Rimangono, quindi, delle perplessità con riferimento a questa scelta, apparentemente contraria agli intenti dichiarati⁶⁹.

Queste poche considerazioni sembrano offrire, in qualche modo, una conferma fattuale alle criticità riscontrate nei paragrafi introduttivi, con riferimento al rapporto tra la ricerca scientifica – e le

⁶⁴ J.L. ROBERTS, *Preempting Discrimination: Lesson from the Genetic Information Nondiscrimination Act*, in *Vand. L. Rev.*, n. 63, 2010.

⁶⁵ K.L. HUDSON, et al., *Keeping pace with the times - The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, in *New Eng. Med. J.*, n. 358, 2008.

⁶⁶ Negli Stati Uniti il diritto alla salute e il diritto al lavoro non trovano un esplicito riconoscimento costituzionale. E non si tratta certo di un'eccezione. Se con riferimento all'ambito sanitario si stanno registrando importanti passi avanti – con il riconoscimento di particolari garanzie da parte di molti Paesi (rif. J. HEYMANN, ET AL., *Constitutional Rights to Health, Public Health and Medical Care: The Status of Health Protection in 191 Countries*, in *Glob. Public Health*, n. 8(6), 2013) – il diritto al lavoro e le relative garanzie non trovano particolare riscontro, se non in pochi isolati casi.

⁶⁷ R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.

⁶⁸ M.A. ROTHSTEIN, *Putting the Genetic Information Nondiscrimination Act in Context*, cit.; R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.; K.L. HUDSON, et al., *Keeping pace with the times*, cit.; P.W. PAYNE, et al., *Health Insurance and the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, cit.

⁶⁹ In tal senso, a seguito della promulgazione del GINA, alcuni Stati sono nuovamente intervenuti in quest'ambito, integrando la legislazione federale con delle normative di più ampia portata, inclusive di quelle fattispecie che non avevano trovato spazio nel testo del 2008. A titolo di esempio, si richiamano, in particolare, il *CalGINA - California Genetic Information Nondiscrimination Act* del 2011 e il *Massachusetts Genetic Bill of Rights* dello stesso anno; interventi entrambi giustificati dall'esigenza di colmare alcune delle lacune sopra menzionate.

scienze, in generale – e il diritto. Il rapporto tra ordinamenti diversi dimostra l'urgenza di armonizzare le diverse discipline, ridefinendo i concetti e le categorie che costituiscono gli elementi chiave del ragionamento. A motivo di quanto constatato, quindi, conviene spostare l'attenzione su alcune riflessioni sistematiche, relative ai criteri con cui affrontare le questioni accennate.

7. La revisione di categorie e concetti. Alcuni spunti sulla tutela contro le discriminazioni

Si può trarre qualche utile spunto cominciando a ragionare su come il progresso scientifico – ed ora anche tecnologico – contribuisca a ridefinire il valore e i contenuti di determinati diritti, consolidati nella loro connotazione e posti al centro della tradizione giuridica occidentale .

L'analisi del GINA, a questi fini, ha introdotto un'ipotesi interessante. Per favorire la familiarizzazione con delle tecniche nuove, si è ipotizzato un intervento preventivo, con l'intento di limitare ex ante le conseguenze negative che potrebbero derivare da un loro eventuale abuso .

Questa soluzione potrebbe raccogliere consensi, dal momento che contribuirebbe ad affrancare il diritto da un ruolo meramente rimediabile. Tuttavia, non si possono trascurare le esternalità correlate ad una simile supposizione, non ultimo il fatto di imporre limiti e prescrizioni all'impiego di nuove tecniche, influenzandone indirettamente gli sviluppi. Conviene allora riflettere su come questi fenomeni impattano sulla tradizionale conformazione dei diritti considerati, cogliendone meglio le criticità.

Seguendo un filo logico che riprende quanto già accennato con riferimento alla struttura del GINA, è utile cominciare ad analizzare le tutele contro le discriminazioni. La legislazione statunitense – per restare ancorati al contesto su cui finora si è ragionato – ha conosciuto in quest'ambito il susseguirsi di diversi interventi normativi, soprattutto nel secolo scorso, in seguito alle grandi campagne per i diritti civili e le pari opportunità .

Ricostruendo il quadro d'insieme, nell'evolversi dell'esperienza legislativa si osservano alcuni elementi comuni. Ad esempio, nella maggior parte dei casi le tutele contro le discriminazioni nascono con riferimento ad una condizione soggettiva che l'individuo condivide con una determinata categoria di persone, le quali, proprio in ragione di tale appartenenza, subiscono un trattamento peggiore rispetto ad altri soggetti . O, ancora, si osserva come l'opera del legislatore sia intervenuta a seguito di una lunga serie di casi, omogenei nei loro contenuti essenziali. Poiché non si era in grado di elaborare una risposta univoca in giurisprudenza, questi fatti arrivavano all'attenzione della Corte Suprema o del Congresso, sull'onda di forti pressioni politiche o mediatiche, chiedendo una risoluzione che rispecchiasse l'evolversi della coscienza sociale . Nonostante, quindi, la legislazione statunitense, secondo l'impostazione liberale, abbia sempre inteso il principio di eguaglianza e il diritto ad un equo trattamento in chiave individualistica, in molti casi non si è potuto prescindere da un riconoscimento legislativo a favore di specifici gruppi di persone. L'intervento delle Corti o del Congresso aveva contribuito a riqualificare il valore di determinati elementi nei processi decisionali, stabilendo quali non potessero più costituire motivo di discrimen . Si trattava, allora, di una correzione di una condotta volontaria, basata su dati immediati, prontamente apprezzabili.

Lo scenario così descritto è ben diverso da quanto ci si è trovati ad osservare per le discriminazioni genetiche. Innanzitutto, in quest'ambito specifico, è difficile individuare una vera e propria categoria

poiché l'elemento fondante l'eventuale pregiudizio non è di per sé evidente come potrebbero essere l'etnia o il genere. Il presupposto consisterebbe, invece, nell'accertamento di una predisposizione ereditaria ad una determinata patologia, e questa condizione, – sebbene ancora asintomatica – qualora resa nota in alcuni contesti, potrebbe determinare delle conseguenze negative. Se, quindi, istintivamente si percepisce in modo immediato l'iniustizia del trattamento – soprattutto di fronte a malattie che potrebbero non manifestarsi mai concretamente – non è facile trovare una perfetta aderenza tra il caso concreto e le peculiarità della fattispecie astratta. E sono proprio queste caratteristiche – tipiche delle nuove discriminazioni – a dover far riflettere.

È necessario osservare la situazione con più attenzione. È la condizione genetica tout court o sono invece le conseguenze – lo sviluppo della patologia e il conseguente stato di handicap che da questa potrebbero derivare – ad essere oggetto di stigmatizzazione? Una simile domanda evidenzia le criticità già riscontrate in sede di qualificazione.

L'enfasi posta sulla particolare natura delle informazioni genetiche rispetto agli altri dati medici ha incoraggiato un "eccezionalismo" delle tutele, che sul piano operativo rischia effettivamente di dar luogo a delle ambiguità. Definire sul piano giuridico una nuova causa di discriminazione implica, infatti, l'insufficienza delle garanzie già predisposte in generale. La specificazione, tuttavia, restringe il campo operativo – lo parcellizza – comportando implicitamente il rischio che alcune situazioni "intermedie" rimangano nel limbo, trascurate nell'una e nell'altra sede. Questo, tuttavia, è uno scenario ben diverso da quello che si è venuto a rappresentare dopo la promulgazione del GINA. Da un lato, infatti, la riforma sanitaria del 2010 – il Patient Protection and Affordable Care Act – ampliando le basi della copertura assicurativa ha escluso l'utilizzo delle informazioni genetiche ai fini della sottoscrizione delle polizze, riportando apparentemente la questione nell'alveo della tutela della privacy. Dall'altro, invece, l'attuazione della legge in ambito laburistico non sembra aver supplito particolari carenze del sistema, anzi. Gli ultimi dati mostrano come siano ancora pochi i casi di vera e propria discriminazione genetica sottoposti all'attenzione del EEOC e – a differenza di quanto ci sarebbe potuti aspettare – accade molto spesso che questi fatti vengano introdotti attraverso dei ricorsi subordinati alle querele proposte sulla base dell'Americans with Disabilities Act del 1990, una legge che garantisce – appunto – una più vasta gamma di tutele.

Non solo. Indagini recenti hanno mostrato come nella maggior parte dei casi, i cittadini americani non siano nemmeno al corrente del fatto che esistano delle garanzie contro questo tipo di pregiudizi. Ed ugualmente, una volta edotti sull'esistenza del GINA e della disciplina introdotta da questa legge, non sono sembrati rassicurati da quanto appreso. L'enfasi posta sulle conseguenze negative che – potenzialmente – potrebbero derivare dal fatto di essersi semplicemente sottoposti ad un test genetico, in alcuni casi, ha dissuaso molti dal partecipare a nuovi programmi di ricerca. Paradossalmente, quanti potrebbero trarre beneficio dai prossimi studi relativi al valore predittivo delle informazioni genetiche, alle correlazioni tra determinate anomalie e l'insorgere di alcune patologie, o all'incidenza dei fattori ambientali e personali sulle mutazioni del genoma, avvertendo la possibilità di un pregiudizio vi si sottraggono, rallentando il progresso di quelle conoscenze necessarie a una miglior comprensione del fenomeno.

Non si può dire che le criticità evidenziate segnino il fallimento dell'intervento legislativo ma è evidente come un ambito di studi così recente richiederà una riflessione attenta e continua su questi

temi, proprio in ragione delle questioni che emergono nel confronto con le categorie tradizionali.

8. La complementarità della privacy. A quali condizioni?

Il GINA, pur qualificandosi come legge contro le discriminazioni, non ha trascurato il tema della *privacy*, che tuttavia traspare solo tra le righe sullo sfondo.

Con riferimento al trattamento delle informazioni genetiche, il legislatore sembra fare una scelta diversa da quanto in precedenza osservato. Nonostante l'impostazione eccezionalista, per quanto riguarda la gestione dei dati sembra esserci un'equiparazione tra questi referti e gli altri esami medici⁷⁰: un apparente ritorno alla *normalità*. Vengono posti particolari accorgimenti circa l'utilizzo e la divulgazione dei risultati dei test, ponendo particolari limiti di "pertinenza" alla loro somministrazione.

Il fatto che alla *privacy* siano stati dedicati solo pochi cenni trova diverse giustificazioni⁷¹ e, tuttavia, la disciplina allora predisposta pone le basi per degli ulteriori rilievi, cogliendo le problematiche legate a tre passaggi tanto elementari quanto cruciali: chi può ottenere i dati, come li deve amministrare e in che modo ne può disporre.

A ben pensarci, l'insorgere delle condotte discriminatorie nasce proprio da lì⁷². La raccolta, l'utilizzo, la condivisione delle informazioni sono elementi che caratterizzano qualsiasi processo decisionale. Specificare, quindi, le modalità e i limiti per un l'impiego dei dati potrebbe essere un utile indirizzo per affrontare meglio le diverse questioni⁷³.

I cenni fatti con riferimento alla genetica, possono aprire una più ampia discussione sul concetto di *privacy*. È evidente come questo diritto – che trova la proprio *ratio* nel pensiero liberale – si sia gradualmente evoluto nel tempo e nello spazio⁷⁴. Il concetto di riservatezza, la percezione di una

⁷⁰ Sotto il profilo della gestione delle informazioni, infatti, vengono richiamate le norme previste nell'*HIPAA Privacy Rule*, per quanto relativo alle assicurazioni sanitarie (§105) e la disciplina dell'ADA per i referti medici in ambito lavoristico (§206).

⁷¹ A.E.R. PRINCE, *Comprehensive Protection of Genetic Information*, cit. L'autrice, oltre ad approfondire le diverse ipotesi per la tutela delle informazioni genetiche - secondo i modelli della *property* o del *copyright* - affronta le problematiche relative alla configurazione di un limite all'accesso alle informazioni genetiche, soprattutto con riferimento alla condivisione dei dati nei diversi progetti di ricerca (in questo senso, si veda anche N. RAM, *DNA by the Entirety*, cit.). Queste perplessità erano emerse anche all'inizio, negli anni Novanta, riflettendo sulla *privacy* medica e genetica. Si rimanda a M.A. ROTHSTEIN, *Medical Privacy - An Oxymoron?*, in *Newsday*, 15 marzo 1999 e a G.J. ANNAS, *Privacy Rules for DNA Databanks - Protecting Coded "Future Diaries"*, in *JAMA*, n. 270, 1993; G.J. ANNAS, ET AL., *Drafting Genetic Privacy Act: Science, Policy, and Practical Consideration*, in *J. Law Med. Ethics*, n. 23 1995; G.J. ANNAS, *Genetic Privacy: There Ought to Be a Law*, in *Tex. Rev. L. & Pol.*, n. 4, 1999.

⁷² Per una più ampia disamina sul rapporto tra tutela della *privacy* e leggi contro le discriminazioni di rinvia a J.L. ROBERTS, *Protecting Privacy to Prevent Discrimination*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, n. 56, 2015.

⁷³ La *privacy* genetica si configura, infatti, come *informational privacy*. Si veda, in merito, A.L. ALLEN, *Genetic Privacy: Emerging Concepts and Values*, cit.

⁷⁴ *Ex multis*, dalle prime riflessioni in S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harv. L. Rev.*, v. IV, n. 5, 1890, ai successivi sviluppi in R.A. POSNER, *The Right of Privacy*, in *Ga. L. Rev.*, n. 12, 1977; J. RUBENFELD, *The Right of Privacy*, in *Yale Faculty Scholarship Series*, Paper 1569, 1989; L. STRAHILEVITZ, *Toward a Positive Theory of Privacy Law*, in *Univ. Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 421, 2013. In chiave comparatistica, L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *Diritti Comparati*, 4 dicembre 2014 (su

sfera privata e inviolabile che l'individuo ha il diritto di sottrarre all'attenzione e al controllo degli altri – siano questi lo Stato o chicchessia –, riguardano una determinata percezione della vita e della persona, di ciò che sul piano del diritto si considera pubblico e privato.

La giurisprudenza recente⁷⁵ – con riferimento ad altri contesti⁷⁶ – ha mostrato come la connotazione culturale di questo diritto porti ad intenderne i contenuti anche in modo molto diverso. Ciò nonostante, il fondamento di quanto comunemente viene ricondotto all'idea di *privacy* è fortemente legato ai concetti di autonomia ed autodeterminazione⁷⁷: si torna, infatti, non solo alla libertà di escludere e di allontanare gli altri dalla propria dimensione personale – fisica e morale – ma anche di disporre delle informazioni relative alla propria situazione.

Ovviamente, per garantire al soggetto un effettivo controllo su quanto lo riguarda è necessario che questo sia consapevole di ciò che fa; questo implica, quindi, una fase di precomprensione che si pone ben prima della formulazione di un consenso o della presa di decisione.

Proprio con riferimento alla *privacy* genetica, è necessario che la persona interessata capisca bene queste dinamiche: banalmente, questi deve aver chiaro in che cosa si concreta il concetto di “dato genetico”; come queste informazioni possono essere prodotte ed elaborate; cosa implica la loro diffusione e che poteri ha di disporne, inibendone eventualmente la divulgazione a terzi⁷⁸. Nel caso delle informazioni genetiche, quindi, si tratterebbe di rendere edotto il soggetto sulla natura dei dati su cui ci si accinge a lavorare, sul tipo di procedure che possono essere eseguite, sulle conseguenze che possono seguirne sul piano personale e relazionale, nonché sui soggetti che possono accedere ai dati e sulle condizioni alle quali ciò può avvenire⁷⁹.

<http://www.diritticomparati.it/2014/12/profili-storico-comparativi-del-diritto-alla-privacy.html>, visitato il 4.4.2016).

⁷⁵ Un utile richiamo al caso *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner* (causa C-362/2014) sottoposta dalla *High Court of Ireland* alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e decisa lo scorso 6 ottobre 2015. In quell'occasione la CGUE ha preso posizione circa il diritto dei cittadini comunitari a vedersi riconosciuto, all'interno dell'Unione così come in altri Stati terzi, uno *standard* di protezione adeguato a quanto previsto dalla normativa comunitaria, nonché di poter interloquire con le Autorità garanti qualora ritenga che tale diritti siano stati, nei fatti, violati. Tutto questo a riprova del fatto che - nonostante le diverse concezioni giuridiche e culturali del concetto di *privacy* - la globalizzazione del mercato e della gestione dei dati sta portando un confronto sempre più stringente sull'effettiva tenuta delle tradizionali categorie dogmatiche, elaborando nuovi parametri.

⁷⁶ Il caso Schrems, infatti, ha proposto una riflessione relativa ai dati personali che gli utenti dei *social networks* - nel caso, *Facebook* - condividono attraverso la rete, nonché il trasferimento dei medesimi in Paesi diversi da quello di residenza (in merito, si veda V.Z. ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Dir. Inf.*, fs. 4-5, 2015). Questa dinamica, seppur in modo diverso, interessa anche il trattamento dei dati genetici. Soprattutto con l'avvento dei test genetici al consumatore - che spesso sono venduti online - il luogo di residenza del soggetto interessato e la sede dei laboratori o delle società che offrono questi esami non coincidono, ponendo problemi analoghi a quelli considerati poc'anzi.

⁷⁷ N. RAM, *DNA by the Entirety*, cit.; J.L. ROBERTS, *Protecting Privacy to Prevent Discrimination*, cit.;

⁷⁸ L.B. ANDREWS, A.S. JAEGER, *Confidentiality of Genetic Information in the Workplace*, *Am. J.L. & Med.*, n. 17, 1991; K. ROTHENBURG, ET AL., *Genetic Information and the Workplace: Legislative Approaches and Policy Challenges*, cit. Da ultimo – con un tesi che va ben al di là del mero concetto di *privacy* – N. RAM, *DNA by the Entirety*, cit.

⁷⁹ S. PASCAL, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: A Comprehensive View*, cit.; N. KING, ET AL., *Workplace privacy and discrimination issues related to genetic data: a comparative law study of the European Union and the Unit-*

La questione, in questo senso, non può essere circoscritta ai soli ambiti considerati dal GINA. I progressi della ricerca genetica permettono oggi analisi molto dettagliate, cui i pazienti e gli utenti possono accedere con sempre maggior facilità. Gli studi in questo campo, per altro, richiedono una grande quantità di dati e spesso la mancanza di riferimenti normativi *ad hoc* comporta il ricorso a degli *escamotage* poco trasparenti⁸⁰. Se, quindi, molto spesso la condizione per accedere alle grandi banche dati è l'“anonimizzazione”⁸¹ dei contenuti utilizzati, il perfezionamento delle tecniche oggi permette comunque di risalire facilmente all'interessato, nonostante l'utilizzo dei protocolli di oscuramento⁸².

Dal momento che una simile eventualità è causa di grande preoccupazione tra quanti sono invitati a partecipare ai diversi programmi di ricerca⁸³, anche il Congresso, in tempi molto recenti, è tornato ad occuparsi della questione. Per evitare un rallentamento degli studi in questo campo o (peggio) il ricorso a metodi poco ortodossi, lo scorso 5 aprile 2016 è stato introdotto un disegno di legge per un nuovo *Genetic Research Privacy Protection Act*⁸⁴. È senz'altro presto per dire quali sviluppi potrebbe avere questa proposta. Tuttavia – sotto il profilo culturale – il fatto che si stia cominciando a ragionare in questi termini documenta un piccolo, importante cambiamento: se, infatti, il primo obiettivo è quello di garantire il progresso della ricerca in questi ambiti⁸⁵ (e gli interessi economici legati a questi studi), l'inizio di una più ampia riflessione – sulle premesse oltre che sugli effetti – è senz'altro un punto di partenza per una miglior comprensione dei cambiamenti che si stanno già affrontando.

Considerata la complessità dell'argomento e il tecnicismo che può caratterizzare alcuni punti specifici, è chiaro che intraprendere una strada così – tesa ad una gestione più trasparente e consapevole delle informazioni genetiche – richiede degli sforzi importanti da parte di quanti operano nel settore. Tuttavia, procedendo in questo modo, si può garantire una migliore comprensione non solo della situazione concreta – legata al singolo caso – ma anche delle dinamiche più ampie in cui questa si inserisce, favorendo una “familiarizzazione” più consapevole con le nuove tecniche⁸⁶: un accreditamento sociale della scienza⁸⁷. Così facendo, indirettamente, viene

ed States, in *Am. Business Law J.*, n. 43, 2006; C. ERWIN, *Legal update: living with the Genetic Information Non-discrimination Act*, cit.

⁸⁰ E. WRIGHT CLAYTON, *Incidental Findings in Genetic Research Using Archived DNA*, in *J.L. Med. & Ethics*, n. 36, 2008. In giurisprudenza, il celebre caso *Moore c. Regents of the Univ. of California* (793 P.2d 479, Cal. 1990). La legislazione americana, infatti, prevede che i dati raccolti per fini di ricerca possano essere impiegati soltanto per gli studi per cui è stato prestato un esplicito consenso.

⁸¹ La legge (*Code of Federal Regulations*) prevede, infatti, che possano essere utilizzati i dati sanitari di un soggetto senza il suo consenso solo quando non sia più riconducibili al medesimo (45 C.F.R. § 164.514(b)(2)(1) circa i requisiti per l'anonimizzazione). Inoltre, molto spesso, le *privacy policies* di molte società che offrono test genetici al consumatore, prevedono la possibilità di condividere le informazioni raccolte con enti terzi, alle condizioni di cui si è detto.

⁸² A.L. MCGUIRE, R.A. GIBBS, *No Longer De-Identified*, in *Science*, n. 312, 2006.

⁸³ N. RAM, *DNA by the Entirety*, cit.; R.C. GREEN, ET AL., *GINA, Genetic Discrimination, and Genomic Medicine*, cit.

⁸⁴ *Genetic Research Privacy Protection Act*, S.2744 - 114th Congress (2015-2016), 5 aprile 2016 (su [https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2744/text visto il 25.4.2016](https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2744/text/visto%20il%2025.4.2016)).

⁸⁵ Sono le stesse premesse considerate dal GINA, come facilmente si evince dai *Findings* e in molta della letteratura citata.

⁸⁶ Ed esempio come suggerito in S. PASCAL, *Direct-to-Consumer Genetic Testing: A Comprehensive View*, cit.

incoraggiata un riflessione critica sui passi che si stanno compiendo in questi campi, affrontando le questioni legate alle possibili conseguenze negative senza, per altro, concentrarsi solo su queste. Un approccio che, quindi, potrebbe incidere tanto sul metodo quanto sui contenuti.

9. Conclusioni

Discriminazioni e *privacy* sono solo alcuni dei temi che interessano il diritto nell'ambito della ricerca genetica. Tuttavia, da questa breve analisi si possono cogliere in modo evidente alcune criticità.

Le rapide evoluzioni degli studi legati a questi ambiti hanno evidenziato, innanzitutto, l'insufficienza dalla dimensione statale per disciplinare dei fenomeni che, evidentemente, presentano una connotazione transnazionale. In questo senso – seppur osservato nell'ambito di un sistema federale, culturalmente omogeneo – l'armonizzazione del dato normativo ha permesso di affrontare in modo organico le questioni più stringenti, se non altro sotto il profilo definitorio. Creare un comune intendimento sui contenuti costituisce il primo indispensabile passo per promuovere la comprensione e la regolamentazione delle tecniche scientifiche, nel dialogo anche – e soprattutto – con l'esperienza maturata in altri contesti.

Rimane invece problematica la gestione del tempo: il procedimento legislativo ordinario – soprattutto quando richieda un lungo *iter* per l'approvazione – spesso sembra dimostrarsi inefficace. Come osservato, la lunga gestazione del GINA è stata in parte la causa di alcuni problemi, non da ultimo l'impostazione eccezionalista. Se, da un lato, quindi, è evidente che l'intervento legislativo in questo caso ha intercettato delle questioni di cruciale importanza, dall'altro, vi è da chiedersi se lo strumento adoperato risponda o meno in modo efficace agli obiettivi che ci si era prefissi. Di fronte a fenomeni così dinamici, infatti, una volta chiariti i principi fondanti – anche utilizzando una fonte "rigida" – si dovrebbe ricorrere a delle normative più agili e flessibili.

Quanto al significato e all'utilizzo dei test e delle informazioni genetiche, guardando ai progressi fatti in così pochi anni, non è facile dare delle risposte. E forse non è nemmeno necessario, quanto meno non in via definitiva. La genetica – così come molte altre discipline – è una scienza "giovane" e il potenziale delle scoperte in questo campo dovrà essere valutato nel tempo.

Le questioni affrontate inducono alla cautela: se, infatti, sono evidenti i risvolti positivi di queste nuove tecniche, non si può trascurare il fatto che un loro abuso potrebbe avere delle conseguenze preoccupanti, non solo sul singolo ma sull'intera società. Chiarire queste premesse costituisce senz'altro un inizio, per poi elaborare le strategie più opportune per promuovere un utilizzo consapevole di quanto di positivo la genetica avrà da offrire.

In questo senso, gli sviluppi della legislazione americana forniscono un'utile ipotesi di lavoro. Osservando gli sviluppi della ricerca in questo campo, il rischio che dagli esiti dei test e dalle informazioni ottenute potessero derivare delle pratiche discriminatorie ha costituito il presupposto per l'intervento del legislatore federale. Per garantire il proseguimento di questi studi, infatti, si rendeva necessaria una normativa uniforme, capace di superare le divergenze che si erano create tra le diverse discipline attuate dai singoli Stati. Il Congresso, tuttavia, analizzando e comparando le

⁸⁷ S. JASANOFF, *Le intersezioni tra scienza e diritto*, in Id., (a cura di M. Talacchini), *La scienza davanti ai giudici – La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001.

diverse soluzioni adottate a livello locale, ha colto l'occasione per ampliare la riflessione, favorendo una rielaborazione in chiave preventiva delle tradizionali tutele contro questo tipo di pregiudizi.

Da allora, le tecniche d'analisi e sequenziamento del genoma sono ulteriormente migliorate, facendo emergere nuove questioni, legate soprattutto alla protezione dei dati genetici e della *privacy* dei soggetti coinvolti. E ancora una volta, attingendo dalla riflessione maturata negli anni dai diversi membri della federazione, si stanno elaborando nuove norme, per rispondere alle questioni avvertite con maggiore urgenza, ridefinendo i contenuti di diritti consolidati.

Questa esperienza offre, quindi, due spunti: l'uno, sotto il profilo metodologico; l'altro, contenutistico. La comparazione e l'analisi delle soluzioni adottate sul piano locale, infatti, hanno favorito una riflessione più ampia a livello centrale e hanno contribuito ad una rielaborazione di quei principi giuridici, necessari per far fronte alle nuove esigenze emerse.

Nonostante l'analisi si sia concentrata sull'esperienza fatta nell'ambito di un ordinamento federale, incoraggiare e promuovere il dialogo tra i diversi ordinamenti – anche a livello internazionale – sembra essere una valida ipotesi. In questo modo, di fronte alle sfide poste dal progresso scientifico, si potranno elaborare dei nuovi principi condivisi, tesi a promuovere la tutela dei diritti fondamentali.

Il diritto e l'autismo: osservazioni alla legge n. 134/2015

Michele Tempesta*

AUTISM AND THE LAW: NOTES THE ITALIAN LAW NR. 134/2015

ABSTRACT: The autism spectrum disorder is very complex and varied; for this reason, it can be stated that each autism is different from the other. Legislation therefore, must protect concrete demands as well as constitutional rights, accepting the challenge of its complexity. Consequently, legislators, judges and the public administration play a crucial role, in particular in terms of inclusion in schools. Recent legislative measures have addressed some of the most problematic aspects, however additions and clarifications are required.

KEYWORDS: Autistic Spectrum Disorder; dignity; legal definition; early diagnosis; school inclusion.

SOMMARIO: 1. La sindrome da spettro autistico: una patologia di complessa definizione. – 2. La cura del soggetto autistico come applicazione ineludibile del principio di dignità *in concreto*. - 3. La legge 18 agosto 2015, n. 134 (Disposizioni in materia di diagnosi, cura e abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico e di assistenza alle famiglie): luci e ombre. – 4. Autismo e inclusione scolastica. - 5. *Brevi (e parzialissime) considerazioni conclusive*.

1. Sindrome da spettro autistico: una patologia di complessa definizione

Uno scritto che intenda affrontare anche solo alcune delle questioni connesse ai profili (bio)giuridici sollecitati dalla sindrome dello spettro autistico, inevitabilmente si espone a un processo di rapida obsolescenza¹. Infatti, sebbene gli studi finora condotti abbiano consentito di migliorare notevolmente le conoscenze sul tema², permangono interrogativi relativi alle cause di questa patologia, nonché alle modalità di diagnosi e di prognosi mediante le quali procedere a interventi, in senso lato, terapeutici.

Come è noto, il disturbo in parola è caratterizzato da un quadro fenomenico estremamente diversificato, che impone la configurazione di un corrispondente e variegato catalogo di sottotipi e la consi-

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Problema nel quale il diritto incorre tutte le volte in cui si confronta con le scienze della vita, come ricorda C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal-Rivista di biodiritto*, n. 1/2014, 1.

² Il primo studio sull'argomento è, con ogni probabilità, quello di L. KANNER, *Autistic Disturbances of Effective Contact*, in *Nervous Child*, 2, 1943, pp. 217-250. «Bisogno di solitudine, bisogno di uniformità. Essere soli in un mondo immutabile»: questi i sintomi essenziali riscontrati da Kanner come comunemente presenti negli undici casi oggetto di studio del suo articolo.

derazione di un complesso reticolo di nessi di comorbilità psichiatriche³. L'individuazione di adeguati metodi di intervento è ulteriormente complicata dal carattere dinamico di una patologia che, con il trascorrere degli anni, secondo lo specifico sviluppo psico-fisico del soggetto, può mutare nel tempo. Così, icasticamente è stato affermato che «l'autismo non è una diagnosi "taglia unica"»⁴ né può essere diagnosticato "in laboratorio", perché il suo riconoscimento è fondato sull'osservazione e sulla valutazione dei comportamenti del soggetto considerato. Non stupisce, di conseguenza, che queste osservazioni possano condurre a risultati variabili, che, in alcuni casi, contribuiscono a rendere la diagnosi «imprecisa e confusiva»⁵.

Tuttavia, la ricerca sul tema ha comunque consentito l'acquisizione di un complesso di conoscenze che costituiscono la base delle raccomandazioni di intervento formulate, ad esempio, dall'Istituto superiore di sanità (ISS)⁶. In primo luogo, infatti, sono questi i dati con i quali dovranno confrontarsi le

³ «La genetica dell'autismo è un enorme ginepraio, un intrico di molte piccole variazioni del codice genetico che controllano lo sviluppo del cervello. Può accadere che una variazione genetica riscontrata in un bambino autistico sia invece assente in un altro», ricorda T. GRANDIN, con R. PANEK, *Il cervello autistico*, Milano, 2014, p. 10; «i dati finora prodotti dalla ricerca hanno evidenziato una forte eterogeneità e complessità nella eziologia genetica», si afferma nel documento redatto dall'Istituto superiore di sanità, *Il trattamento dei disturbi dello spettro autistico nei bambini e negli adolescenti. Linea guida 21*, ottobre 2011, p. 14.

⁴ T. GRANDIN, *op. cit.*, p. 127. I criteri diagnostici per l'identificazione dell'autismo, che hanno caratterizzato la sua complessa storia, non sono rimasti costanti nel tempo, ma hanno conosciuto mutamenti e modificazioni, rispondenti a profonde modificazioni di carattere metodologico, registrati nelle diverse edizioni del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (meglio noto come DMS). La prima fase degli studi sul tema ha visto prevalere l'approccio psicanalitico su quello biologico (con le gravissime conseguenze provocate, per esempio, dalla individuazione della terribile figura della "mamma frigorifero" di Bruno Bettelheim). Solo a partire dagli anni Settanta, i ricercatori hanno incominciato a concentrarsi sugli effetti di questa sindrome, cercando di classificarne i sintomi in modo sistematico. In particolare, a partire dal DSM-III, pubblicato nel 1980, l'autismo infantile è stato inserito in una categoria più ampia denominata «Disturbi pervasivi dello sviluppo» (PDD – *Pervasive Developmental Disorders*). Questo documento individuava ben sei criteri al verificarsi dei quali si riteneva di poter affermare di essere in presenza di un caso di autismo. Si è trattato di un passo decisivo - in senso "documentale" - nel senso dell'allontanamento dalla spiegazione psicanalitica. Tuttavia, il carattere provvisorio delle conoscenze fin ad allora acquisite si manifestò già nel passaggio dal DSM-III al DSM-III-R del 1987. Oltre al cambiamento del nome della diagnosi (da «autismo infantile» a «disturbo autistico»), la revisione del DSM-III portò il numero dei criteri diagnostici da sei a sedici. Di conseguenza - è questo un problema sul quale si ritornerà - l'aumentare della minuziosità dei criteri individuati e inseriti produsse una moltiplicazione delle diagnosi di autismo. Non solo. Con l'aggiornamento del 1987 fa la sua comparsa una "nuova" diagnosi: quella dei «Disturbi pervasivi dello sviluppo non altrimenti specificati» (PDD-NOS: *Pervasive Developmental Disorders Not Otherwise Specified*). Si trattava di una diagnosi fondata sulla macrocategoria dei «Disturbi pervasivi dello sviluppo atipici» (*Atypical Pervasive Developmental Disorders*), comprendente casi di autismo dai sintomi "lievi" o "parziali". Solo nel 1994, con il DSM-IV, alla diagnosi di autismo si è aggiunta quella denominata «Disturbo di Asperger». Con questa importante innovazione l'autismo viene inteso compiutamente non come una sindrome definibile in maniera univoca, ma come uno *spettro*. Infatti, con la revisione del 2000 del DSM-IV si incomincerà a parlare ufficialmente di ASD, *Autistic Spectrum Disorders*, «Disturbi dello spettro autistico». Su tutti queste fase, e sulle ragioni della "svolta" degli anni Settanta, cfr. T. GRANDIN, *op. cit.*, pp. 27-29.

⁵ T. GRANDIN, *op. cit.*, p. 19.

⁶ Si precisa che la *Linea Guida 21*, già citata nella nota n. 3, è stata pubblicata nell'ottobre del 2011 ed è in attesa di aggiornamento. In merito alla sua valenza giuridica, si rinvia al paragrafo n. 3.

scelte normative e le soluzioni giurisprudenziali, direttamente o indirettamente riguardanti il tema in commento⁷.

Pertanto, consapevole di queste incertezze, il presente scritto si limita a considerare alcuni profili di interesse costituzionalistico, soffermandosi, in particolare, su alcune delle questioni poste dalla legge n. 134/2015, e sul decisivo tema dell'inserimento scolastico del soggetto autistico. Ciò nella consapevolezza di affrontare un argomento che, per la sua intrinseca complessità e multiforme varietà, non può che sfuggire, in questa sede, a una trattazione anche lontanamente esauriente.

Sebbene la consapevolezza di questo problema non possa ancora dirsi totalmente consolidata e diffusa – elemento che favorirebbe la costruzione di un intervento articolato e sistematico a favore dei soggetti affetti da questo disturbo, e, specialmente nei casi più gravi, a parziale sollievo per le loro famiglie – come dimostrato anche dall'entrata in vigore della legge 18 agosto 2015, n. 134, la sensibilità di istituzioni e opinione pubblica intorno all'*Autistic Spectrum Disorder* (ASD), negli ultimi tempi, è sicuramente cresciuta. Si tratta di un aspetto di rilevante importanza, anche per tentare di ridurre le forti disomogeneità che a livello territoriale si riscontrano rispetto ai profili indicati⁸. Profili di interesse costituzionalistico⁹, che sembrano quasi dettati dalla definizione della patologia, dalla sua caratteristica fondamentale capace di orientarne lo studio in senso giuridico.

Secondo la definizione accolta dall'Istituto superiore di sanità, «l'autismo è una sindrome comportamentale causata da un disordine dello sviluppo, biologicamente determinato, con esordio nei primi tre anni di vita. Le aree interessate da uno sviluppo alterato – prosegue il testo – sono quelle relative alla comunicazione sociale, alla interazione sociale reciproca e al gioco funzionale e simbolico»¹⁰. Quindi, l'ambito delle relazioni sociali, del legame intercorrente tra i diversi individui appare come il *bersaglio*, seppure secondo diversi livelli e modalità, di questo complesso di sintomi. Un *bersaglio* curiosamente coincidente con uno dei pilastri fondamentali del disegno costituzionale: la considerazione dell'individuo non come entità isolata, ma come entità concepibile solo nella molteplicità delle

⁷ Sul carattere *vincolante* dei dati acquisiti dalla letteratura scientifica e medica, tali da assumere, anche in virtù delle sentt. n. 282/2002 e n. 151/2009 della Corte costituzionale, i lineamenti di un *parametro interposto di legittimità costituzionale*, con specifico riferimento al diritto fondamentale alla salute, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. Terza edizione*, Torino, 2012, pp. 175-179. Nello stesso senso, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, p. 112, ove si afferma che «il legislatore deve rapportarsi alle acquisizioni scientifiche, partire da quelle per impostare il suo approccio regolativo, e tener conto di tutto quel complesso di sedimentazioni che vengono da quel mondo “paranormativo”, ma che preme con forza sull'edificio del diritto, che il mondo dei codici deotologici, delle linee guida, delle regole “autoprodotte” della pratica medica». Sullo stesso tema, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, 591-618, spec. pp. 607-609.

⁸ Più in generale, a livello regionale, la tutela delle persone disabili conosce «rilevanti differenziazioni quanto a strutture organizzative, tipologia delle prestazioni, risorse erogate e standard quantitativi e qualitativi», come osserva G. CUZZOLA, *Le politiche regionali sulla disabilità*, p. 106, in E. VIVALDI, *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Bologna, 2012.

⁹ Si deve riconoscere che «le questioni biogiuridiche hanno quasi sempre un tono costituzionale molto alto. Il biodiritto si costruisce intorno a temi come salute, vita, dignità, e a loro volta questi concetti richiamano emozioni, aspettative sociali, speranze», come ricorda A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰ *Linea guida 21*, cit., p. 12.

sue relazioni sociali¹¹. Anche per questa ragione, è necessario prendersi cura del soggetto autistico nella sua dimensione sociale, in tutti i luoghi e in tutte le occasioni in cui possa svilupparsi la sua specifica personalità¹².

Ciò detto, giusto il termine *definizione* sembra difficilmente appropriato – seppur funzionalmente, come è ovvio, necessario - a una realtà che si caratterizza anche per le sue diverse sfumature, corrispondenti a situazioni variegata, a volte solo assimilate dalla somiglianza dei disturbi. Anzi, proprio il carattere “sfuggente” del concetto di autismo rischia di fare dell’interprete un «*prigioniero delle etichette*», talmente preoccupato di trovare la *parola giusta* da perdere di vista la *cosa* che quella parola dovrebbe indicare¹³.

L’espressione “spettro autistico”, proprio per la sua maggiore ampiezza semantica, è ragionevolmente ritenuta più corretta di quella espressa dal solo termine “autismo”. Tale espressione, entrata a far parte della terminologia tecnica ufficialmente a partire dal 1994 – includendo in essa, con il DSM-IV, il disturbo di Asperger – ha conosciuto cambiamenti rilevanti nel corso del tempo. Al punto tale da

¹¹ «L’uomo «visto» dalla nostra Costituzione è l’uomo concepito nei momenti essenziali della sua esperienza, nella concretezza della sua esistenza, per quello che veramente è, vive, opera, realizza sé stesso nella società, nella sua multidimensionalità, materiale e immanente, spirituale e trascendente». Così N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995, p. 66.

¹² Sebbene la socializzazione delle persone autistiche costituisca l’obiettivo da perseguire, molteplici sono gli aspetti della loro specifica condizione che ostano al conseguimento del medesimo. Emblematica, sotto questo aspetto, appare la loro spiccata e diffusa ipersensorialità, problema di cruciale importanza. «Nove su dieci autistici soffrono di uno o più disturbi sensoriali», scrive T. GRANDIN, *op. cit.*, p. 89. Si tratta di disturbi “onnipresenti” nelle persone con autismo, come riferiscono E.J. MARCO ET AL., *Sensory Processing in Autism: A Review of Neurophysiologic Findings*, in *Pediatric Research*, 69, p. 6, parte seconda (maggio 2011), 48R-54R. «In che modo» - si chiede ancora T. GRANDIN, *op. cit.*, p. 90 - «si può promuovere la socializzazione di persone che non tollerano l’ambiente in cui dovrebbero socializzare, che non possono esercitarsi a riconoscere i significati emozionali delle espressioni del volto in contesti sociali, visto che non riescono nemmeno ad entrare in un ristorante?». Per una plausibile suddivisione delle molteplici questioni richiamate in questa nota, distinguendo tra profili di ricerca sensoriale, di iperattività sensoriale e di iporeattività sensoriale, si consideri T. GRANDIN, *op. cit.*, pp. 92-93. Sulla medesima problematica, con particolare riferimento alla possibile confusione che tra le differenti questioni può prodursi, nello stesso testo, cfr. p. 102. Un problema nel problema, al quale in questa sede si può solo accennare, è rappresentato dalla difficoltà con cui queste osservazioni sono condotte. Poiché le ricerche sui disturbi sensoriali sono essenzialmente fondate sulle osservazioni di familiari e ricercatori, accompagnate dalle autodescrizioni dei soggetti autistici, possono crearsi “difficoltà interpretative” da parte di chi, in quanto neurotipico, non può immaginare che cosa comporti vivere in un mondo impregnato di sovraccarico sensoriale. Un esempio valga per tutti: si consideri la distinzione tra iperreattività e iporeattività del soggetto autistico. Questa differenziazione, apparentemente banale, non ha senso se non la si considera parallelamente a quella intercorrente tra Sé agente e Sé pensante. Per Sé agente possiamo intendere quello definito dal comportamento visibile, esteriormente valutabile da parte dell’osservatore; per Sé pensante, invece, il complesso del vissuto interiore dell’autistico, sul quale incidono i suoi disturbi sensoriali. Ebbene, a “parità di sollecitazioni esterne” (per esempio, a parità di determinate sollecitazioni acustiche), al variare dell’individuo varia la risposta del Sé agente e del Sé pensante. Con il “piccolo” problema che le due potrebbero non coincidere: «se il cervello riceve troppa informazione sensoriale, il Sé agente potrebbe facilmente sembrare iporeattivo, ma il Sé pensante si sentirebbe sopraffatto» (T. GRANDIN, *op. cit.*, pp. 96-97). In tal caso, l’autistico si trova a vivere una condizione di malessere interiore che non sembra trovare corrispondenza nel comportamento esteriore; una condizione potenzialmente non affrontabile da parte di chi potrebbe essergli di aiuto, soprattutto nel caso in cui non disponga delle necessarie conoscenze.

¹³ In questo senso, efficacemente, T. GRANDIN, *op. cit.* p. 122. Sul tema si tornerà nel paragrafo 3, in merito all’art. 1 della legge n. 134/2015.

far ritenere che i confini segnati dai sintomi più lievi o parziali siano talmente sfumati da coinvolgere la popolazione in modo integrale (o quasi)¹⁴. Ma in tal modo la definizione di autismo rischia di slabbrarsi a dismisura, perdendo di significato e utilità.

L'incertezza definitoria è stata confermata con il passaggio dal DSM-IV del 1994 al DSM-5 del 2014. Innanzitutto, a differenza dell'edizione del 1994, quella più recente fonda la diagnosi di autismo su un modello di tipo diadico. Si è in presenza di una ipotesi di autismo, si "rientra nello spettro", se sussiste una persistente compromissione della comunicazione sociale e dell'interazione sociale, oppure se si riscontrano modalità di comportamento, interessi e attività ristretti e ripetitivi¹⁵. In ogni caso, si può accennare al fatto che le conseguenze di una imprecisa definizione possono essere molteplici. In primo luogo, possono influenzare negativamente chi ne sia interessato, inducendolo a sovrastimare le limitazioni ad essa associabili. In secondo luogo – ulteriore effetto della conseguenza richiamata – una diagnosi di autismo può condizionare in maniera decisiva l'immagine che di sé si ritiene di proiettare nei confronti degli altri, ingenerando così il fondato timore di poter essere da questi escluso. Al tempo stesso, però, una definizione sufficientemente circostanziata di autismo – che dipende dalla affidabilità della relativa diagnosi – conserva una intuita importanza per organizzare in maniera efficiente i necessari programmi sociali.

Alla differente classificazione sintomatica operata dalle due più recenti edizioni del DSM, corrisponde la relativa distinzione diagnostica, pure essenziale ai fini del presente lavoro. Mentre il DSM-IV proponeva la tripartizione tra autismo «classico», disturbo di Asperger e disturbo pervasivo *non altrimenti specificato*, il DSM-5 contempla esclusivamente la diagnosi di disturbo dello spettro autistico. Un'unica categoria che, comprendendo una serie estremamente variegata di ipotesi, rischia seriamente di non essere in grado di distinguere in maniera appropriata tra i diversi soggetti "autistici" che vengono in considerazione¹⁶. I critici della soluzione adottata dal DSM-5 – della quale, per ovvie ragioni, in questa sede non si può che prendere atto ai limitati fini della presente esposizione – pro-

¹⁴ «In scientific circles, many accept that certain autistic traits — social difficulties, narrow interests, problems with communication — form a continuum across the general population, with autism at one extreme», sottolinea L. BUCHEN, *Scientists and autism: When geeks meet*, in *Nature*, 3 November 2011, 479, pp. 25-27. Ricordando come la diagnosi di autismo risponda a un approccio *dimensionale* – vale a dire *quantitativo* – e non *categoriale* – vale a dire rispondente a una logica di assenza/presenza del disturbo –, Luigi Mazzone rileva che il metodo scientifico prevalentemente seguito considera «la gravità di quei sintomi che, se esasperati, possono compromettere le relazioni sociali e, di conseguenza, portare a un disturbo vero e proprio». Non a caso, aggiunge questo A., «negli ultimi anni sono stati pubblicati numerosi studi che hanno dimostrato come alcuni tratti autistici siano presenti nella popolazione in generale, e come le persone con diagnosi di autismo siano semplicemente la "punta dell'iceberg" di una distribuzione di sintomi autistici che riguarda anche tutti gli individui classificati come "normali"». Sul punto, L. MAZZONE, *Un autistico in famiglia. Le risposte ai problemi quotidiani dei genitori di ragazzi autistici*, Milano, 2015, p. 13.

¹⁵ Il DSM-IV, invece, presentava sul punto una versione triadica. In particolare, scindendo il primo requisito del DSM-5 – quello relativo alla compromissione della comunicazione sociale e dell'interazione sociale – in due parti, esso distingueva tra: compromissione dell'interazione sociale in senso proprio e compromissione della comunicazione sociale.

¹⁶ Su questo delicato aspetto, si consideri, tra gli altri, T. GRANDIN, *op. Cit.*, pp. 133-137; sullo stesso problema J. S. VERHOEVEN ET AL., *Neuroimaging of Autism*, in *Neuroradiology*, 52, 1 (2010), p. 13, i quali concludono che «for autism it becomes more and more clear that the possibility to identify one single marker might become very small, just because of the large variability we meet in his spectrum. In this view the definition of smaller autism subgroups with very specific characteristics might give a key to further elucidate this complex disease».

pongono di ribaltare le basi metodologiche finalizzate a definire il concetto di autismo. Anziché “inseguire” i molteplici sintomi per “catturarli” in un unico contenitore, essi propongono di considerare lo specifico sintomo (o i sintomi biologicamente connessi tra loro), al fine di determinarne la causa a livello neurologico. Del resto, sebbene nell’ampio concetto di disturbo dello spettro autistico siano ricompresi i casi che nel DSM-IV sono descritti come «sindrome di Asperger, autismo, autismo atipico», fino alla significativa categoria del «disturbo pervasivo dello sviluppo non altrimenti specificato», seguendo la diversificazione delle ipotesi osservate si può riconoscere che solo i quadri “tipici” presentano, anche se con diversa gravità di espressione clinica, tutte le caratteristiche specifiche del disturbo, mentre nei quadri “atipici” «alcune caratteristiche sono più sfumate o addirittura assenti, [e] sempre con gravità fenomenica variabile»¹⁷.

In definitiva – ed è questo un aspetto cruciale della presente trattazione, al quale si è accennato e sul quale si tornerà più volte, proprio a causa delle sue implicazioni giuridiche –, l’idea stessa di spettro autistico presenta in sé “pregi” e “difetti” agevolmente intuibili.

In linea di principio, l’immagine dello spettro consente di avere una visione di insieme del fenomeno autistico, consentendo di acquisire un’idea più ampia e completa (che tenga conto delle diverse sfumature) del concetto in parola. Al tempo stesso, però, più esso è ampio, più è probabile che casi in precedenza esclusi dalla diagnosi di autismo vi siano, progressivamente, ricompresi¹⁸. Così, mentre le forme tipiche fanno registrare una incidenza di 10-13 casi ogni 10.000 individui, le forme “atipiche” si riscontrano secondo una frequenza anche cinque volte superiore¹⁹.

Si tratta, quindi, di un problema complesso, variegato e multiforme, che interroga le strutture essenziali del nostro Stato costituzionale, sia a livello di principi supremi, sia a livello di traduzione regolativa dei medesimi. In seguito, si tenterà di sfiorarne alcune.

2. La cura del soggetto autistico come applicazione ineludibile del principio di dignità in concreto

La (ri)costruzione della disciplina normativa relativa alla condizione del soggetto autistico non può non tenere conto della centralità che per essa assumono alcuni dei maggiori capisaldi del costituzionalismo del secondo dopoguerra: i concetti di dignità individuale, di sviluppo della personalità (an-

¹⁷ *Linea Guida 21*, p. 13.

¹⁸ Si tratta di un fenomeno effettivamente osservabile, che sembra giustificare l’espressione “dati epidemiologici” in riferimento agli elementi di indagine nel corso del tempo acquisiti. Ad esempio, secondo i dati raccolti tra il 2002 e il 2010 dal sistema statunitense costituito dai *Centers for Disease Control and Prevention*, nel lasso di tempo considerato si è riscontrato un notevolissimo aumento dei casi di autismo. Infatti, se nel 2002 le rilevazioni statistiche indicavano che “solo” un bambino su 150 era affetto dalla sindrome, nel 2008 l’incidenza aveva raggiunto il livello di un bambino su 88, per toccare quota uno su 68 nel 2010. La pubblicazione alla quale si fa riferimento, *Prevalence of Autism Spectrum Disorder Among Children Aged 8 Years — Autism and Developmental Disabilities Monitoring Network*, datata 28 marzo 2014, è consultabile al seguente link: <http://www.cdc.gov/mmwr/pdf/ss/ss6302.pdf>. Più in generale, si consideri <http://www.cdc.gov/ncbddd/autism/addm.html> (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

¹⁹ *Linea Guida 21*, cit., p. 13. Non disponiamo di dati acquisiti a livello nazionale, mentre, come rilevato dallo stesso documento dell’ISS, ricerche in tal senso sono state compiute da Piemonte ed Emilia Romagna.

che) nelle formazioni sociali e di tutela della salute²⁰. Infatti, se *dignità* è veramente sintesi tra *libertà* ed *eguaglianza* – «coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento»²¹ –, ne deriva che essa costituisce il necessario fondamento sostanziale di ogni sistema democratico²², che non è tale se non la preserva e tutela. «Sostanziale» perché strettamente connesso alla concretezza dell'esistenza²³ e delle relazioni sociali. Un dignità «vitale», insomma, e non astratta, perché necessaria alla vita della singola persona, e costruita a partire dalla sua irripetibile individualità²⁴. Una dignità che ha un senso nell'esperienza concreta, espressione forse tautologica, ma che ha il pregio di evidenziare la rilevanza dell'elemento sfidante, della difficoltà reale, dell'ostacolo quotidiano e costituzionalmente *scandaloso*. Quella difficoltà reale che solo nel concreto «stare insieme» sorge, si definisce e deve essere superata. Proprio quella dignità *materiale* che proprio al disabile in generale, specialmente all'autistico, specialmente se a basso o bassissimo funzionamento, deve essere riconosciuta.

Una ricostruzione in concreto del concetto di dignità, oltre ad assumere un più solido fondamento teorico – perché tesa a considerare e prendere sul serio proprio quegli ostacoli di ordine sociale che «limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana» – consente di conferire allo stesso una più efficace operatività, in quanto rapportabile alla concretezza delle situazioni e, quindi, concretamente esigibile²⁵. La dignità in questo senso intesa diventa una categoria concettuale *utile*, perché strumento di tutela della persona disabile²⁶.

²⁰ Sul complesso e affascinante tema del concetto di dignità, ovviamente, la letteratura è amplissima. Si considerino, tra gli altri, P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 21 novembre 2014, pp. 1-38; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in www.dirittifondamentali.it (ultima consultazione: 30 aprile 2016); A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, pp. 1-34; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità umana. Intervento al convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, in *Rivista AIC*, consultabile al seguente link: <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html> (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

²¹ A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 7.

²² In questo senso, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 185.

²³ Sulla necessità di riferire la definizione del concetto di dignità valutandolo «in concreto», con riguardo alle relazioni che ogni persona ha con le altre, si consideri, G.M. FLICK, *op. cit.*, p. 10.

²⁴ Rimane valido, seppur originato in un contesto diverso, quanto rammentato da P. LEVI - *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986, p. 103 - che, ricordando il pensiero di Jean Améry, come lui sopravvissuto ai campi di sterminio, ammetteva che «per vivere occorre un'identità, ossia una dignità. (...) I due concetti coincidono, chi perde l'una perde anche l'altra, muore spiritualmente: privo di difese, è quindi esposto anche alla morte fisica».

²⁵ In questo senso, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, p. 190.

²⁶ Utile, si può forse sostenere, anche al fine di individuare l'effettiva forza cogente della Costituzione, senza la quale essa non può imporsi su una realtà – quella, in questo caso, della effettiva condizione dei soggetti autistici – molto lontana dall'auspicato *dover essere*. «Forza» che, come ribadisce A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 28, «può essere compiutamente apprezzata non già in prospettiva formale- astratta bensì in prospettiva assiologico-sostanziale, la sola idonea a dare una fedele rappresentazione della capacità dei valori fondamentali di inverarsi, in maggiore o minore misura, nell'esperienza». Nello stesso senso, A. D'ALÒIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 64, ove si ricorda che «la linea di sviluppo indicata nel secondo comma dell'art. 3 [segnala] concrete esigenze di tutela delle situazioni di svantaggio sociale e di promozione di condizioni economiche e sociali che diano effettività di senso all'idea-forza della dignità umana e della realizzazione piena della persona».

Tuttavia, anche il necessario richiamo alla concretezza delle relazioni sociali non consente di decidere “quando” e “se” la vita di un soggetto autistico possa dirsi dignitosa, perché la complessità della sua patologia elide qualsiasi tentativo di semplificazione. Per questa ragione, si deve fare ricorso a un concetto “ampio” di dignità, che attinga alle risolve concettuali tanto del suo fondamento *oggettivo*, quanto della sua delimitabilità in senso *soggettivo*. Così, l’oscillazione tra dignità *assoluta* e dignità *relativa*, a sua volta espressione “totale” del principio di autodeterminazione, deve seguire le sfumature dello spettro, riposizionando il suo punto di caduta attraverso una valutazione che tenga conto del caso concreto²⁷. Pertanto, pur tenendo fermo un irrinunciabile “nucleo duro”²⁸ che ci consenta di identificare la dignità in «ciò che a nessun uomo deve essere negato e [in] ciò che a nessun uomo deve essere inflitto»²⁹, il pieno rispetto del disegno costituzionale – che costituisce il nostro imprescindibile punto di riferimento – impone di valutare gli effetti che la sua configurazione in termini di proiezione sociale impone, riconfigurazione che, assorbendo prospettive e sensibilità differenti, non può non contribuire a determinarne i contenuti in senso soggettivistico. Il tutto, come già avvertito, valutato alla luce del caso specifico, perché solo questo potrà dirci quando siano realistiche, ad esempio, le possibilità di inclusione scolastica del soggetto autistico e quando, invece, sia maggiormente rispettoso della sua dignità il non esporlo a un ambiente foriero di situazioni traumatiche e umilianti.

E il tutto, visto alla luce del dovere della solidarietà.

Infatti, la difesa della dignità dell’autistico impone non solo il riconoscimento dei suoi diritti, ma anche, ovviamente, l’imposizione di pregnanti doveri nei confronti dei consociati³⁰. In senso lato, ed in primo luogo, dell’inderogabile dovere di solidarietà, che a sua volta deve informare l’intero contenuto del nostro ordinamento giuridico – in relazione al tema qui considerato, tanto l’ambito scolastico quanto quello lavorativo, tanto la pratica della diagnosi precoce quanto il tempo del “dopo di noi” - e che costituisce elemento concettualmente e praticamente inscindibile dal principio personalista³¹.

²⁷ Vale anche in questo caso l’approccio metodologico suggerito, pur in un diverso contesto e in relazione a differenti problematiche, da A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2011, 29 marzo 2011, p. 9, secondo il quale «ogni caso fa storia a sé e (...) anche casi che a tutta prima identicamente connotati ad un più approfondito esame si rivelano meritevoli di trattamenti comunque differenziati».

²⁸ Un nucleo duro “a doppio strato”, se è concesso così sintetizzare l’efficace immagine alla quale A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., pp. 10-11, fa ricorso; un nucleo costituito, a un livello esterno, da ciò che «non è al di fuori dello spazio e del tempo, [ma che è soggetto] a un riconoscimento diffuso, secondo la cultura dominante nel luogo in cui lo stesso prende corpo», e, al suo interno, da un ente che “sta inamovibile”, «dato da certi suoi tratti assolutamente irriducibili, invarianti da luogo a luogo e nel tempo e, perciò, autenticamente universali». Solo il primo, secondo questa ricostruzione, sarebbe una transeunte, perché storica, creazione culturale. Salvo che, come prospettato da alcuni non trascurabili Autori, anche il secondo non sia finzione, ente tutt’altro che assoluto e inamovibile, e, quindi, culturalmente determinato. Una formazione che si vuole opposta al dato secondo il quale tutto esista limitatamente, «e tutto abbia confini e sia circoscritto», e che «niente sia eterno», perché è proprio la «natura delle cose» a far sì che «tutto esista limitatamente». Una verità che genera spavento e angoscia, alla quale rispondere, appunto, con la fede in una dignità dai «tratti assolutamente irriducibili». Sul tema, che ci porterebbe fuori luogo e sul quale, soprattutto, non è qui il caso di indugiare ulteriormente, si consideri E. SEVERINO, *In viaggio con Leopardi. La partita sul destino dell’uomo*, Milano, 2015, pp. 35-45.

²⁹ M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007, p. 529.

³⁰ Sulla dignità quale *punctum unionis* dei diritti e dei doveri costituzionali, A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 9.

³¹ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., p. 11.

Né si può ritenere che la crisi economica debba inevitabilmente comportare il sacrificio dei diritti, in questo caso, delle persone autistiche. Al contrario, proprio questa crisi, pur in una prospettiva di riduzione dell'estensione del modello universalistico, richiede comunque una maggiore e più efficiente selezione delle prestazioni pubbliche (e dei relativi destinatari). Criterio ineludibile, così, si conferma quello dettato dalla materialità delle condizioni, in virtù del quale ragionevolmente discriminare la legittimazione al loro accesso.

3. La legge 18 agosto 2015, n. 134 (Disposizioni in materia di diagnosi, cura e abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico e di assistenza alle famiglie). Luci e ombre

Come segnalato, l'intervento del legislatore sulla tematica in questione ha assunto le forme della legge n. 134 del 18 agosto 2015, recante il titolo *disposizioni in materia di diagnosi, cura e abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico e di assistenza alle famiglie*. La disciplina introdotta, sulla quale si intende proporre alcune brevi osservazioni, mostra aspetti apprezzabili e visibili carenze, pur presentando il pregio di costituire, quanto meno, il primo provvedimento normativo specificamente dedicato ad una problematica che, non potendo essere definita in maniera compiuta esclusivamente dal selettivo intervento giurisprudenziale, necessitava di quello del legislatore.

Delle ambiziose finalità perseguite da questo atto – «garantire la tutela della salute, il miglioramento delle condizioni di vita e l'inserimento nella vita sociale delle persone con disturbi dello spettro autistico»³² – sono destinatari soggetti dei quali, neppure indirettamente, è fornita una definizione. Questa lacuna potrebbe avere ripercussioni sul reale impatto di una legge che, anche in ragione della complessa organizzazione riservata al livello regionale (art. 3), non sembra poter contare neppure su un dato numerico attendibile. Infatti, al momento attuale, il nostro Paese non può fare assegnamento su dati certi, tali da consentire una programmazione seria e ordinata dei molteplici interventi elencati. Appare difficile comprendere, ad esempio, come sia possibile organizzare in maniera efficace «la qualificazione dei servizi (...) costituiti da unità funzionali multidisciplinari per la cura e l'abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico» – art. 3, comma 1, lett. a) – in assenza del dato statistico sulla base del quale strutturare tale servizio. Come già rammentato, al momento attuale, soltanto Emilia Romagna e Piemonte dispongono di dati, e non di semplici stime, relativi al numero dei soggetti autistici che vivono nel loro territorio³³.

Tuttavia, si deve ribadire che la difficoltà di procedere alla determinazione in questione, discende anche dalla intrinseca complessità del fenomeno "spettro autistico". Infatti, la definizione clinica oggi maggiormente accreditata, se riesce a cogliere alcuni degli aspetti salienti della sindrome, sembra presentare difficoltà insormontabili per il diritto, che, almeno a livello di definizione legislativa, appare incapace, attraverso le sue risorse semantiche, di coglierne i numerosissimi aspetti. Ora, poiché come è stato lucidamente affermato, «l'utilità delle definizioni legislative va commisurata appunto

³² Art. 1 (finalità).

³³ A tal fine, è stato recentemente concluso un accordo di collaborazione tra il Ministero della salute e l'ISS avente ad oggetto, tra l'altro, la creazione dell'Osservatorio Nazionale per il Monitoraggio dei Disturbi dello Spettro Autistico. Il testo dell'accordo, datato 24 febbraio 2016, è consultabile al seguente link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2502_listaFile_itemName_0_file.pdf (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

alla loro capacità di rendere univoci almeno quei vocaboli che sono in essere definiti»³⁴, si può forse sostenere che qualsiasi definizione legislativa che pretenda di ridurre le “sfumature” dello spettro rischi, in quanto tale, di risultare inservibile. Torna a manifestarsi, così, una caratteristica tipica del biodiritto: quella relativa al ruolo decisivo del giudice, chiamato, in quest’ambito più che in altri, a far suonare le parole³⁵, simboli convenzionali comunque produttori di incertezze e portatori di vaghezza. La quale, del resto, può presentare profili vantaggiosi, se sfruttata come contenitore di una più ampia ed estesa tutela dei soggetti autistici, che tenda ad includere e ad espandere le tutele, piuttosto che a comprimerle e a ridimensionarle³⁶.

In ogni caso, un contributo alla chiarificazione del problema dovrebbe pervenire dalle conoscenze scientifiche alle quali la legge fa riferimento.

In primo luogo, l’esplicito richiamo all’«impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche disponibili», che devono essere poste a fondamento delle prestazioni di diagnosi precoce, e di cura e trattamento individualizzato, aderisce, seppur genericamente, al dettato imposto dalla Corte costituzionale relativo al rapporto tra discrezionalità politica – con le conseguenti ripercussioni di natura amministrativa – e acquisizioni scientifiche³⁷, secondo un modello ormai classico del biodiritto, e che «sembra quindi prevedere, e imporre al legislatore, un esercizio scientificamente orientato della discrezionalità legislativa»³⁸. Come è stato acutamente osservato, si assiste in tal modo alla progressiva e sempre più stretta alleanza tra l’ambito di produzione normativa e l’ineludibile apporto delle acquisizioni scientifiche³⁹; un’alleanza che risponde, del resto, in senso pluralista, a un connotato tipico del costituzionalismo, per struttura alieno alla concentrazione della “decisione” in

³⁴ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 154, e, con riferimento ai molteplici, complessi e connessi aspetti legati alle definizioni legislative, pp. 153-240.

³⁵ Il riferimento è qui, ovviamente, a M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, p. 11.

³⁶ Su vantaggi e svantaggi della vaghezza (o della precisione), C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 83-86.

³⁷ Sul punto, si consideri anche la nota n. 7, ove si richiama, tra l’altro, la fondamentale sent. n. 282/2002. Come è noto, in questa pronuncia, la Corte, tracciando la strada del rapporto costituzionalmente orientato tra scienza e produzione normativa, ha stabilito che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica». Tra l’altro, il dato può assumere una non trascurabile importanza in un ambito nel quale, come è facile constatare, proliferano metodologie tra la pseudoscienza e il miracolismo che, proprio a causa della drammaticità del fenomeno, molto spesso acquistano il credito di genitori alla ricerca di nuove speranze.

³⁸ Così F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 27 novembre 2015, p. 16.

³⁹ Una *lega* talmente integrata da non rendere agevole «dividere ciò che è regolazione giuridica della scienza da ciò che regolazione (o forse produzione) scientifica del diritto» – come osserva A. D’ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, p. 53 – ma nella quale, forse, il secondo membro sembra acquistare, con sempre maggiore velocità, forza e spazio.

un unico “luogo” e in un solo “punto”, neppure nel caso in cui essi rappresentino il momento centrale della rappresentanza politica⁴⁰.

Quindi, è ragionevole sostenere che «le più avanzate evidenze scientifiche disponibili» debbano almeno in parte essere costituite dalla documentazione richiamata dal precedente art. 2 (linee guida), che impone all'ISS di procedere al periodico aggiornamento delle medesime⁴¹ – con riferimento non esclusivo alla condizione del bambino e dell'adolescente – tenendo conto dell'«evoluzione delle conoscenze fisiopatologiche e terapeutiche derivanti dalla letteratura scientifica e dalle buone pratiche nazionali e internazionali».

Tralasciando le questioni legate alla responsabilità per colpa professionale, sul piano civilistico o su quello penalistico, che può discendere dal rilievo assegnato alle Linee guida⁴² - argomento sul quale, in ogni caso, la legge in questione non assume posizione alcuna – un primo problema – al quale si vuole qui soltanto accennare - è quello relativo alla definizione di questi documenti. Consultando il lavoro *ad hoc* redatto dall'ISS⁴³, si può leggere che per Linee guida si intendono le «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche»⁴⁴. La stessa Linea guida 21 presenta, sotto la voce “*nota per gli utilizzatori*”, un'ulteriore e più ampia nozione di Linee guida⁴⁵, dalla quale emergono due concetti chiave. Il primo, relativo alla loro essenza; il secondo, riguardante la loro utilizzabilità. In particolare, pur rappresentando esse «una sintesi delle migliori conoscenze disponibili» su un dato argo-

⁴⁰ «Un intervento legislativo configurato in modo tale da riconoscere un adeguato spazio alla autonomia decisionale dei soggetti coinvolti (medico, pazienti, ricercatori) e una copertura scientifica alle decisioni di natura politico-discrezionale assunte risulta funzionale a soddisfare l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti», come chiariscono F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto*, cit. p. 14.

⁴¹ Si ripete che, nel momento in cui si scrive, l'ultima edizione delle linee guida è datata ottobre 2011.

⁴² Si tratta di un tema di centrale importanza, ma che esula dalla presente trattazione. Sul punto, M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 10/2015, pp. 881-888.

⁴³ *Manuale metodologico. Come produrre, diffondere e aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica*, maggio 2002, aggiornato nel maggio 2004, consultabile al seguente link: http://www.snlg-iss.it/cms/files/Manuale_PNLG_0.pdf (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

⁴⁴ *Ivi*, 12. Si tratta della traduzione di «practice guidelines are systematically developed statements to assist practitioner and patient decisions about appropriate health care for specific clinical circumstance», M.J. FIELD, K.N. LOHR (eds), *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, 1992, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington, DC.

⁴⁵ «Le linee guida rappresentano uno strumento che consente un rapido trasferimento delle conoscenze, elaborate dalla ricerca biomedica, nella pratica clinica quotidiana. Si tratta di raccomandazioni di comportamento, messe a punto mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni di esperti, che possono essere utilizzate come strumento per medici e amministratori sanitari per migliorare la qualità dell'assistenza e razionalizzare l'utilizzo delle risorse. Le decisioni cliniche sul singolo paziente richiedono l'applicazione delle raccomandazioni, fondate sulle migliori prove scientifiche, alla luce dell'esperienza clinica del singolo medico e di tutte le circostanze di contesto. Le linee guida rappresentano una sintesi delle migliori conoscenze disponibili e possono essere uno strumento di aggiornamento e formazione per il medico. Spetta dunque alla competenza e all'esperienza del singolo professionista decidere in che misura i comportamenti raccomandati, pur rispondendo a standard qualitativi definiti sulla base delle più aggiornate prove scientifiche, si applichino al caso clinico particolare».

mento di rilevanza medico-scientifica, ferma rimane la necessità di considerare – confermando quanto indicato nelle righe che precedono – che le stesse non possono trovare applicazione se non attraverso una valutazione che tenga conto del singolo caso sottoposto all’attenzione del medico, alla luce della sua specifica esperienza clinica e di tutti gli elementi contestuali.

Infine, i dubbi espressi da parte della dottrina innanzitutto in merito al carattere “intrinsecamente vincolante” di questi riferimenti⁴⁶, si sommano, nel caso che ci occupa, alla mancata definizione del ruolo che le stesse sono chiamate ad assumere in relazione alle molteplici *politiche* che, secondo l’elenco proposto dal successivo art. 3, dovranno essere adottate per il perseguimento dei fini di cui all’art. 1. Non è chiaro, in definitiva, quale valenza esse avranno nella adozione di tutte quelle misure che, nei diversi contesti considerati, possono contribuire al contenimento degli effetti della sindrome in parola.

Certamente, l’inserimento delle prestazioni di diagnosi precoce tra i livelli essenziali di assistenza è conseguenza delle indicazioni in esse contenute⁴⁷.

Il carattere cruciale di questo fondamentale procedimento è infatti rilevato dalla comunità scientifica⁴⁸, ma discende intuitivamente anche dalla definizione che della sindrome in parola è accolta dalla letteratura specialistica prevalente: «l’autismo – come già detto – è una sindrome comportamentale causata da un disordine dello sviluppo, biologicamente determinato, con esordio nei primi tre anni di

⁴⁶ La produzione delle Linee guida appare come il frutto della ricognizione delle diverse *opinioni scientifiche* sottoposte, come detto, a sistematica revisione e controllo; opinioni che, come è *naturale* che sia, possono anche non concordare, rispondendo alle diverse posizioni assunte dalla comunità scientifica. Per questa ragione, interrogativi pone anche l’aver fatto riferimento proprio alle Linee guida dell’ISS, che non esauriscono il novero di quelle disponibili in tema di sindrome dello spettro autistico. Oltre ai molteplici documenti prodotti da autorità scientifiche internazionali e straniere, si consideri, ad esempio, quella della Società italiana di neuropsichiatria dell’infanzia e dell’adolescenza (SINPIA), consultabile sul sito dell’ISS: http://www.iss.it/binary/auti/cont/linee_guida_sinpia.pdf (ultima consultazione: 30 aprile 2016). In generale, sulle questioni legate alla loro valenza giuridica, A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Rivista italiana di medicina legale e diritto sanitario*, 2013, pp. 735, 741, nonché M. PALADINI, *op. cit.*, pp. 881-883.

⁴⁷ Legge n. 134/2015, art. 3, comma 1. Su LEA e salute mentale, S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, pp. 216-223.

⁴⁸ Concordano nel ritenere la diagnosi precoce decisiva ai fini dell’impostazione di una corretta ed efficace strategia di interventi, S. BARON-COHEN *et alii*, *Early Identification of Autism by the Checklist for Autism in Toddlers*, in *Journal of Royal Society of Medicine*, volume 93, October 2000, p. 521; D.L. ROBINS ET AL., *The Modified Checklist for Autism in Toddlers: An Initial Study Investigating the Early Detection of Autism and Pervasive Developmental Disorders*, in *Journal of Autism and Developmental Disorders*, Vol. 31, No. 2, 2001, pp. 131-144, nel quale, eloquentemente, si legge che «Current evidence indicates that early intervention and therefore identification is essential. Early educational intervention optimizes long-term prognosis (...). More specifically, children with autism/PDD who develop language and symbolic play before the age of 5 have better prognoses (...). Early intervention may enable children to reach important milestones; research has shown that children who receive early intervention are more likely to develop communication skills and fewer out-of-control behaviors. Interventions with children with autism/PDD may show diminishing returns as the children get older. Clearly, time is of the essence in the early detection of autistic features. The necessity of early screening and diagnosis, as well as the current state of the field, has been comprehensively reviewed»; R.J. LANDA, *Diagnosis of Autism Spectrum Disorders in the First 3 Years*, in *Natural Clinical Practice Neurology*, March 2008, Vol. 4 No. 3, pp. 138-147 («Early detection of-and intervention to treat-ASD is crucial because it is likely to lead to an improved outcome»).

vita»⁴⁹. Proprio quest'ultima evidenza, pur in mancanza di dati sufficienti, decisivi e diretti, che consentano di provare inequivocabilmente l'efficacia degli interventi precoci⁵⁰, "autorizza" il documento dell'ISS a raccomandare, in ogni caso, che essi «siano effettuati in modo tempestivo, non appena cioè gli specialisti abbiano raggiunto una ragionevole presunzione clinica riguardo alla presenza del disturbo»⁵¹.

Particolari sono anche le modalità mediante le quali esso deve svolgersi, affinché consenta di pervenire a risultati il più possibile precisi e chiari. Come già ricordato, la diagnosi di autismo non si basa su elementi strumentali o su analisi di laboratorio, ma esclusivamente sull'osservazione del comportamento del soggetto considerato. Come rilevato anche sulle Linee guida sull'autismo redatte dalla SINPIA, «la diagnosi di autismo prevede un processo molto articolato e complesso»⁵², da condursi acquisendo una conoscenza globale e complessiva della specifica persona, conoscenza che tenga conto anche del contesto familiare e ambientale. Pertanto, oltre a un approccio multidisciplinare, è necessario ottenere il coinvolgimento attivo dei genitori e di tutti coloro i quali siano quotidianamente a contatto con il soggetto osservato.

Al dato scientifico si affianca quello giuridico-costituzionale, che conferisce ulteriore fondamento alla scelta operata dal legislatore⁵³. Ora, come è stato icasticamente osservato, «lo strumento delineato dall'art. 117, comma 2, lett. m) [Cost.] non attiene tanto alla struttura dei singoli diritti, ma al problema dell'eguaglianza come valore di fondazione del patto costituzionale e di alimentazione del senso stesso della cittadinanza nazionale, che in quanto tale deve mantenersi a un livello di a-territorialità»⁵⁴. Infatti, il divario che si registra a livello territoriale in relazione alla predisposizione dei complessi procedimenti diagnostici⁵⁵, sembra quasi simbolicamente realizzare, specialmente in relazione al tema che ci occupa, quella disparità delle posizioni di partenza che si oppone irriducibilmente al contenuto essenziale dell'art. 3, comma 2, Cost. In altri termini, se l'intervento terapeutico è tanto più efficace quanto più è anticipato, ne deriva che un ritardo nella diagnosi produce effetti negativi di lungo termine, progressivamente irrimediabili. Una normativa che non tenesse conto di questi aspetti sarebbe essa stessa non strumento di rimozione, ma mezzo di creazione di ostacoli.

⁴⁹ Cfr. nota n. 9.

⁵⁰ Questa è la posizione espressa in *Linea Guida 21*, cit., p. 103.

⁵¹ *Linea Guida 21*, cit., 103. Più in generale, l'art. 26 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sul diritto delle persone con disabilità stabilisce che gli Stati, ai fini indicati dalla medesima disposizione – «permettere alle persone con disabilità di ottenere e conservare la massima autonomia, la piena abilità fisica, mentale, sociale e professionale, e di giungere alla piena inclusione e partecipazione in tutti gli ambiti della vita» – «organizzeranno servizi e programmi che «abbiano inizi nelle fasi più precoci possibili e siano basati su una valutazione multidisciplinare dei bisogni e dei punti di forza dell'individuo».

⁵² SINPIA, *Linee guida per l'autismo. Raccomandazioni tecniche-operative per i servizi di neuropsichiatria dell'età evolutiva*, 2005, p. 8.

⁵³ Legge n. 134/2015, art. 3, commi 1 e 2.

⁵⁴ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, pp. 1120-1121.

⁵⁵ Sul punto, anche le osservazioni del Comitato nazionale per la bioetica (CNB), *Disabilità mentale nell'età evolutiva: il caso dell'autismo*, 19 aprile 2013, 49, consultabile al seguente link: <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/6Disabilit%C3%A0%20mentale%20nell%27et%C3%A0%20evolutiva%20il%20caso%20dell%27autismo.pdf> (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

La decisione del legislatore, quindi, almeno in linea di principio, risponde alla necessità di operare direttamente «sui contesti reali della disegualianza, sulla irriducibile peculiarità delle situazioni di bisogno e debolezza»⁵⁶; quella stessa irriducibile peculiarità che caratterizza – come si è cercato di ricordare nelle pagine che precedono – la condizione del singolo autistico.

La condivisibile innovazione legislativa attende tuttavia di trovare attuazione, stante la necessità di procedere all'aggiornamento degli stessi LEA, previsto dall'art. 3, comma 1, della legge n. 134/2015. In questo senso, si propongono due brevissime e semplici considerazioni, che ancora una volta intendono prendere spunto dalle caratteristiche tipiche della sindrome dello spettro autistico.

In primo luogo, è ragionevole considerare che la prevista revisione, dovendo definire i tratti essenziali di una prestazione diagnostica che, come rammentato, presenta notevole complessità, non potrà limitarsi all'alto grado di indeterminazione che caratterizza il contenuto del D.P.C.M. 29 novembre 2001⁵⁷. In un ambito nel quale l'affidabilità delle modalità diagnostiche è essa stessa essenziale, la definizione di *standards* inderogabili e precisi risulta decisiva⁵⁸. In secondo luogo, posto che la "diagnosi di autismo" costituisce un processo che richiede un approccio organico e multidisciplinare, non meno rilevante rispetto al profilo strettamente medico-scientifico è quello relativo alla valutazione dell'appropriatezza organizzativa, seppur da declinarsi in un contesto diverso da quello previsto dall'attuale allegato C del D.P.C.M. 29 novembre 2001. In definitiva, i nuovi LEA, soprattutto in tema di diagnosi precoce, dovranno garantire una «risposta personalizzata, affinché ciascun utente possa aggiungere al suo capitale sociale un budget di salute misurato sulla sua singolarità, sulla sua diversità, sul suo bisogno»⁵⁹.

4. Autismo e inclusione⁶⁰ scolastica

La forza espansiva che caratterizza l'idea di dignità, «cuore del principio personalista»⁶¹, la rende insuscettibile di essere descritta da un'unica disposizione, né un'unica norma può esaurirne le numerose implicazioni⁶². Manifestazione di questo fenomeno, ma anche occasione di suo necessario riconoscimento, è il complesso e *difficile* tema dell'inclusione scolastica dell'autistico⁶³.

⁵⁶ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., p. 1065.

⁵⁷ Sul punto, con note in tal senso critiche, F. GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle regioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 4, p. 529.

⁵⁸ Al contrario, il decreto nel «definire l'elenco analitico delle prestazioni non indica in maniera adeguata i criteri di selezione e controllo da valutarsi in conformità ai principi di efficacia e di appropriatezza», come rileva S. Rossi, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁹ S. Rossi, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁰ «Inclusione» piuttosto che «integrazione», volendo qui aderire alla perspicua osservazione di S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, p. 15 (ultima consultazione: 30 aprile 2016), in base alla quale il primo termine «segna un cambiamento culturale, in cui si cerca di modificare l'ambiente per il disabile e non viceversa, assicurando così il diritto ad essere se stessi», mentre il secondo «presuppone che sia il soggetto disabile ad adattarsi al contesto sociale».

⁶¹ G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 2.

⁶² In relazione al principio personalista, del quale la dignità è fulcro centrale, cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 3; si tratta di un principio, aggiunge l'A., che «non è "incarcerato" in un solo enunciato costituzionale, per capiente che

«La neuroanatomia – scrive Temple Grandin - non è un destino. E nemmeno la genetica è un destino. Non determinano chi sarete, ma determinano chi potreste essere»⁶⁴. Non sottovalutare “i punti deboli”, fingendo di dimenticarli o cullandosi con retoriche e ipocrite illusioni, costituisce un prezioso *caveat* da tenere a mente quando si affronta questo argomento. È sufficiente leggere a proposito delle esperienze dei genitori di ragazzi autistici per sapere – sempre in maniera molto parziale, sfumata e indiretta – che non tutti gli affetti dalla sindrome dello spettro possono avere una vita comparabile con quella dei soggetti neurotipici⁶⁵. Alcuni avranno per sempre bisogno di una assistenza costante, perché le difficoltà che dovranno affrontare nella “normalità” saranno quasi sempre troppo grandi; altri potranno aspirare almeno a una vita serena, seppur non priva di gravosi ostacoli, attraverso la valorizzazione dei loro “punti forti”. Tuttavia, affinché «scuola aperta a tutti» non sia una mera formula retorica, è indispensabile creare le condizioni per prendersi cura, proteggere e opportunamente valorizzare gli interessi, le inclinazioni e le speranze di persone che non “meritano” di essere definite dal loro handicap. Questa banale constatazione si riconduce a quanto già scritto nel primo paragrafo, poiché se nello spettro autistico si fanno rientrare ipotesi diversificate, diversificata e specifica dovrà essere la risposta delle strutture pubbliche (o, in primo luogo, di esse). Di conseguenza, l’inserimento scolastico del singolo autistico deve essere studiato immaginando soluzioni da calibrarsi sullo specifico caso, poiché è necessario ritagliare un percorso didattico specializzato, principalmente affidato a insegnanti di sostegno formati in maniera peculiare.

I programmi standardizzati, che presentano l’innegabile vantaggio di consentire una organizzazione uniforme a livello nazionale del sistema scolastico, inevitabilmente si trasformano in gabbie inadeguate rispetto alle esigenze che qui vengono in considerazione, creando un apparato che ambisce a rispondere agli interessi dell’*organizzatore*, ma che non sempre tiene debitamente conto delle diversità dei singoli *organizzati*. Ovviamente, passare dalla classe all’individuo come centro del sistema in-

sia, vale a dire non è concettualmente definito o definibile ricorrendo ai soli materiali normativi apprestati dall’enunciato stesso ma richiede, al fine di essere appieno compreso e fedelmente descritto, riferimenti in buona sostanza estesi all’intera trama costituzionale». Assunto che la Corte costituzionale, con la sent. n. 293/2000, ha confermato affermando che «quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» (considerato in diritto, 4).

⁶³ Tra la vastissima letteratura sul tema del diritto all’istruzione dei soggetti disabili, si consideri, tra gli altri, A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all’istruzione del disabile. Nota a Corte cost. n. 80 del 2010*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, pp. 1-8; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, pp. 111-143; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all’istruzione e all’integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Milano, 2012; C. S. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in www.forumcostituzionale.it, 7 marzo 2012, p. 25; L. BUSCEMA, *Il diritto all’istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 1-32.

⁶⁴ T. GRANDIN, *op. cit.*, p. 198.

⁶⁵ «A volte, però, è impietosamente necessario fare un punto di chiarezza proprio perché non si accenda all’istante la speranza in ogni altro genitore d’autistico che il proprio ragazzo, magari incapace persino di dire «mamma», possa ambire all’inimmaginabile traguardo della laurea, pur se munito di facilitatore che lo aiuti a scrivere tutto quello che, altrimenti, non sarebbe mai capace di esprimere parlando. Penso che, se passasse questo concetto, sarebbe altrettanto grave del far credere che tutti gli autistici siano come il protagonista di *Rain Man*, o come il prodigioso piccolo veggente matematico della serie televisiva *Touch*». Così, con il suo solito stile tagliente, G. NICOLETTI, *Alla fine qualcosa ci inventeremo. Che ne sarà di mio figlio autistico quando non sarà più con lui*, Milano, 2014, p. 29. Dello stesso A., anche su questo tema, *Una notte ho sognato che parlavi. Come ho imparato a fare il padre di mio figlio autistico*, Milano, 2013.

contra inevitabili e prevedibili ostacoli di natura amministrativa ancor prima che economica, e si scontra con forti resistenze in senso lato culturali. Tuttavia, specialmente in una società democratica, il ruolo dell'istruzione pubblica non può che essere quello di valorizzare le differenze, senza, si ribadisce, fingere di ignorare i punti deboli di ciascuno, ma esaltandone le capacità⁶⁶.

In questa direzione la strada appare tracciata già dalla sent. n. 215/1987⁶⁷, con la quale il Giudice delle leggi ha posto alcuni punti fermi in materia, con particolare attenzione alla necessità di assicurare che il disabile – specialmente, si può aggiungere, nell'ipotesi in cui sia affetto da un disturbo del neurosviluppo riguardante proprio le aree sociali e della comunicazione – sia incluso nella comunità scolastica. Solidissime ragioni di livello costituzionale, infatti, impongono che si giunga a questa conclusione.

«La scuola è aperta a tutti», appunto, recita con limpida chiarezza l'art. 34, comma 1, Cost. Il carattere perentorio e al contempo rassicurante di questa disposizione, ci parla della scuola come insostituibile luogo di formazione sociale e di sviluppo della personalità individuale, fondamentale strumento di perseguimento dell'uguaglianza in senso sostanziale⁶⁸; luogo al quale la Costituzione dedica una cura particolare, visto che il diritto all'istruzione dei disabili è espressamente riconosciuto dall'art. 38, comma 3, Cost.⁶⁹, senza che esso, sottolinea in questa pronuncia la Corte, possa soffrire limitazioni da parte di eventuali interessi antagonisti della comunità scolastica, o che l'assenza di adeguate strutture di sostegno possano giustificare la limitazione. Per i soggetti autistici – soprattutto per quelli a basso o bassissimo funzionamento –, l'istruzione scolastica acquista un'importanza centrale proprio perché in essa si inverte, per la funzione che essa svolge e per il contesto in cui essa si svolge, uno dei momenti di realizzazione della sua dignità⁷⁰. Si può forse sostenere, quindi, che l'inclusione scolastica è un aspetto della dignità dell'autistico, un suo necessario momento di concretizzazione⁷¹; si può forse dire che l'inclusione scolastica contribuisce in maniera decisiva a costruire la sua dignità. Ma se si accetta questa tesi, si deve allora riconoscere – come ammonisce la stessa Corte costituzio-

⁶⁶ Ovvio, in questo senso, è il riferimento a M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2002, p. 40, che, proprio con riferimento al diritto dei disabili di sviluppare tutte le loro capacità, propone di «concepire le persone come esseri animali dotati di bisogni che sono capaci di convertire in funzionamenti – includendo, ma senza limitarci a questo, il bisogno di prendersi cura degli altri entrando in relazione con loro».

⁶⁷ Con la sent. n. 215/1987, come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, terzo comma, della legge 30 marzo 1971, n. 118 - recante "Conversione in legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili" – nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che "Sarà facilitata", anziché disporre che "É assicurata" la frequenza alle scuole medie superiori».

⁶⁸ In questo senso, sulla medesima pronuncia, P. TORRETTA, *Diritto alla formazione (scolastica e professionale) e logiche dell'eguaglianza sostanziale: appunti dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il foro italiano*, 2003, fasc. 4, parte I, pp. 1022-1025.

⁶⁹ «Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione all'avviamento professionale».

⁷⁰ Momento che incrocia quello della tutela della salute, perché, come scrive nel suo parere il CNB (*op. cit.*, p. 54), il diritto all'istruzione, nel caso dell'autismo, «si configura anche come diritto alla salute, dal momento che l'educazione assume anche un significato terapeutico, poiché può consentire una modifica dei comportamenti atipici, un migliore adattamento all'ambiente e un'interazione sociale».

⁷¹ Forse solo un breve lasso di tempo, forse l'unico nel quale l'autistico può vivere con gli altri, in un contesto di positiva comunicazione e interazione sociale.

nale nella pronuncia rammentata – che essa non può tollerare violazioni cagionate dalla limitatezza delle risorse finanziarie, che quindi, in quanto tali, non posso ad essa ostare⁷².

Secondo la sent. n. 215/1987, quindi, la direttiva costituzionale è chiarissima, poiché, stante anche quanto disposto dagli artt. 38, comma 3, e 31, comma 1, Cost., «se vi è un settore in cui la dedizione della famiglia può risultare in concreto inadeguata, esso è proprio quello dell'educazione e sostegno dei figli handicappati»⁷³.

La pronuncia in parola merita, proprio in relazione al tema che ci occupa, un'ultima annotazione legata alle sue qualità funzionali. Come è stato evidenziato, la Corte ha fatto in questo caso ricorso alla tecnica decisoria dell'additiva di principio⁷⁴, sotto la particolare forma della sentenza "sostitutiva"⁷⁵. Tale scelta, oltre a rimarcare il carattere obbligato della soluzione adottata⁷⁶ – a ulteriore riconferma della ineludibile rilevanza degli interessi in gioco, rilevanza tale da richiedere una decisione "audace"⁷⁷ –, si lascia apprezzare proprio per la sua strutturale duttilità, particolarmente opportuna ai nostri fini. Infatti, solo un obbligo di risultato⁷⁸, espresso nei termini di una direttiva vincolante, risulta compatibile con quelle esigenze di flessibilità che, nel caso dell'inclusione scolastica dell'autistico, lungi dal consentire soluzioni stereotipate, sono invece bisognose di una continua, quasi quotidiana, (ri)calibrazione. Una decisione ancora moderna, dunque, strutturalmente idonea a perseguire il risultato indicato, attraverso il coinvolgimento non solo del legislatore, ma anche dei giudici e della pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale è tornata sul tema con la sent. n. 80/2010, in occasione della quale, a riconferma di quanto testé sottolineato, ha espressamente statuito che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona»⁷⁹. Una conclusione ineccepibile, che vale maggiormente nel caso in questione.

⁷² Un obiettivo da perseguire *a ogni costo*, quello dell'inclusione scolastica, perché immagine della dignità dell'autistico, così come la dignità di qualsiasi essere umano è «criterio di bilanciamento di valori [in]suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima», come afferma, con felicissima metafora, G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 2.

⁷³ Sent. cit., considerato in diritto, p. 8.

⁷⁴ Sul punto, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., pp. 64-65, il quale rileva come, pur non invadendo «la sfera della determinazione politica dei contenuti dell'obbligo legislativo affermato», la Corte abbia rimesso al legislatore «la ricerca di una compiuta disciplina idonea a dare organica soluzione a tale rilevante problema umano e sociale», senza rinunciare a severamente stigmatizzare «l'omissione "relativa" del legislatore sul piano della (incompleta) indicazione degli strumenti di soddisfazione reale del diritto di accesso degli handicappati all'istruzione scolastica». Su questa particolare forma di pronuncia manipolativa, tra gli altri, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pp. 173-177.

⁷⁵ Come già ricordato, la disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui *anziché* disporre *assicurazioni* si limitava a prevedere *facilitazioni*.

⁷⁶ Sul punto, con speciale riferimento alle sentenze in questione quale «*maggior ed estrema manifestazione del potere decisionale della Corte costituzionale*», cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁷ Così, proprio con riferimento alla sent. n. 215/1987, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁸ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 64.

⁷⁹ «Ciascun disabile – prosegue la Corte – è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano», considerato in diritto, 3.

Come è noto, nel caso di specie la Corte ha rilevato l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate⁸⁰ «nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico»⁸¹. L'importante conclusione alla quale la Corte è giunta, poi seguita da numerose pronunce dei giudici amministrativi⁸², presenta l'innegabile pregio di riconfermare e specificare il concetto fondamentale già espresso nella sent. n. 215/1987, assumendo il dato *quantitativo* relativo al rapporto intercorrente tra studenti affetti da disabilità e relativi insegnanti di sostegno come necessariamente flessibile. Più precisamente, qualificando fondamentale il diritto all'istruzione del disabile, la Corte ha escluso che il legislatore godesse di assoluta discrezionalità nella determinazione delle misure necessarie a garantirgli il diritto alla piena fruizione del servizio scolastico, da assicurare, invece, mediante l'individuazione e l'inserimento in organico di personale docente specializzato⁸³. «La possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno – conclude la Corte – [costituisce] un intervento mirato (...) che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona *de qua*»⁸⁴.

Si tratta di verificare, a questo punto, se la sindrome dello spettro autistico, in attuazione di quel principio di dignità in concreto al quale si è fatto precedentemente riferimento, e che costituisce il tema conduttore di questo scritto, meriti la configurazione di un intervento *ancor più mirato* di quello previsto per le altre forme di disabilità.

La letteratura specialistica sul tema non sembra avere dubbi in proposito. Gli allievi affetti da autismo presentano bisogni del tutto particolari – e, si ripete nuovamente, a loro volta variegati – che possono essere soddisfatti solo attraverso un'organizzazione integrata, attenta ai particolari e idonea a valorizzare ogni occasione di apprendimento di abilità⁸⁵. L'educazione scolastica, attraverso un insegnamento rafforzato e tempestivo, costituisce lo strumento principale per consentire al bambino autistico di acquisire quelle capacità, anche di ordine sociale – e soprattutto di ordine sociale – idonee a

⁸⁰ Art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008).

⁸¹ Sent. cit., considerato in diritto, 4.

⁸² Per diversi e precisi riferimenti in tal senso, C.S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in www.forumcostituzionale.it, 7 marzo 2012, pp. 14-16, consultabile al seguente link:

http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0306_vigilanti.pdf (ultima consultazione: 30 aprile 2016).

⁸³ Prima ancora che su un piano numerico, il dovere di fare ricorso a personale specializzato, munito di idoneo titolo che lo attesti, costituisce un obbligo per l'Amministrazione, poiché – Corte costituzionale, sent. n. 52/2000, considerato in diritto, 4 - «i particolari titoli di specializzazione per l'adempimento delle ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore [degli] alunni [disabili] costituiscono un requisito per l'utilizzazione dei docenti» nelle funzioni di sostegno.

⁸⁴ Corte costituzionale, sent. n. 80/2010, considerato in diritto, 4.

⁸⁵ E. MICHELI, *Integrazione e educazione: due diritti in contrasto?*, in *Autismo e disturbi dello sviluppo*, maggio 2004, vol. 2, n. 2, in quale significativamente rileva che «l'intervento deve essere intensivo: il bambino non può perdere tempo. Sappiamo che un'ora persa sarà un peso in più nella sua età adulta. Tutto il suo tempo deve essere significativamente occupato, esattamente come accade per gli altri bambini».

ridurre le sue difficoltà. Pertanto, la programmazione delle attività didattiche deve essere congiunta, tale da coinvolgere tutte le figure che, a vario titolo, possono entrare a contatto con l'autistico. Non solo, quindi, l'insegnante di sostegno, ma l'intero corpo docente deve essere dotato di una preparazione che gli consenta di interagire in maniera appropriata con il soggetto autistico, collaborando con i genitori del medesimo. In questo senso, l'attività didattica deve adattarsi alle sue esigenze, pur non potendosi escludere l'opportunità o la necessità, data la complessità del fenomeno, di predisporre attività individualizzate e integrative, condotte anche in un ambiente specifico.

Anche l'ambiente scolastico, di conseguenza, deve essere adeguatamente riorganizzato, al fine di ridurre le situazioni potenzialmente ansiogene. Ciò significa, ad esempio, limitare l'esposizione dell'autistico a incisive sollecitazioni sensoriali e rendere lo spazio che lo circonda non imprevedibile⁸⁶.

Infine, è evidente che tale complessiva e sistematica organizzazione sarebbe inutile senza il coinvolgimento attivo dei suoi compagni, coinvolgimento che, se curato in maniera adeguata, è in grado di muoversi in una prospettiva "bidirezionale": consentire l'effettiva inclusione scolastica dell'allievo disabile e, cosa non meno importante, educare tutti gli altri, oserei dire *precocemente*, al dovere inderogabile di solidarietà.

In sintesi, si può riaffermare che «quando allievi con autismo entrano a scuola nulla può restare com'era: l'organizzazione, la didattica, le relazioni devono modificarsi, perché ogni forma di adattamento degli allievi al contesto dipende primariamente da quanto coordinamento e flessibilità vengono messi in campo»⁸⁷. Coordinamento e flessibilità che, ad avviso di chi scrive, al fine dell'obiettivo perseguito, di certo valgono il sacrificio di qualche nozione⁸⁸.

In questo senso, una pronuncia del Consiglio di Stato riguardante proprio un caso di inclusione scolastica di un autistico, si impone all'attenzione del lettore⁸⁹. Accogliendo l'appello proposto dai genitori di un bambino autistico, che avevano rilevato l'ovvia esigenza di contenere le ripetute regressioni comportamentali del figlio causate dal continuo cambiamento della persona alla quale era stato affidato il sostegno didattico, il giudice ha riconosciuto che proprio questa discontinuità avesse «compromesso la omogeneità e la continuità dell'intervento individuale in favore del soggetto disabile». Dopo aver rimarcato che il diritto all'istruzione, all'inclusione sociale e alla partecipazione alla vita della comunità non può subire limitazioni e vincoli causati da carenze organizzative delle attività di sostegno – didattiche o socio assistenziali, spettanti a enti locali o a istituzioni scolastiche –, il giudice ha affermato che «le attività integrative di valenza socio educativa (e tra queste il supporto in-

⁸⁶ Come sostengono L. COTTINI e F. COSTA, *L'allievo con autismo nella scuola secondaria. Le prospettive inclusive*, in *Psicologia e scuola*, settembre-ottobre 2010, p. 30, «rendere l'ambiente scuola maggiormente prevedibile per l'allievo con autismo rappresenta una condizione importante per facilitargli una presenza più adattata e per incrementare le sue possibilità di concentrazione sulle attività, abbassando nel contempo il livello di ansia. Nel momento in cui gli spazi della scuola sono individuati nella loro disposizione e facilmente raggiungibili, l'allievo dispone di punti di riferimento importanti per sentirsi in un contesto non caotico e conosciuto. Oltre all'aula della propria classe e a quella per le attività individualizzate, la strutturazione deve interessare anche gli altri ambienti, come i laboratori, la palestra, la mensa, l'atrio, il giardino, i bagni».

⁸⁷ L. COTTINI, F. COSTA, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁸ In generale, per una considerazione d'insieme, si considerino le conclusioni alle quali è giunto il CNB, *op. cit.*, pp. 54-56, nonché E. MICHELI, *op. cit.*, vol. 2, n. 2.

⁸⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza, 20 maggio 2009, n. 3104.

dividualizzato a favore del soggetto assistito prestatato dall'educatore) devono essere prestate con modalità idonee a realizzare lo sviluppo della personalità dell'alunno e a garantire la presenza stabile di un educatore che segua costantemente l'alunno disabile nel processo di integrazione». In definitiva, conclude il Consiglio di Stato, ha da darsi attuazione agli artt. 12 e 13 della legge n. 104/1992, con particolare riferimento all'art. 13, comma 1, lett. a), in tema di coordinata programmazione tra servizi scolastici, servizi sanitari e socio-assistenziali.

L'esigenza di tutelare al massimo grado possibile, contemporaneamente, la salute psichica e l'inclusione scolastica dell'autistico, anche attraverso la costanza del sostegno didattico, può imporre la scelta di una soluzione individualizzata – nel caso di specie, la scelta di *quel particolare educatore*, e non di un altro – prevalente perfino sul potere organizzativo della pubblica amministrazione⁹⁰. Espressioni quali “intervento individuale”, “presenza stabile” “costantemente” riservata all'alunno disabile, appaiono come chiari indizi della necessità di riservare, in particolare al bambino autistico, un'attenzione che pieghi le esigenze della struttura amministrativa a quelle dell'individuo.

Come è noto, il nostro ordinamento prevede già uno “schema” di riferimento, “il piano educativo personalizzato”, teoricamente idoneo a consentire l'inclusione scolastica del soggetto autistico⁹¹. Tale strumento, strutturato in modo tale da consentire una valutazione dinamica e funzionale preordinata alla configurazione di interventi dettagliati e precisi, è teoricamente in grado di adattarsi anche alle esigenze dei soggetti autistici⁹². Tuttavia, la concreta realizzazione dei programmi previsti raramente raggiunge gli obiettivi da perseguire, anche a causa del fatto che la figura attorno alla quale ruota (o dovrebbe ruotare) il complesso e delicatissimo momento dell'inclusione scolastica non è dotata, almeno nella maggior parte dei casi, di adeguata preparazione⁹³. Ciononostante, segnali contraddittori sembrano provenire da alcuni recenti provvedimenti adottati dal legislatore.

⁹⁰ Si conferma, anche in questa occasione, il ruolo centrale che nel biodiritto è assunto dal giudice, il quale, posto di fronte al caso, «ne percepisce la drammaticità, può leggere il contesto, e questo non è irrilevante quando la sua decisione deve appunto confrontarsi con un parametro normativo che magari non c'è, o che deve essere in ogni caso integrato e combinato con i contenuti “aperti” che derivano dai principi e dalle clausole costituzionali indeterminate (quelle sulla dignità, sul pieno sviluppo della persona, sull'identità e sulla libertà personale), ovvero dal loro confronto con norme costituzionali più definite sul piano dei significati, come ad esempio quella sulla salute, con le sue implicazioni in termini di *self-determination* e consenso»; così A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 109. Si conferma, tuttavia, anche un ulteriore aspetto, anch'esso di valenza “sistemica”, ma dettato da carenze organizzative e gravi disparità territoriali. Infatti, a fronte della incapacità degli istituti scolastici di rispondere adeguatamente alle esigenze degli studenti disabili, l'unica strada che rimane ai loro genitori è di agire in giudizio, «per veder riconosciuto ai propri figli (almeno) un aumento delle ore con l'insegnante specializzato», come rileva S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti?*, cit., pp. 293-294.

⁹¹ Sul punto, L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., 20-26; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti?*, cit., pp. 273-279.

⁹² Per questi soggetti, tra l'altro, è possibile fare ricorso a specifici programmi educativi che hanno ottenuto l'approvazione della comunità scientifica. Tra questi, in particolare, si segnala il programma TEACCH – *Treatment and education of autistic and related communication handicapped children* –, che «ha mostrato (...) di produrre miglioramenti sulle abilità motorie, le performance cognitive, il funzionamento sociale e la comunicazione in bambini con disturbi dello spettro autistico»; in questo senso, *Linea guida 21*, cit., p. 41.

⁹³ Ampia, in tal senso, la documentazione raccolta dal CNB (*op. cit.*, pp. 63-65) nel corso delle audizioni da esso predisposte; nello stesso senso, L. MAZZONE, *op. cit.*, p. 49.

L'art. 1, comma 109, lett. b) della legge n. 107/2015⁹⁴ ha previsto che distinte prove concorsuali, per titoli ed esami, siano riservate ai posti di sostegno, con la formazione di una distinta graduatoria di merito. In questa sede, mette appena conto rilevare che il Decreto del Direttore generale per il personale scolastico⁹⁵, emesso in applicazione della richiamata disposizione legislativa, nell'individuare i requisiti di ammissione al concorso, si limita a disporre che il candidato sia «*in possesso del titolo di specializzazione sul sostegno*»⁹⁶, senza che questo debba presentare una ulteriore qualificazione. Nessun riferimento è quindi effettuato in relazione alle specifiche conoscenze necessarie per adeguatamente curare il percorso formativo di un soggetto affetto dalla sindrome dello spettro autistico. Come se non ci fosse differenza tra le diverse disabilità o le relative esigenze.

5. Brevi (e parzialissime) considerazioni conclusive

Azzardare conclusioni su un argomento multiforme e complesso che pone molteplici e variegate questioni giuridiche, rappresenta quasi una “contraddizione in termini”. Tanto più che diversi profili, pure decisivi ai fini della tutela del soggetto autistico, non sono stati neppure sfiorati. Si pensi, ad esempio, alla questione dell'inclusione lavorativa o a quella, non meno interessante, della configurabilità della diagnosi precoce come trattamento obbligatorio. A tacere, infine, dell'enorme tema della cura e del trattamento, farmacologico e non, di chi sia colpito da questa disabilità, o del “dopo di noi”, che mostrando nella sua ellissi tutta l'angoscia per il vuoto di un futuro incerto, è il primo e ultimo pensiero del genitore di un autistico⁹⁷. Nel tentativo di lambirne alcuni, si è espressa la convin-

⁹⁴ «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti».

⁹⁵ «Concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente per i posti di sostegno dell'organico dell'autonomia della scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo e secondo grado», 23 febbraio 2016, pubblicato in G.U. 4ª Serie Speciale – Concorsi ed Esami n. 16 del 26 febbraio 2016.

⁹⁶ Art. 3, Decreto cit.

⁹⁷ Tema, quello del “dopo di noi”, che merita approfondimenti ben più seri delle brevi osservazioni contenute in questa nota. In tal senso, si consideri E. VIVALDI, *op. cit.*, ove il complesso problema è affrontato da differenti ma reciprocamente integranti prospettive. In particolare, è rilevante sottolineare come il prendersi cura dei soggetti disabili, specialmente nella prospettiva del «dopo di noi», obblighi a un ripensamento (se non proprio a un superamento) di un paradigma dominante il pensiero occidentale. Infatti, come ricorda Stefano Zamagni, il contrattualismo razionalista è strutturalmente incapace di rispondere alla seguente domanda: «cosa ne è di coloro che, non essendo indipendenti né autonomi, perché disabili, non sono in grado di negoziare e dunque non sono in grado di sottoscrivere il contratto sociale?» (E. VIVALDI, *op. cit.*, p. 10). Una domanda che impone una risposta complessa, che non può circoscritta nella soluzione “pubblica”, ma che inevitabilmente comporta il coinvolgimento del terzo settore e degli strumenti di diritto privato. Questa, del resto, sembra la filosofia di fondo delle «Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare», disegno di legge A.S. 2232, approvato definitivamente in data 14 giugno 2016. Un intervento normativo che, pur apprezzabile negli intenti, sembra far emergere non pochi motivi di perplessità; motivi di perplessità ai quali qui è possibile solo rapidamente accennare, rinviando a ben altre letture l'ideale approfondimento. «La presente legge (...) è volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità», recita l'art. 1, comma 1, dell'atto in questione. Il comma 2 aggiunge che esso «disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, non determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità, prive di sostegno familiare in quanto mancanti di entrambi i genitori o perché gli stessi non sono in grado di fornire l'adeguato sostegno genitoriale, nonché in vista del venir meno del sostegno familiare, attraverso la progressiva presa in carico della

zione circa la centralità della “forza sistemica” delle problematiche poste dall’ASD, tali da costringere il giurista a osservarla e a considerarla, contemporaneamente, da più punti di vista.

Del resto, come spesso accade, quando a venire in considerazione è il fondamentale diritto individuale alla salute, la questione relativa al connesso interesse della collettività non è da esso facilmente scindibile. Lo è ancora meno nell’ipotesi considerata, riguardando essa una forma di disabilità in grado di sfinire psicologicamente, fisicamente ed economicamente le famiglie degli autistici. Con ricadute, ovviamente, anche extrafamiliari.

Infatti, riuscire ad includere socialmente i soggetti autistici, adattando il sistema alle loro esigenze, costituisce una prova della capacità del nostro ordinamento di consentire effettivamente a tutti di sviluppare le proprie facoltà, in prospettiva del progresso spirituale e materiale dell’intera società⁹⁸.

persona interessata già durante l’esistenza in vita dei genitori». Lo stato di disabilità grave, a sua volta, è definito in relazione a quanto disposto dall’art. 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, mentre le due “anime” dell’intervento in questione, quella “pubblicistica” e quella “privatistica”, sono rispettivamente incarnate, essenzialmente, dagli artt. 3-4 («istituzione del Fondo per l’assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare» e «finalità del Fondo»), e 6 («istituzione di trust, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione»). In particolare, ai sensi della legge n. 104/1992, la disabilità si definisce grave «qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l’autonomia personale, correlata all’età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» (cfr. art. 3, comma 3). Proprio il tipo di intervento necessario per chi, affetto da una grave forma di autismo, veda compromesse capacità relazionali e fortemente limitate abilità essenziali per la vita quotidiana. Inoltre, dato che «non esiste un momento di esordio della malattia, perché autistici si nasce» – come ricorda L. MAZZONE, *op. cit.*, p. 127 – non sembra poter venire in considerazione la limitazione di cui all’art. 1, comma 2, secondo la quale le misure di assistenza, cura e protezione previste a favore delle persone con disabilità grave richiedono che quest’ultima non sia «determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità». Il dato dovrebbe facilitare l’applicazione di questa normativa a beneficio dei soggetti autistici, pur suscitando non poche perplessità dal punto di vista della precisione giuridica adottata (in tal senso, si consideri M. D’AMICO, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto “Dopo di noi”*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1/2016, 4 aprile 2016, 6). Tornando ai due settori di intervento, partendo da quello pubblico, e tralasciando qualsiasi valutazione in merito alla congruità della dotazione del Fondo (art. 3, comma 1) e al suo ancor non specificato “funzionamento” (art. 3, commi 2 e 3), critiche possono avanzarsi in merito alla descrizione delle sue ambiziose finalità. Come è stato osservato, esse assumono i contorni di «*generiche indicazioni di principio*» - cfr. M. D’AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 9 – che, proprio a causa del loro carattere indefinito e vago, porranno prevedibilmente serie questioni di carattere interpretativo. Ad esempio, affermare che il Fondo mira a «sviluppare, ai fini delle lettere a) e c), programmi di accrescimento della consapevolezza, di abilitazione e di sviluppo delle competenze per la gestione della vita quotidiana e per il raggiungimento del maggior livello di autonomia possibile delle persone con disabilità grave» (cfr. art. 4, comma 1, lett. d)), sembra semplicemente esprimere il senso complessivo del provvedimento normativo, senza assegnare al Fondo una peculiare, e quindi apprezzabile, funzione. In ogni caso, l’efficacia di questo strumento risulterà cruciale anche in relazione alla fondatezza delle critiche avanzate al secondo tipo di intervento, delineato dall’art. 6. Infatti, come è stato giustamente osservato, è forte la spiacevole “sensazione” che «la possibilità di istituire un trust a favore di persone con disabilità grave sembr[i] interessare unicamente quella fascia di popolazione che ha la effettiva possibilità di conferire ad un trust beni sufficienti a garantire la realizzazione di una vita dignitosa della persona con disabilità dopo la morte dei genitori» (così M. D’AMICO, G. ARCONZO, *op. cit.*, p. 12). La spiacevole “sensazione” che nemmeno nella disabilità vi sia pari dignità sociale, senza distinzione di condizioni personali e sociali.

⁹⁸ Ciò vale maggiormente per quelli dotati di un livello intellettuale nella norma, forse proprio per questo più esposti a frustrazioni e sentimenti di scarsa autostima che, in assenza di adeguata cura, non di rado sfociano in atti di suicidio. Per questa ragione si afferma «the need for appropriate service planning and support to reduce

Ma si tratta di una prova estremamente difficile da superare⁹⁹. Non a caso, siamo ben lontani dal raggiungere questo orizzonte, che, soprattutto nei casi di autismo grave, non può essere – nel nostro come in altri sistemi – neppure preso in considerazione. Ben altre esigenze, qui e ora, affliggono le famiglie dei soggetti autistici, alle quali il legislatore ha cercato di dare risposta con l'intervento, comunque incompleto, dell'agosto del 2015.

In particolare, sebbene il sistema scolastico si sia finora dimostrato incapace di assicurare l'effettiva inclusione dei bambini autistici, nessun sistematico provvedimento è stato finora intrapreso per venire incontro alle loro peculiari esigenze, e per correggere gli errori che quotidianamente vengono commessi.

Tutto ciò è dovuto anche a gravi errori di prospettiva. Ma, come è stato osservato, «la mente delle persone autistiche funziona in modo differente. Finché continueremo a considerare bambini e adulti autistici solo attraverso il nostro punto di vista, non otterremo che insuccessi»¹⁰⁰.

risk in this clinical group», come si legge in S. CASSIDY ET AL., *Suicidal ideation and suicide plans or attempts in adults with Asperger's syndrome attending a specialist diagnostic clinic: a clinical cohort study*, in *The Lancet Psychiatry*, Volume 1, Issue 2, July 2014, pp. 142-147.

⁹⁹ Una prova che richiede uno sforzo culturale notevolissimo, obbligandoci a un vero e proprio sovvertimento del comune distinguere tra "normalità" e "anormalità", per avvicinarci a quello più adeguato di neurodiversità. Infatti, come con efficace metafora è stato detto, «just because a computer is not running Windows doesn't mean that it's broken», perché «the brain is, above all, a marvelously adaptive organism, adept at maximizing its chances of success even in the face of daunting limitations». Così, S. SILBERMAN, *Neurotribes. The Legacy of Autism and the Future of Neurodiversity*, New York, 2015, p. 471.

¹⁰⁰ L. MAZZONE, *op. cit.*, p. 54.

Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento

*Elena Mancini**

AUTONOMY AS INTEGRITY: REFLECTING ON LIVING WILL

ABSTRACT: The aim of this article is to inquire about the possibilities and the limits offered by living will and explains the debate on which the Italian legislative branch is still examining and discussing. A special attention is given to the meaning of artificial nutrition and hydration.

A regard is given to the capacity that the brainimaging technique has to realize a more exact prognosis of the cerebral recovery possibilities in order to reduce the diagnostic mistakes and the cases of life- sustaining treatment interruptions of people only apparently lacking of mental capacity.

With regard to the ethical decisions to put an end to life, the author proposes to revise the traditional ethical debate about the difference between killing or leaving to die by natural death, in the light of the new moral choices that the actual new acquisition techniques of fMRI made possible.

Finally, it has been proposed to support the individual freedom in the choice to interrupt or not life- sustaining treatments, the Ronald Dworkin concept of individual freedom. This conception has been introduced as a central and unavoidable element of the individual identity and as an unavoidable condition for a human self-respect.

KEYWORDS: Individual freedom (autonomia individuale); Living will (testamento biologico); Persistent Vegetative state (stato vegetativo persistente); Minimal Conscious State (stati minimali di coscienza); Life-sustaining treatment (idratazione e alimentazione artificiale).

SOMMARIO: Premessa – 1. Le direttive anticipate di trattamento – 2. L’etica medica – 3. L’alimentazione e l’idratazione artificiale – 4. L’autonomia come integrità – 5. Riferimenti bibliografici.

Premessa

La morte è un fatto naturale, un fenomeno che riguarda noi come gli altri viventi, ma proprio in questo suo negare all’esistenza qualsiasi peculiarità propriamente umana sta la sua inaccettabilità per noi. La morte, intesa come dissoluzione dell’io è inoltre inaccettabile proprio in quanto l’io ne è consapevole. E, anzi, proprio il pensiero della morte, come ben posto in evidenza da Martin Heidegger è in grado di catalizzare la consapevolezza di sé stessi, poiché impone l’interrogazione sul senso della

* *Primo Tecnologo, Istituto di Tecnologie Biomediche, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

vita. La capacità di concepire sé stessi, per un verso come un soggetto tra gli altri nel mondo, e per come un io irriducibile agli altri e irripetibile, il conflitto cioè tra accettazione del reale e richiesta di senso del proprio esistere e la consapevolezza stessa di tale conflitto, è, probabilmente, come osserva Thomas Nagel, all'origine della percezione dell'assurdo che è inevitabilmente connaturata all'esistenza umana.

L'attuale interesse per il dibattito intorno al testamento biologico, deriva probabilmente dall'acutizzarsi del contrasto tra un morire sempre più medicalizzato, tecnologizzato e impersonale e la richiesta che al morire sia, per quanto possibile, restituita una dimensione propriamente umana, sia pure attraverso l'espressione di decisioni sul proprio corpo. Tale processo rappresenta un'inversione di tendenza rispetto alla negazione della morte, alla cessazione del *discorso* sulla morte: evento da delegare ad agenzie sociali e relegare in luoghi deputati, quali gli ospedali. Osserva in proposito Stefano Rodotà: «Nella morte moderna pubblico e privato erano separati e il primo dominava sul secondo. Le emozioni del paziente erano ignorate ed egli veniva trasformato in un oggetto, in un caso, in un luogo di malattia. Nella morte post-moderna, pubblico e privato si intersecano e si rimandano: il privato invade e frammenta il discorso pubblico»¹. Una inversione di tendenza che tuttavia non potrà dirsi compiuta se non quando accanto all'umanizzazione della morte, non sussista anche il recupero della padronanza di sé: «Dalla solitudine il morente non esce se gli si assicura soltanto l'accoglienza di ambienti adeguati, il ritorno della vicinanza degli affetti. E' il conforto del possesso di sé che deve essergli assicurato»².

Nell'epoca della scienza e della medicina tecnologizzata, controllare il processo del morire per quello che esso è oggi, un calvario lungo dovuto a malattie croniche inguaribili, procrastinato da cure sofisticate, sospeso per un tempo indefinito in caso di stato vegetativo irreversibile, equivale a riappropriarsi del diritto a decidere sul proprio corpo, estendendo al contesto di fine vita il principio di consenso informato già ampiamente riconosciuto per tutti gli altri trattamenti medici. Il consenso informato rappresenta il cardine intorno al quale ruota la medicina contemporanea il cui esercizio sul corpo del paziente, pur essendo legittimato dal fine del recupero della salute, non è lecito senza il consenso di quest'ultimo, ed ha costituito la traduzione normativa più diretta del progressivo riconoscimento dell'autonomia del paziente.

1. Le direttive anticipate di trattamento

Le direttive anticipate di trattamento, o testamento biologico appaiono logicamente coerenti al principio per cui la decisione ultima riguardo a quali trattamenti medici operare o sospendere resta del paziente anche se la conseguenza del rispetto delle sue volontà comporta l'anticipazione della morte. Il testamento biologico ha, come è evidente, il compito di raccogliere tali volontà in modo che esse possano costituire una guida per il medico nel caso in cui il paziente, divenuto incompetente, si trovasse nelle circostanze descritte. Nella sua interpretazione più ampia, esso prevede che in caso di malattia debbano essere rispettate le disposizioni "ora per allora" del soggetto attualmente competente, nella sua interpretazione più restrittiva, invece, il ricorso al testamento biologico appare giusti-

¹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2009, p. 260.

² S. RODOTÀ, *op. cit.* p. 260.

ficato solo in caso di malattia grave, incurabile e in fase avanzata, o nel caso in cui la coscienza sia irrecuperabile come nello stato vegetativo permanente. Il disegno di legge italiano, a suo tempo approvato alla camera (noto come disegno di legge Calabrò, riproposto con ampie modifiche all'interno di un altro disegno di legge attualmente in discussione in Senato -Commissione Igiene e Sanità- insieme tuttavia a diversi altri disegni di legge) segue come è evidente, l'interpretazione più restrittiva. Pur essendo stato presentato quale giusta e doverosa applicazione del principio di consenso informato espresso in previsione della possibile futura perdita della capacità di intendere e di volere, la sua applicazione è chiaramente limitata alle scelte da effettuarsi in prossimità della morte o qualora sopravvenga uno stato vegetativo permanente (SVP).

Si tratta, come è noto, di un disegno di legge molto criticato. I nodi maggiormente problematici riguardano due aspetti in particolare: la non vincolatività per il medico delle disposizioni contenute nel testamento biologico (art.7 comma 1) e il divieto di interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiali considerate misure di sostegno vitale ordinarie e quindi non assimilabili a una forma di accanimento terapeutico. Il testo infatti, all'art. 3 comma 5, stabilisce che: «L'alimentazione e l'idratazione artificiale, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento». Il disegno di legge è stato spesso messo a confronto con un omologo documento prodotto dalla Conferenza Episcopale tedesca e dal Consiglio della Chiesa Evangelica in Germania, che pur non considerando lecita l'eutanasia attiva (o diretta) in quanto in contrasto con la «concezione cristiana dell'uomo» ammette la possibilità di sospendere o di non iniziare i trattamenti, ricomprendendo tra questi anche la nutrizione e idratazione artificiale. La natura di atti «proporzionati o straordinari» di tali misure deve essere infatti valutata in base alle circostanze concrete e caso per caso. È inoltre ammessa la possibilità di eutanasia "indiretta", cioè di un'accelerazione del processo del morire dovuta alla terapia farmacologica per la sedazione del dolore e il controllo complessivo dei sintomi della malattia. Infine è esplicitamente prevista la possibilità di rifiutare o interrompere tutti i trattamenti medici in atto anche se da questa decisione «dovesse seguire la morte» oppure «danni gravi o durevoli per la salute».

A seguito di un inteso dibattito pubblico condotto in diverse sedi e promosso da differenti istituzioni, comprese le autorità ecclesiastiche, che ha fatto registrare un larghissimo consenso dell'opinione pubblica in merito al testamento biologico, il Bundestag tedesco ha emesso infine il 18 giugno 2009 un testo di legge che prevede il riconoscimento delle disposizioni del paziente (*Patientenverfugung*). In base ad essa un maggiorenne può predisporre per iscritto il consenso o rifiuto a sottoporsi ad esami, cure o interventi medici «nel caso in cui si trovasse nell'incapacità di prestare consenso»; tale dichiarazione è sempre revocabile «senza vincoli di forma». La legge prevede la vincolatività per il medico delle disposizioni precedentemente date dal paziente, indipendentemente dallo stadio e dalla natura della malattia anche se questo dovesse comportarne la morte. Il testo di legge, inoltre, prevede la designazione dell'amministratore di sostegno cui è delegata la funzione di verificare la corrispondenza di quanto descritto nel documento alle circostanze attuali nonché l'interpretazione della reale volontà del paziente. La delega prevista è piuttosto ampia soprattutto in quanto include la possibilità di ricostruire la volontà del paziente anche se espressa oralmente o sulla base di manifesti valori etici, politici, religiosi. L'articolo 1- Modifica del Codice civile, § 1901a - Disposizioni del paziente

prevede infatti che: «In mancanza di *Disposizioni* scritte del paziente o qualora le sue *Disposizioni* non riguardassero realmente la situazione venutasi a creare (stato di salute e trattamenti possibili), il tutore deve appurare i desideri riguardo ai trattamenti o la volontà presunta del suo assistito e decidere di conseguenza se dare o negare il consenso a uno dei trattamenti medici di cui al comma 1. La volontà presunta va accertata in base a elementi concreti. Sono da considerare in particolare affermazioni, a voce o scritte, fatte in precedenza dall'assistito, suoi convincimenti etici o religiosi ed eventuali altri suoi valori di riferimento»³.

Il testo di legge prevede inoltre al primo comma di detto articolo che «Se un maggiorenne capace di prendere decisioni in merito ha dichiarato per iscritto, in previsione della propria eventuale futura incapacità, di dare o negare il suo consenso (*Disposizioni del paziente*) a determinati trattamenti diagnostici, terapeutici o chirurgici, all'epoca non ancora imminenti, il tutore verifica se tali dichiarazioni riguardano realmente la situazione venutasi a creare (stato di salute e trattamenti possibili). In caso affermativo il tutore deve rendere nota e far rispettare la volontà del suo assistito. Le *Disposizioni del paziente* possono, in qualsiasi momento, essere revocate senza alcuna formalità»⁴.

Il testo di legge merita a tal proposito alcuni commenti. È stata in particolare sottolineata⁵ la problematicità della ricostruzione della volontà espressa oralmente dal paziente in quanto soggetta a possibili contraddizioni, difficoltà di interpretazione e valutazioni del tutto arbitrarie. Appare difficile, infatti, comprendere come una volta istituito uno strumento legale per la deposizione *scritta* delle proprie volontà, dovrebbe considerarsi ancora giuridicamente valida l'espressione orale di tali volontà o a maggior ragione la ricostruzione di queste sulla base di valori, credo religioso e convinzioni etiche del paziente. Come è stato giustamente osservato risulta assai difficile su queste basi giungere ad una lettura univoca e oggettiva della volontà del paziente.

Un ulteriore punto di interesse è certamente rappresentato dalla distinzione, che ha assunto una importanza fondamentale in bioetica, tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva. Si tratta, come ben noto, di una distinzione che deriva dalla classica impostazione morale che assegna la preminenza ai doveri negativi rispetto a quelli positivi, impostazione ripresa e ampiamente discussa proprio riguardo ai contesti quali l'inizio e la fine della vita umana. Recentemente, lo sviluppo delle tecniche di *imaging* funzionale del cervello hanno reso possibile una nuova comprensione dei processi neurologici che inducono a scegliere, a parità di condizioni, in favore del lasciar morire piuttosto che dell'uccidere. Un esperimento mentale ipotizzato già alla fine degli 70 da Philippa Foot⁶, è stato a tal fine riproposto a soggetti sottoposti a tecniche di fMRI⁷ da Joshua Greene allo scopo di verificare l'attivazione delle aree cerebrali implicate nella decisione e di valutare le reazioni originate dalla simulazione della scelta morale da attuare in due differenti contesti.

³ Si riporta qui la traduzione orientativa della *Patientenverfügungen*, "Disposizioni del paziente" tratta da *Micromega* in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-germania-ce-lha-fatta-e-noi/>

⁴ *Ibidem*.

⁵ G. MAZZOTTA, *Le direttive anticipate di trattamento nell'esperienza legislativa tedesca*, http://www.avvocatidifamiglia.net/moduli/82_Direttive%20anticipate%20e%20AdS.pdf.

⁶ P. FOOT, *The problem of abortion and the doctrine of the double effect*, in P. FOOT, *Virtues and Vices*, Oxford Basil Blackwell, 1978. Una edizione precedente dello stesso scritto era apparsa in *Oxford Review*, num. 5, 1967.

⁷ La descrizione dell'esperimento si trova in JOSHUA D. GREENE ET AL., *An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment in Science* Vol. 293 14 Sept. 2001, pp. 2105-2108 (<http://www.sciencemag.org>).

L'“esperimento mentale” proposto richiede di immaginare di trovarsi in due situazioni in cui occorre fare una scelta che comporta un conflitto morale. Si tratta di immaginare di essere alla guida di un carrello il cui percorso minaccia di investire cinque persone che si trovano sulle rotaie, la cui vita può tuttavia essere salvata a fronte della scelta alternativa di sacrificare la vita di una sola persona (il conflitto è quindi dato dalla necessità di scegliere chi e quante persone debbano morire). Il conducente, tuttavia, può far cambiare percorso al carrello così da deviarne la rotta su altri binari: in questo modo può salvare la vita di cinque persone, al costo tuttavia di investire una persona che si trova sui binari del nuovo percorso. Occorre comunque, come osserva Foot, prendere una decisione e fare una scelta che in ogni caso avrà un esito tragico. Emerge qui con chiarezza la differenza etica relativa alla scelta di uccidere una persona invece di cinque. La maggior parte delle persone, cui è stato posto il quesito etico, ritengono razionale deviare il percorso del carrello in modo da minimizzare le vittime.

Nella seconda versione dell'esperimento mentale, non è invece possibile modificare il percorso del carrello: per evitare di investire le persone che si trovano sulle rotaie occorre tentare di fermarlo. Viene quindi proposto di spingere giù da un ponte che attraversa i binari un uomo molto grasso che si trova a passarvi, il cui corpo dovrebbe creare un ostacolo sufficiente ad interrompere la corsa del carrello. La maggior parte delle persone, poste di fronte a tale nuovo quesito etico, esita e pochi si dichiarano disposti a fare questa scelta, che comporta l'uccisione diretta di una persona. L'analisi tramite la tecnica di fMRI, in questo secondo scenario, evidenzia l'attivazione di aree emozionali, piuttosto che cognitive che sembrano indurre tale atteggiamento.

Tale acquisizione scientifica ha rinnovato l'interesse per la discussione in merito alla distinzione morale tra atti ed omissioni, che come è noto, trova una delle sue principali applicazioni proprio nell'argomento in favore della liceità dell'eutanasia passiva rispetto all'eutanasia attiva. Questa impostazione morale, infatti, sembra riconducibile all'attivazione di aree cerebrali differenti, con una chiara implicazione di reazioni emotive negative nei confronti dell'uccidere, reazioni non presenti qualora la decisione riguardi invece il semplice lasciar morire. In altri termini l'esperimento sembra dare un nuovo fondamento empirico alla distinzione etica tra uccidere e lasciar morire.

Dal punto di vista strettamente logico, osserva ad esempio Judith Jarvis Thomson, mentre nel primo caso l'azione resta identica, in quanto riguarda comunque la guida del carrello nel secondo caso essa cambia molto in quanto implica la scelta di una vittima e l'azione diretta ad ucciderla. Thomson propone una ulteriore rielaborazione del caso immaginario del carrello, che può essere utile ricordare in questa sede in quanto descrive tale conflitto etico in un contesto più strettamente clinico. Il caso proposto può essere sintetizzato come segue «David è chirurgo molto bravo, specializzato in trapianti d'organo. Cinque suoi pazienti hanno bisogno di un nuovo organo, e tutti hanno un gruppo sanguigno molto raro. David viene a sapere che esiste un giovane, sano, che ha lo stesso gruppo sanguigno dei suoi pazienti. Può decidere di ucciderlo per prelevarne gli organi e salvare così i suoi pazienti o può non far nulla e lasciare che i suoi pazienti muoiano»⁸.

Sotto questa luce, conclude Thomson, la critica alla differenza etica tra l'uccidere e il lasciar morire, assume un significato certamente diverso. Tale differenza infatti, si basa sulla preminenza attribuita ai doveri negativi rispetto a quelli positivi, preminenza che implica non solo la maggior coerenza del

⁸ J.J. THOMSON, *The moral of the trolley problem*, in *Philosophical and Phenomenological Research*, Vol. XLVIII, num. 4, June 1988, p. 711, la traduzione orientativa dall'inglese è mia.

dovere di non uccidere rispetto al lasciar morire, ma anche la maggior coerenza del dovere di non uccidere rispetto al salvare la vita. Per dirla in altri termini, si può sostenere che le persone abbiano il diritto di non essere uccise, ma non il diritto di essere salvate. Il lasciar morire può essere paragonato all'uccidere solo nei casi in cui, come accennato poc'anzi, non è data la possibilità di una reale astensione dall'azione, poiché l'astensione, il non modificare il percorso del carrello, comporta comunque la responsabilità diretta della morte di alcune persone.

Sul piano giuridico inoltre, mentre l'ammettere che possa essere lecito per il medico astenersi dal trattare il paziente, se questi ne rifiuta le cure pur consapevole del rischio di morte, non equivale affatto al riconoscimento di un diritto di uccidere in quanto la morte sopravviene per cause naturali, al contrario, ammettere l'eutanasia attiva avrebbe delle implicazioni giuridiche molto più estese. Appare evidente, infatti, che se il fondamento logico ed etico del diritto di praticare l'eutanasia attiva è la volontà del paziente e non le condizioni cliniche oggettive in cui questi si trova, il riconoscimento di un diritto al "suicidio assistito" potrebbe essere esteso ad altri soggetti che ne facessero richiesta anche indipendentemente dalla presenza di una grave patologia. La scelta di morire grazie all'aiuto di un medico, effettuata da alcuni italiani che si sono recati in cliniche private svizzere, ha sollevato numerose critiche sul piano politico, etico e sociale anche per tale ragione⁹.

2. L'etica medica

Al di là delle consuete obiezioni sollevate dal suicidio, inteso alternativamente come un atto di coraggio o di viltà, resta aperta la questione etica relativa alla modificazione del rapporto medico paziente e alla stessa etica intrinseca alla professione medica che la pratica del suicidio assistito pone inevitabilmente. Si tratta, infatti, di una profonda frattura con l'etica medica tradizionale in quanto obiettivo della professione medica diviene in questo caso, accanto alla tutela della vita e della salute, il sollievo della sofferenza e dell'intollerabilità del vivere, anche attraverso la morte. La legittimazione poggia esclusivamente sul rispetto della volontà del paziente, che giudica in modo autonomo della qualità della sua vita. In questo caso la professione medica non trae la propria ispirazione dal perseguire un bene oggettivo: la salute e il sollievo della sofferenza dell'umanità, ma piuttosto dal perseguire la tutela della qualità della vita del *singolo* paziente e la *sua* volontà al riguardo. Un cambiamento così radicale dell'etica sottesa alla professione medica è implicita a mio avviso nella stessa definizione dei doveri del medico formulata nell'ultima versione del codice di deontologia medica: «Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna,

⁹ Vedi ad esempio la pagina di radio radicale dedicata a Lucio Magri in <http://www.radioradicale.it/argomenti/MAGRI>, e la pagina del Corriere della Sera http://www.corriere.it/opinioni/11_novembre_30/cacci-suicidio-assistito-magri_99296920-1b47-11e1-915f-d227e00dc4bd.shtml.

quali siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera»¹⁰. Ogni atto finalizzato a provocare o a favorire la morte è tuttavia anche “su richiesta del paziente” (art.17)¹¹.

Il tipo di rapporto con il paziente logicamente coerente a tale cambiamento sembra rimandare al modello del “contratto” la cui ragion d'essere non è data dal recupero della salute, ma dal soddisfacimento reciproco delle condizioni poste più o meno esplicitamente al momento dell'istaurarsi del rapporto. La responsabilità del medico nei confronti del paziente cambia di conseguenza completamente segno: dalla responsabilità diretta al bene del paziente, diviene la responsabilità verso l'autonomia del paziente, la cui soddisfazione è criterio di valutazione della correttezza etica dell'intervento del medico. Tale impostazione è stata fortemente criticata in quanto configurerebbe un tipo di rapporto medico/paziente di natura commerciale, frutto di una già sin troppo diffusa tendenza a considerare la salute e il corpo umano alla stregua di una merce¹². In altre parole, anche la “buona morte” in un simile contesto si comprenderebbe¹³. Per morire bene occorre avere una discreta disponibilità economica, ed un grado di consapevolezza di sé, lucidità e autonomia che limita la possibilità del suicidio assistito alle classi privilegiate per censo, cultura e posizione sociale. Il rischio opposto è invece paventato da chi ritiene che i più poveri ed emarginati socialmente, che già ora pagano il prezzo di una scarsa attenzione terapeutica, potrebbero subire di fatto forme più o meno indirette di eutanasia, nel caso in cui la legge consenta, come in Germania, la ricostruzione della volontà presunta del paziente.

Una riflessione a parte va invece fatta riguardo all'interruzione delle terapie di sostegno vitale in caso di stato vegetativo permanente. Una delle obiezioni più comuni alla richiesta di eutanasia passiva per questi soggetti si fonda sull'impossibilità di escludere del tutto la reversibilità dello stato vegetativo. Attualmente grazie all'uso di tecniche di *brainimaging* (*fMRI*) sembra ridursi il rischio di errori prognostici in merito all'irreversibilità.

Recenti studi condotti con le tecniche di *brainimaging* (*fMRI*) hanno consentito di evidenziare la presenza di un sia pur minimo livello di coscienza in soggetti con gravi danni cerebrali e del tutto privi della possibilità di manifestare alcun contatto con l'ambiente e alcuna consapevolezza di sé stessi (come negli stati vegetativi persistenti)¹⁴. L'utilizzo delle tecniche di *fMRI* (diffuso soprattutto negli Stati Uniti e in Gran Bretagna) ha reso possibile evidenziare l'eventuale grado di coscienza presente non rilevabile attraverso l'esame clinico o la strumentazione diagnostica tradizionale. Gli studi sono stati eseguiti sottoponendo i soggetti che non manifestano alcun contatto con l'esterno a tecniche di

¹⁰ FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGICI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica*, 18 maggio 2014, art. 3 (doveri generali e competenze del medico) cit., in <https://portale.fnomceo.it/fnomceo/showVoceMenu.2puntOT?id=121>.

¹¹ FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGICI E DEGLI ODONTOIATRI, *Codice di deontologia medica 2014*, <https://portale.fnomceo.it/fnomceo/Codice+di+Deontologia+Medica+2014.html?t=a&id=115184>.

¹² V. G. GARRAFA, *La merce finale*, Milano, 1996.

¹³ Vedi ad esempio la pagina dedicata alla fuga degli italiani nelle cliniche svizzere in <http://www.lastampa.it/2016/01/15/italia/politica/ducento-italiani-lanno-in-fuga-in-svizzera-per-scegliere-di-morire-Ke6wiAGvSJecOG9RGcp4pJ/pagina.html>.

¹⁴ Devo questa e le osservazioni seguenti a A. ROSKIES, *Neuroethics*, presentazione orale in occasione dell'audizione presso la Commissione per l'Etica della Ricerca e la Bioetica, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 14 dicembre 2011.

scansione cerebrale in grado di rilevare l'attivazione di aree cerebrali note: la sollecitazione indotta, ad esempio, dalla richiesta di immaginare il compimento di azioni usuali quali il giocare a tennis, ha prodotto in alcuni pazienti l'attivazione di aree cerebrali deputate alla prefigurazione dell'azione dimostrando la presenza di coscienza pur in assenza di alcuna possibilità di interazione con l'esterno¹⁵. La possibilità di giungere ad una prognosi più certa in merito alla possibilità o meno di un recupero futuro delle funzioni cerebrali e di ridurre l'errore diagnostico, ha una notevole rilevanza sul piano etico e deontologico poiché su di essa si basa la decisione di sospendere le terapie di sostegno vitale al paziente. Inoltre, perlomeno in alcuni casi, è ipotizzabile la possibilità, di evidente importanza sul piano etico e giuridico, di verificare la volontà del soggetto di continuare a vivere o meno anche in condizioni di totale disabilità. Gli studi condotti hanno quindi il pregio di dimostrare come sia possibile, per un verso, ridurre il numero di casi di interruzione di sostegno vitale a soggetti solo in apparenza privi di capacità di coscienza e, per l'altro, di disporre di una prova indiretta della volontà del soggetto attraverso le tecniche di *brainimaging*.

3. L'alimentazione e l'idratazione artificiale

Uno degli aspetti cruciali relativi alla sospensione dei trattamenti medici in caso di stato vegetativo permanente è data come ben noto dalla definizione stessa di terapia di sostegno vitale, da alcuni assimilata ad una cura ordinaria per la persona e non ad una forma di intervento medico. La discussione è stata alimentata dal forte potenziale evocativo e simbolico del nutrire e dal significato di accudimento doveroso che esso assume soprattutto nei confronti dei più deboli e di chi non è in grado di procurarsi il cibo da sé. Di converso, il lasciar morire volontariamente e consapevolmente di sete e di fame una persona, appare come la negazione della più elementare forma di umanità. Nei confronti di tale dibattito che ha assunto toni spesso fortemente retorici, le società scientifiche¹⁶ e gli operatori sanitari più direttamente implicati, hanno opposto le evidenze scientifiche e gli ultimi pronunciamenti degli organismi internazionali che definiscono in modo inequivocabile la nutrizione artificiale come una forma di trattamento medico a scopo terapeutico o preventivo, che richiede specifiche competenze per la somministrazione, la scelta dei nutrienti, la gestione delle eventuali complicanze ed effetti collaterali. Inoltre, la nutrizione artificiale, è oggetto di consenso informato da parte di un paziente competente e può essere ricompresa tra i trattamenti di cui si chiede la non attuazione o la sospensione nelle direttive anticipate. Tuttavia, nei pazienti in stato vegetativo permanente la nutrizione artificiale non è di alcun beneficio al fine di un possibile miglioramento del quadro clinico. Per quanto concerne i pazienti in fase terminale, la stima dei costi/benefici arrecati dalla nutrizione e idratazione artificiale è più problematica, in quanto sembra esservi un sostanziale bilanciamento tra i possibili effetti positivi e negativi sul piano della qualità di vita del paziente (ad esempio a fronte di un parziale miglioramento della qualità di vita del paziente, la nutrizione artificiale prolunga la fase agonica). Di conseguenza, sul piano strettamente clinico l'alimentazione artificiale ha indicazioni differenti in base alla patologia, allo stadio della malattia, alle condizioni complessive in cui versa il pa-

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SOCIETÀ ITALIANA ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAATI), *Raccomandazioni in materia di nutrizione e idratazione*, <http://www.siaarti.it/Bioetica/Pages/ricerca/linee-guida-e-raccomandazioni.aspx>.

ziente. La Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE) precisa al riguardo: «Per maggior chiarezza consideriamo le diverse problematiche inerenti a situazioni cliniche differenti. Ad esempio, pensiamo a un malato in terapia intensiva a prognosi rapidamente infausta, a un malato oncologico terminale e a un malato in stato vegetativo permanente:

- nel primo caso, il giudizio medico è di per sé sufficiente per una valutazione di verosimile inappropriata o appropriatezza del trattamento nutrizionale;
- nel secondo caso, l'opportunità o meno di instaurare o continuare la NA deve derivare da una valutazione medica sia del potenziale beneficio sulla qualità di vita sia delle potenziali complicazioni associate al trattamento (ovvero, ad una valutazione di costo/efficacia e rischio/efficacia). Tale valutazione è basata sulle linee guida nazionali e internazionali e concorrerà alla decisione finale presa nell'ovvio rispetto della volontà del malato e con il suo necessario consenso;
- nel terzo caso, dove la NA si pone come terapia sostitutiva, certamente efficace nel mantenere lo stato nutrizionale del malato (e talora indispensabile per mantenerlo in vita), la valutazione sulla opportunità di sospendere questo o altri trattamenti sostitutivi implica considerazioni complesse di natura etica e giuridica che esulano da una valutazione puramente e squisitamente medica; ciò nondimeno, anche in questa ultima situazione, il giudizio medico è di importanza cruciale, poiché garantisce il necessario e imprescindibile supporto tecnico-scientifico a decisioni di ordine etico o giuridico»¹⁷.

In conclusione, sembra di poter affermare che certamente la nutrizione artificiale debba essere considerata un atto medico e che, in quanto tale, debba ricadere nell'ambito della deontologia medica e della normativa diretta a definire i diritti del paziente ed eventualmente i limiti dell'esercizio del consenso informato. La nutrizione artificiale è quindi da intendersi quale trattamento medico, e in quanto tale non può essere attuata senza previo consenso da parte del paziente e va sospesa qualora questi lo richieda. Osserva a tal proposito la Commissione di bioetica della Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI): «nei malati critici l'alimentazione e l'idratazione non sono garantite nella mera forma del cibo e dell'acqua ma come composti chimici con formule definite, appropriate alla patologia, in dosaggi definiti». Per tali composti è prevista la prescrizione medica, la scelta della via di somministrazione e sono necessarie specifiche competenze per la gestione dei possibili effetti collaterali: «la nutrizione e l'idratazione richiedono da parte del medico il rispetto dell'autonomia del malato o del suo rappresentante attraverso l'ottenimento di un consenso informato come qualsiasi altro atto medico terapeutico o diagnostico»¹⁸.

Una simile interpretazione rende del tutto legittima la richiesta che la nutrizione artificiale sia inclusa tra i trattamenti medici di cui è lecito chiedere la sospensione attraverso le direttive anticipate, da applicare qualora il paziente divenga incapace. Va poi osservato che è errato ritenere che la rinuncia all'ostinazione terapeutica denoti la tendenza ad una maggior disinteresse per i pazienti o una scarsa qualità nell'assistenza: i dati disponibili in merito alla sopravvivenza relativi a diversi centri in cui vie-

¹⁷ CONSIGLIO DIRETTIVO E COMMISSIONE DI BIOETICA DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI NUTRIZIONE PARENTERALE ED ENTERALE, *Precisazioni in merito alle applicazioni bioetiche della nutrizione artificiale*, 2007, p. 4 in <http://www.desistenzaterapeutica.it/files/sinpe.pdf>.

¹⁸ COMMISSIONE DI BIOETICA DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAARTI), *Parere ufficiale in materia di fine vita, stati vegetativi, nutrizione e idratazione*, in *Nutritional Therapy & Metabolism*, Gennaio/Marzo 2010, p. 4.

ne effettuata la terapia intensiva, sembrano piuttosto dimostrare che esiste una corrispondenza tra efficacia terapeutica, qualità delle cure e capacità di desistere da trattamenti inutili che comportano un ulteriore aggravio per il paziente. Si può quindi affermare che non esiste una buona medicina senza una buona prassi etica, o come è in uso dire: «Evidence Based Medicine parallels Ethics Based Medicine»¹⁹.

4. L'autonomia come integrità

La discussione degli aspetti più strettamente etici relativi alle questioni di fine vita, può essere ricondotta ad alcuni principi bioetici che è utile enucleare al fine dell'analisi concettuale delle diverse argomentazioni proposte. Gran parte del dibattito bioetico in favore del riconoscimento del "diritto a morire" è centrato sul riconoscimento dell'autonomia del paziente che si esprime anche nella libera disposizione del proprio corpo. Il principio di autonomia, come noto, ha profondamente modificato la relazione medico paziente e la stessa etica medica tradizionale. Quest'ultima, infatti, affidava al medico la scelta e la decisione in merito agli interventi e alle terapie ritenute più utili ed efficaci ai fini della guarigione del paziente. Il medico, in altre parole, era chiamato ad una piena ed esclusiva responsabilità di perseguire il bene del paziente, bene riguardo al quale quest'ultimo non era considerato sostanzialmente in grado di decidere poiché privo della necessaria competenza. Nella prospettiva attuale, obiettivo del rapporto medico paziente resta naturalmente la guarigione e la tutela della salute del paziente, ma spetta a quest'ultimo, tranne i casi di urgenza, accettare o meno gli interventi e le terapie indicate. Il principio di autonomia, tuttavia, sottende una prospettiva più ampia, in cui la salute non è più intesa quale bene oggettivo, universale e impersonale, quanto piuttosto come un bene la cui preminenza rispetto ad altri beni personali deve essere decisa dal soggetto stesso. In base a questa interpretazione, la qualità della vita, il benessere psicofisico, la tutela dell'autonomia, integrità e dignità assumono un ruolo rilevante. Di conseguenza, la tutela della salute, in quanto bene personale benché fondamentale, non può esser fatta valere a prescindere dalla volontà del soggetto. D'altra parte, l'integrità psico-fisica, di cui la possibilità di decidere di sé e del proprio corpo è parte fondamentale, ha assunto una rilevanza sempre più significativa all'interno di una concezione della salute in cui essa è intesa quale stato di benessere psicologico, fisico e sociale.

Tale interpretazione del principio di autonomia (autonomia come integrità) è ad esempio formulata con molta chiarezza da Ronald Dworkin, il quale giunge ad affermare che è parte dell'integrità delle persone la possibilità di tutelare la propria identità, i propri valori e, più in generale, ciò che dà significato all'esistenza²⁰. Dworkin teorizza una distinzione tra interessi esperienziali, che riguardano in senso generale la fruizione della vita, e interessi "cruciali" che riguardano ciò che rende soggettivamente la vita degna di essere vissuta. Gli interessi cruciali definiscono il senso complessivo dell'esistenza e parte del complesso processo di definizione di sé stessi, della capacità di dare una di-

¹⁹ COMMISSIONE DI BIOETICA DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAARTI), *Parere ufficiale in materia di fine vita, stati vegetativi, nutrizione e idratazione*, cit., p. 2.

²⁰ Le tesi dell'autonomia come integrità è esposta da R. DWORKIN ne *Il Dominio della vita, Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994.

reazione consapevole alla propria vita, anche se nel farlo si può essere costretti a rinunciare a molti altri beni materiali o piaceri. Essi costituiscono perciò, il fondamento del rispetto di sé stessi, inteso come capacità di riconoscersi nelle proprie scelte e nel saper costruire la propria identità morale²¹. Il rispetto morale per le persone non può prescindere quindi dal riconoscimento dell'importanza che gli interessi "cruciali" hanno per esse, anche nei casi in cui questi non siano esplicitati o vissuti in modo consapevole, proprio in quanto strutturali ad una più complessiva percezione dell'esistenza. Dworkin ritiene che una corretta interpretazione del dibattito in merito alle decisioni di fine vita, non sia da rintracciare nella questione relativa al valore intrinseco o sacro della vita umana, come, d'altra parte, il fondamento etico e giuridico delle direttive anticipate di trattamento non possa essere la semplice tutela degli interessi di esperienza della persona incapace o la sospensione di trattamenti sanitari futili (compresa la nutrizione artificiale) quanto, più complessivamente, la possibilità di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario futuro che il soggetto consideri lesivo della propria identità, dell'immagine di sé o dei valori personali, ovvero degli interessi che svolgono un ruolo cruciale ai fini della propria identità. Il valore dell'autonomia è strettamente legato alla tutela dell'integrità della persona: in questo senso l'autonomia non va riconosciuta alle persone esclusivamente in base all'argomento per cui ognuno è "il miglior giudice in merito a ciò che costituisce il suo interesse" (secondo l'interpretazione ad esempio di John Stuart Mill in *On Liberty*) ma perché l'autonomia riguarda «la capacità di esprimere il proprio carattere nella vita che si conduce (valori, impegni, convinzioni, interessi critici, così come interessi di esperienza). Riconoscere un diritto individuale all'autonomia rende possibile l'autocreazione. Permette a ciascuno di noi di essere responsabile nel dar forma alla propria vita secondo la propria coerente o incoerente, ma comunque peculiare, personalità. [...]. Permettiamo che una persona scelga la morte invece dell'amputazione totale o di una trasfusione di sangue, se questo è il suo desiderio consapevole, perché le riconosciamo il diritto ad una vita strutturata sui suoi valori»²².

Dworkin, di conseguenza, ritiene che il soggetto che deve essere tutelato giuridicamente attraverso lo strumento delle direttive anticipate, non è l'attuale paziente incompetente, ma il suo "precedente io"²³ che ha espresso la volontà di sospendere il trattamento sulla base dei propri valori e della propria identità e integrità personale. Le direttive anticipate sono, in questo senso, del tutto coestensive per contenuto e per vincolatività giuridica alla volontà attuale del paziente. Un esempio particolarmente illuminante proposto da Dworkin riguarda i soggetti che, a seguito di una diagnosi di Alzheimer, abbiano disposto per il futuro il rifiuto di cure ordinarie benché indispensabili alla preservazione della vita, nel caso in cui la degenerazione cognitiva abbia raggiunto un grado severo.

Le ragioni a sostegno di tale tesi, per cui il soggetto verso cui si ha un obbligo morale e un vincolo giuridico è l'estensore competente del testamento biologico e non il soggetto incompetente attuale, sono di ordine sia logico che etico. Sul piano logico esse sembrano presupporre una concezione dell'identità personale di natura riduzionista ed indeterminata, in cui l'io coincide del tutto con

²¹ Una trattazione della vita buona in senso critico è stata recentemente riproposta da R. DWORKIN in *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013.

²² R. DWORKIN, *Il dominio della vita, Aborto, eutanasia e libertà individuale*, cit., p. 309.

²³ Per la nozione di "io precedente" e "io successivo" vedi D. PARFIT, *Ragioni e Persone*, Milano, 1989, p. 385 e ss.

l'integrità fisica e funzionale del cervello. L'identità di una persona cioè è del tutto determinata da quanto accade al suo cervello: in presenza di modificazioni significative, come tipicamente quelle dovute a malattie neurodegenerative, la riduzione delle connessioni psicologiche con il passato e la seria compromissione complessiva dell'integrità psichica, non consente più l'integrità funzionale dell'io. L'io lascia il posto ad una forma di "sopravvivenza psicologica", più o meno significativa a seconda del legame residuo con il proprio "io precedente".

In tali circostanze, la scelta se prendere o meno in considerazione le preferenze attuali di una persona demente che mostri un sia pur elementare piacere di vivere, rispetto alle volontà contrastanti espresse in un testamento biologico prima di sviluppare la malattia, resta problematico e va valutato sulla base di considerazioni morali indipendenti.

Ragioni morali che Ronald Dworkin fa discendere dal rispetto dell'autonomia come integrità, che richiede di rispettare i desideri passati del soggetto competente anche se questi contrastano con le preferenze attuali (o per usare l'espressione di Dworkin con gli interessi di esperienza) del paziente demente o con il suo miglior interesse considerato oggettivamente: «Una persona capace che sottoscrive un testamento di vita tramite il quale dà disposizioni in merito al trattamento da riservare nel caso diventasse demente (anche se questo ne comporta la morte N.d.R.) formula esattamente il tipo di giudizio che l'autonomia, secondo la tesi dell'integrità, deve rispettare: un giudizio sullo stile complessivo del genere di vita che vuole aver vissuto»²⁴.

In altre parole, l'autonomia individuale non va rispettata in quanto condizione per conseguire complessivamente un buona vita -in base all'argomento per cui le persone sarebbero i migliori giudici riguardo ai propri interessi e se lasciate libere avrebbero maggiori possibilità di perseguire con successo i propri obiettivi, come vuole l'interpretazione liberale- ma in quanto l'autonomia è essa stessa espressione di ciò che rende la vita umana dotata di un valore intrinseco, e in senso peculiare, realmente e profondamente umano. L'esistenza individuale è dotata di un valore sacro poiché e finché essa è espressione della capacità esclusiva delle persone dell'essere padrone di sé stesse e del poter «condurre la vita, anziché essere trascinati da essa».

Non è affatto detto che nell'esercizio dell'autonomia come integrità le persone siano in grado di rendere migliore la loro vita dal punto di vista esperienziale (le persone sbagliano spesso riguardo alla tutela e alla promozione dei loro interessi e del loro bene complessivo) ma essa è condizione del rispetto di sé stessi e in ultima analisi della dignità personale.

Ed è proprio il dover affrontare il pensiero della propria morte, il dover riflettere e decidere sul morire, a far emergere con chiarezza l'importanza di definire che tipo di persona scegliamo di essere e di dare forma per quanto possibile unica alla nostra vita. Il pensiero della morte infatti costringe a prendere contatto con la temporalità, che diviene improvvisamente da orizzonte indefinito dell'esistenza, un limite di cui si percepisce con acutezza l'approssimarsi, un *quantum* di vita, alcune volte purtroppo drammaticamente ridotto. Tale condizione non solo impone, come è evidente, la necessità di una più chiara consapevolezza di sé stessi e delle proprie scelte, ma predispone ad una più acuta sensibilità nei confronti della realtà, del limite e dell'inevitabile gerarchia dei beni perseguibili. Affrontare la domanda riguardo al senso della vita, che la morte inevitabilmente ci pone, significa sapere distinguere tra vivere bene e l'aver una buona vita. Abbiamo la responsabilità di vivere bene,

²⁴ R. DWORKIN, *Il Dominio della vita*, cit., p. 312.

cioè del saper condurre una buona vita in senso critico. Questo è il solo significato della vita che rende tollerabile il pensiero della morte, perché di fronte ad essa che ci vuole semplici individui di una specie, e nonostante l'invitabile sconfitta, sappiamo restare realmente e integralmente umani.

Europa

Conflicto entre equipo médico y padres en decisiones de limitación de esfuerzo terapéutico que afectan a menores de edad (el caso de Andrea L.O.)

*Jesús M^a García Blanco, Fernando Rey Martínez**

DISAGREEMENT BETWEEN PARENTS AND THE MEDICAL TEAM ABOUT DECISIONS ON LIMITED THERAPEUTIC EFFORT REGARDING MINORS (THE CASE OF ANDREA L.O.)

ABSTRACT: This paper analyzes the cases of limitation of therapeutic effort regarding minors when there is a conflict between the medical team and the legal representatives. In this regard, it describes the complex legal framework for this matter under Spanish law and analyzes and assess the legal issues that Andrea's case raises.

KEYWORDS: Euthanasia; Informed Consent; Patient's Right to Make Decisions at the End of his Life; Consent by Legal Representation; Minors; Conflict Between Medical Judgment and Legal Representatives.

SOMMARIO: 1. Los antecedentes del caso. – 2. Marco normativo aplicable. – 3. Problemas jurídicos planteados y valoración del asunto.

1. Los antecedentes del caso

Andrea L.O., una menor de 12 años que padece una enfermedad degenerativa irreversible (posible síndrome de Aicardi-Goutières, con pronóstico fatal, aunque no indefectiblemente inminente), es trasladada en el mes de junio de 2015 desde A Coruña, donde estaba siendo tratada, al Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela (CHUS) por ciertas hemorragias, que fueron allí controladas. En ese momento, la intención de los padres era la de seguir con el tratamiento médico de la niña y, por tanto, de continuar luchando por su vida. La menor evoluciona favorablemente de las causas que motivaron su traslado a Santiago, donde además se había logrado reducir considerablemente la cantidad de fármacos para el dolor que le venían siendo suministrados hasta prácticamente desaparecer, de tal manera que recibía casi en exclusiva alimentación a través de una sonda gástrica.

En el mes de julio, los padres de la menor manifiestan su deseo de no prolongar la vida de la niña a causa de los padecimientos que sufre de forma constante y el empeoramiento de su estado. Este criterio, sin embargo, no es compartido por el equipo médico del Hospital, que considera que la menor ha evolucionado satisfactoriamente, tanto por el motivo de su traslado como por su estado general y se cuestionan la existencia de dolor o sufrimiento en la menor.

* *Jesús M^a García Blanco: Letrado del Consejo Consultivo de Castilla y León; Fernando Rey Martínez: Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.*

El asunto salta, sin embargo, a los medios de comunicación, que toman partido mayoritariamente por la voluntad de los padres. Una gran parte de la opinión pública/publicada considera que, ante el estado de la niña, no resulta conveniente (desde el punto de vista ético) mantenerla con vida, lo que contrasta con el criterio (con silencio casi absoluto respecto de los medios) del equipo profesional bajo cuyo cuidado se encuentra Andrea.

Se decide acudir al Juzgado. Mediante Auto de 28 de julio de 2015, el Juez de Primera Instancia número 6 de Santiago de Compostela, considera correcto el criterio médico y autoriza a «mantener el tratamiento pautado –plan terapéutico y paliativo– por el servicio de pediatría por considerarlo adecuado al interés de la niña». La finalidad de la intervención médica, de acuerdo con el Auto, era «disminuir, en el mayor grado posible, su sufrimiento, respetando su dignidad personal», aunque se señala también que la autorización deberá tener en cuenta “las consideraciones del Comité Ético (del Hospital)”. El Auto constata que «el pediatra solicitó informe del comité ético, pendiente de emisión, que puede dar lugar a la modificación del criterio médico actual, lo que dependerá del estado de la paciente» .

Para llegar a este acuerdo, el Juez declara que, a la vista de la documentación, la menor «padece una enfermedad que representa un grave riesgo vital, con total limitación física y de comunicación, si bien la duración de su vida no es a priori determinable, motivo por el cual se pauta tratamiento paliativo pero manteniendo la alimentación, evitando así un sufrimiento derivado de la sensación de hambre y sed. El criterio médico es de mantener un plan de alimentación, con progresiva retirada de medicación terapéutica, previendo la procedencia de tratamiento paliativo con analgesia y sedación si se produce una descompensación, previsible pero no cierta ni pronosticable en plazo» Esta decisión es compartida también por el médico forense.

A pesar de lo que se recogió en los medios de comunicación, en el Auto judicial se reconoce que no constaba una negativa rotunda por los padres al tratamiento médico, al menos inicialmente, sino la producción de momentos de crisis emocional «motivados por la grave situación de su hija», por la cual, además, se solicitó asistencia psicológica para la familia. Los padres manifestaron: «no pedimos que adelanten su muerte sino que no la alarguen». En otras palabras: «no queremos la eutanasia, quiero que no muera con dolor»; y si parar la alimentación causara sufrimiento por hambre, «habría que evitarlo con analgesia o sedación».

Solicitado informe de la Comisión de ética asistencial del Hospital, este es evacuado el 14 de septiembre. En él se respalda la intención de los padres, aconsejando la retirada de la alimentación y considerando la sedación paliativa como tratamiento indicado . La Comisión afirma: «El sostenimiento de la vida en cualquier circunstancia no es el fin mejor y principal de la acción sanitaria, sino que a menudo llegados al límite de los tratamientos eficaces y proporcionados y considerada la voluntad de la personas, lo ético en la asistencia es respetar el curso natural de la vida».

Los pediatras que tratan a la niña no comparten el sentido del Informe (que, además, recordemos que no es vinculante, aunque el primer Auto judicial en cierto sentido remitía a él la decisión del asunto). Concretamente, niegan la mayor, esto es, disienten sobre el sufrimiento y dolor de la pequeña (postura ésta, apoyada también por la Conselleira de Sanidade) y, vía comunicado, manifiestan que no están ejerciendo obstinación terapéutica.

La Organización Médica Colegial, sin embargo, tomó partido por la postura de los padres: «cuando no hay capacidad de revertir la situación, insistir en mantener una vida de forma artificial es lógicamente aumentar una vida en tiempo que ya no es vida».

En el mes de octubre, se producen nuevas discrepancias entre los padres, favorables a retirar la alimentación y proporcionar analgesia intensa y profunda, y el equipo de pediatría, proclives a mantener, pese a todo, el tratamiento pautado.

Ante un empeoramiento de la menor, el equipo médico propone, sin embargo, limitación de esfuerzo terapéutico (hidratación por sonda y ajuste de analgosedación según necesidad), a lo que los padres se avienen. Finalmente, la menor fallece en los primeros días del mes de octubre.

Tras el exitus, se dicta un nuevo Auto de archivo de las actuaciones. El Instituto de Medicina Legal de Galicia (IMELGA) había concluido que «datos objetivos “ permiten inferir” que la niña estaba padeciendo dolor» antes de procederse finalmente a la sedación en el mes de octubre y que las medidas de soporte vital que recibió condujeron «a una prolongación del estado terminal» en que se encontraba. Según el IMELGA, se habría mantenido la vida de la niña «de una forma penosa, gravosa y artificial». Sin embargo, en el Auto de Archivo se señala que el criterio médico legal «se corresponde de manera coherente con la propuesta de ajuste en el plan de limitación de esfuerzo terapéutico consensuada finalmente entre el Servicio de Pediatría y los dos progenitores de la menor y con las previas conclusiones del Comité de Ética Asistencial». En consecuencia, el equipo médico no habría incurrido en responsabilidad alguna. Caso cerrado.

2. Marco normativo aplicable.

En el complejo ordenamiento español, es posible identificar unas cuantas normas, estatales y autonómicas (todas ellas de idéntico rango de acuerdo con el principio de competencia), sobre la materia.

En sede estatal, y con carácter básico, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En cuanto al consentimiento por representación en el caso de los menores, como es el caso en análisis, hay que tener también en consideración la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en esta materia, ha sido objeto de nueva y reciente redacción por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, manifestándose una mayor preocupación por favorecer la participación de los menores en todos los asuntos que les afecten (en línea con las tendencias contemporáneas del Derecho internacional de los derechos humanos de la infancia).

En el ámbito autonómico, la Comunidad Autónoma gallega contaba hasta la fecha con la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. En relación con la representación por sustitución en el caso de los menores, respeta la línea marcada por la ley estatal en su redacción originaria¹, por lo tanto, no adaptada a los nuevos postulados de la Ley Orgánica que amplía, como veremos, el esfuerzo que debe realizarse para que el menor sea oído.

¹ Artículo 6.c): «Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después

De forma prácticamente paralela a la modificación de la Ley Orgánica del Menor, se estaba tramitando una nueva ley en Galicia sobre el particular, la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales (publicada en el DOG el 16 de julio, con un plazo de *vacatio legis* de un mes), siguiendo la senda así de leyes similares en otras partes del Estado, con Andalucía a la cabeza –Ley 2/2010– y claramente inspiradora de las demás, a la que le siguieron las leyes de Navarra (Ley 8/2011); Aragón (Ley 10/2011); Canarias (Ley 1/2015) y Baleares (Ley 4/2015) .

La Ley gallega tiene el objeto declarado del «*respeto a la calidad de vida y a la dignidad de las personas enfermas terminales*». La Ley, como señalamos, fue objeto de aplicación casi inmediata, incluso sin que hubiese transcurrido el plazo que para su difusión entre el personal médico como prevé su disposición adicional única². El caso de Andrea tuvo que ser decidido entre los momentos de vigencia de las dos leyes.

La Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, determina algunas situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución en el caso de los menores. El artículo 6.1.c) establece: «*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por sustitución. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*», y para el caso de que la decisión el representante legal sea contraria a los intereses del menor, el artículo 6.1 d) que: «*En caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil*»³.

Resta por añadir que el referido artículo, en su número 3 dispone que «*La representación del consentimiento por sustitución será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que es preciso atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo de su proceso sanitario*».

En el mismo sentido se pronuncia la Ley 41/2002, estatal y básica, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (artículo 9.3 y 9.7), aunque como adelantamos, la nueva redacción del precepto obliga a un mayor esfuerzo para que el menor sea, como mínimo, escuchado⁴.

de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos».

² Disposición adicional única: «*La Xunta de Galicia, en el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, llevará a cabo las actuaciones precisas tanto para darle difusión a esta ley entre las y los profesionales y las ciudadanas y los ciudadanos gallegos, así como para promover entre la población la realización del documento de instrucciones previas*».

³ En la misma línea de los postulados del Convenio sobre Derechos humanos y Biomedicina, cuyo artículo 6 establece que «*las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo*».

⁴ Artículo 9: 3 c): «*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de*

En relación con la toma de decisiones y el consentimiento informado en la fase última de la vida, la Ley gallega 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, en su artículo 7 se remite a la anterior norma (Ley 3/2001) en lo que respecta al consentimiento informado; reconoce también los derechos a tomar decisiones sobre las acciones, tratamientos e intervenciones que afectan al proceso final de la vida; a rechazar el tratamiento, la intervención o el procedimiento que se proponga «a pesar de que esto pueda poner en riesgo su vida», siempre que sea una decisión tomada libre, voluntaria y conscientemente; y el derecho a otorgar el consentimiento por sustitución al amparo, de nuevo, de la Ley 3/2001, de consentimiento informado.

Sobre el derecho al rechazo y a la retirada de una intervención, es el artículo 10 de la Ley 5/2015 el que lo reconoce a toda persona que tenga una enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estado terminal -o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación-; dicha persona, una vez informada en forma fidedigna, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimiento desmesurados. De la misma forma, se reconoce también el derecho a manifestar la voluntad de que no se implementen o de que se retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y/o que mantengan en forma penosa, gravosa y artificial la vida.

La información asistencial (al paciente o a sus representantes) debe ser prestada por el facultativo -o equipo asistencial responsable de la intervención sanitaria, con la aportación interdisciplinaria que fuere necesaria-, en términos claros, adecuados a la edad, nivel de comprensión, estado psíquico y personalidad del paciente, a efectos de que, al prestar su consentimiento, lo hagan debidamente informados⁵

Finalmente, el artículo 13 de la Ley 5/2015, dedicado expresamente al consentimiento de las personas menores de edad, señala, en cuanto al «Consentimiento de las personas menores de edad»: «1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y sobre las propuestas terapéuticas de forma adaptada a su edad y a su capacidad de comprensión.

comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor». 7: «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

⁵ Artículo 10.5: «Cuando se trate de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estadio terminal, o que haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente que haya sufrido, la información a que se refiere el artículo 5 será brindada a las personas a que se refiere el artículo 5.2 –representantes–».

2. Cuando las personas menores de edad no sean capaces, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento será prestado por los representantes legales del o de la menor, después de haber escuchado su opinión, si tiene 12 años cumplidos.

3. Las personas menores emancipadas o con 16 años cumplidos prestarán por sí mismas el consentimiento. Los progenitores, tutores o representantes legales serán informados, y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Podrá omitirse la información si la persona menor de edad está en situación de desarraigo o de desamparo o en una situación de violencia en el seno familiar.

Las personas menores emancipadas o con 16 años tendrán derecho a revocar el consentimiento informado y las intervenciones propuestas, en los mismos términos que lo dispuesto en esta ley para las personas adultas

4. El proceso de atención a las personas menores de edad respetará las necesidades especiales y se ajustará a lo establecido en la normativa vigente».

Por otro lado, se desconoce si de una manera consciente o no, pero el texto de la disposición final segunda parece redactada para el supuesto que se analiza –en otro caso habrá que reconocerle un carácter visionario indudable–, pues encarga al Ejecutivo gallego la modificación del Decreto 177/2000 de 22 de junio que regula los comités de ética asistencial⁶ para, entre otras cuestiones, «asesorar y proponer alternativas o soluciones éticas en aquellas decisiones clínicas controvertidas, en el caso de discrepancia entre las y los profesionales sanitarios y las personas enfermas terminales o, en su caso, con aquellas personas que ejercitan sus derechos, o entre estas y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada a dichas personas enfermas terminales, que no se hayan resuelto mediante acuerdo entre las partes».

Por último, conviene precisar también que la intervención judicial en el asunto viene determinada tanto por el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, prevé que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal -o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho- en los supuestos de prestación del consentimiento por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y para «Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente», con las excepciones relacionadas con situaciones de urgencia. En el mismo sentido, y como antes se apuntó también el artículo 6.1 d) de la Ley gallega 3/2001 establece que en caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil. De esta manera, entendemos que la discrepancia inicial entre progenitores y equipo médico fue el que justificó la invocación de estos preceptos y que el asunto fuera remitido a instancias judiciales.

⁶ Decreto 177/2000, de 22 de junio, por el que se regula la creación y autorización de los comités de Ética Asistencial

3. Problemas jurídicos planteados y valoración del asunto.

Son diversos, y no precisamente menores, los problemas ético-jurídicos que el caso presenta en relación con las decisiones de la enferma y sus representantes, por tratarse de una menor. Los interrogantes en este caso no se expresan sólo en los 'clásicos' conflictos jurídicos –lesión del derecho a la vida, libertad, a la integridad física y moral-, éticos o médicos sobre la eutanasia activa o pasiva, sino que, además, se añade el problema de que es una menor (12 años, carente, en principio, de autonomía para tomar prácticamente ningún tipo de decisión con trascendencia jurídica, y mucho menos sobre su propia vida) y de que el criterio de sus progenitores, que ostentan la patria potestad sobre ella, difiere del criterio médico.

El dramático y relativamente rápido fallecimiento de Andrea vino no a resolver, pero sí a disolver las aristas más cortantes del caso. En efecto, finalmente, los padres aceptaron la limitación del esfuerzo terapéutico propuesta por el Hospital y un juez decidió que no hubo responsabilidad médica alguna, pero subsisten los problemas teóricos que podrían volver a darse en el futuro. En un supuesto semejante, ¿quién debe decidir, los padres o el equipo médico?, ¿qué papel cabe otorgar a la Comisión de ética hospitalaria? ¿qué rol desempeña la autonomía del menor?.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, cabría plantear, al menos desde el plano teórico, un posible conflicto entre la normativa estatal (básica, orgánica y posterior, y la autonómica). En un Estado fuertemente descentralizado como el español, el reparto competencial no siempre se resuelve a partir de la atribución de competencias exclusivas bien al Estado central bien a las Comunidades Autónomas –CCAA-, de tal manera que se trataría de eventuales compartimentos estancos en los que cada ente sólo podrá ejercer sus competencias en aquellas materias que tenga atribuidas en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía (a grandes rasgos, norma institucional básica de cada CCAA, donde se recogen aquellas competencias, que dentro del respeto a la Constitución, deciden asumir). Aún en estos casos debemos advertir una tendencia a no identificar cada uno de los títulos competenciales como esferas aisladas, reconociéndose en muchas ocasiones la transversalidad de materias y títulos competenciales. Esto es lo que ocurre por ejemplo en el caso de la inmigración⁷ o la asistencia social⁸, por citar sólo algunos ejemplos, en los que el ejercicio de las respectivas competencias pasará por la cooperación y colaboración entre administraciones, donde las competencias exclusivas no deben ser interpretadas como excluyentes.

A pesar de que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica trata de establecer lo que podríamos calificar una serie de principios consensuados, básicos y de general aplicación en todo el estado, como una suerte de mínimos, en el sentido de establecer unas normas comunes para determinados problemas, lo cierto es que, como siempre ocurre, la casuística que ofrece la vida escapa a todos los intentos regulatorios, por muy amplios que estos pretendan configurarse. La referida norma, de acuerdo con su disposición adicional primera, tiene el carácter de legislación básica toda ella, (en virtud de los títulos competenciales establecidos en el artículo 149.1.1.ª y 16.ª

⁷ J.L.G. MONEREO, M.A. CASTRO, *La distribución de competencias en materia de inmigración*, en *Temas laborales* vol. I núm. 100/2009, págs. 227-263.

⁸ J.L.G. MONEREO, *Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales*; en *Temas laborales* vol. I núm. 100/2009, págs. 295-328.

de la Constitución Española), permitiendo no obstante a las Comunidades Autónomas adoptar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esa ley.

Las leyes de las Comunidades Autónomas, en principio con respeto a esa legislación básica, profundizan y van más allá en ocasiones. Esto es lo que ocurre en la comunidad gallega con Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales

Ahora bien, como hemos apuntado, la normativa estatal había sido objeto de una profunda modificación, tanto en lo relativo a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LOPJM- (mediante la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en vigor desde el 12 de agosto de 2015), como la propia Ley 41/2002, (modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en vigor desde el 18 de agosto de 2015).

Ambas leyes, orgánica una y básica otra, introducen una nueva regulación en la forma de prestar el consentimiento en caso de menores incapaces (9.3.c) de la Ley 41/2002, con remisión expresa al artículo 9 de la LOPJM).

Más allá de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y de la cooperación y colaboración de la que antes hablábamos, el juez español, sin que conste que alguna de las leyes haya sido impugnada por invadir competencias que no le corresponden, se encontrará ante la difícil situación de optar por una u otra normativa que vienen a regular la misma materia.

A nuestro modo de ver, en la resoluciones judiciales y en los debates suscitados no se analiza esta cuestión y se opta por la aplicación preferente en materia de consentimiento por representación de la legislación autonómica (artículo 6 de la Ley 3/2001) sobre la estatal (artículo 9 de la Ley 41/2002), aunque si bien debe matizarse que en ambas regulaciones se obliga la remisión de las controversias al órgano judicial. Junto a ello, el artículo 10.6 de la Ley gallega 5/2015 sí se remite al artículo 9.3. c) de la Ley en el caso de retirada se soporte vital. Curioso y caótico caso de remisión de hasta cuatro leyes entre sí, todas recientes, que no hacen sino complicar la cuestión⁹.

Si bien todo parece indicar que en este asunto la menor no se encontraba en condiciones de ser oída, por lo que gran parte del posible conflicto normativo pudiera darse por salvado, lo cierto es que a efectos de posibles conflictos futuros, debería de clarificarse este aspecto que, como vemos, no es enteramente coincidente.

Sin que conste haberse presentado conflicto competencial entre ninguna de las leyes citadas (en cuyo caso sería el Tribunal Constitucional el encargado de determinar cuál de ellas ha incurrido en extralimitación de sus competencias), a nuestro juicio la normativa estatal, básica una (Ley 41/2002), orgánica la otra (LO 1/1996) y posterior, deben en principio ser objeto de aplicación preferente, máxime si como es el caso la modificación se realiza en consonancia con los nuevos postulados de protección de los menores en la línea apuntada por la comunidad internacional.

⁹ Como «complejo entramado de normas» ha sido calificado por Arruego en el año 2009, antes incluso de las recientes modificaciones de las que hablamos. G. ARRUEGO, *El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español*, in *Indret* 2/2009, Barcelona.

El hecho de que hablemos de menores de edad presenta problemas precisamente en cuanto a la forma de suministrar información y de dar el consentimiento. Y ello porque no supone, a nuestro entender, que la información y decisión corresponda, de modo automático y sin excepciones, a sus representantes (no es casual que el artículo 162 del Código Civil español exceptúe la representación legal de los hijos menores no emancipados los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo y aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo)¹⁰.

En la línea apuntada, la modificación operada por la Ley Orgánica de Protección del Menor pone especial énfasis en que este deba ser oído y escuchado siempre y en todo momento (y no como establecía el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, o aún sigue disponiendo el artículo 6.1.c) de la Ley gallega 3/2001, esto es, cuando tuviera 12 años cumplidos), sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, en cualquier procedimiento que le afecte, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez –valorada por personal especializado– (artículo 9 LOPJM). En este sentido parecía haberse expresado ya Bercovitz, al señalar de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor no emancipado deben ser interpretadas restrictivamente, en el sentido de protegerle y no para reprimirle o mantener gratuitamente la jerarquía del padre, de la madre, o del tutor sobre él¹¹.

En el asunto que se comenta, se echa en falta un pronunciamiento judicial expreso y terminante sobre esta circunstancia, la capacidad del menor, quizá por evidente para los conocedores del caso, pero ajena al observador externo máxime si como acabamos de apuntar la ley del menor ha sido modificada en el sentido acabado de expresar, oírle siempre y en todo momento (por ello, la aplicación prioritaria por la que parece optarse por el órgano judicial en favor de la Ley gallega de 2001 no se compadece bien, a nuestro juicio, con el carácter de ley básica y posterior que rige el consentimiento por representación). Es decir, la ley estatal ha ido más allá en la configuración del consentimiento informado del menor ya que prevé que el menor deba ser oído en todo caso.

Esto no obstante, y como antes se adelantó, no parece que la paciente se encontrase en una situación para manifestar, entender y expresar una opinión al respecto, pero se hubiera ganado la oportunidad de justificar el por qué no aplicar una ley, la del menor –LOPJM–, recientemente modificada.

Por otro lado, la calificación jurídica de los hechos en principio parece sencilla. Estamos en presencia de un supuesto de limitación de esfuerzo terapéutico, combinado con algunas medidas de sedación en fase terminal. En lenguaje jurídico penal tradicional, un caso de eutanasia pasiva y, en los últimos momentos de la vida de la niña, activa indirecta. Por tanto, un asunto que no tendría que plantear mayores problemas de validez jurídica. No es un caso de eutanasia activa directa penalmente prohibida¹².

¹⁰ En esta línea, M.C.G. GARNICA, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Navarra, 2004, pág.91.

¹¹ R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 25. Citado por M.C.G GARNICA, *op. cit.*, pág. 31.

¹² Tal y como quedó reflejado en la exposición fáctica, no nos encontraríamos ante un caso de eutanasia activa directa (en la que es el médico el que suministra fármacos letales) ni desde luego a un suicidio asistido (en el que es el propio paciente, auxiliado, el que decide poner fin a su vida). La eutanasia indirecta puede ser definida, brevemente, como aquella en la que se suministran fármacos o tratamiento que, eventualmente

El problema principal se plantea por la discrepancia de valoración entre el personal médico que atendía a Andrea y los padres de ésta sobre si la niña se encontraba en una situación de graves padecimientos que justificara la limitación de esfuerzo terapéutico. El Juez confirmó la decisión de los médicos y no de los padres. Nadie discutió, sin embargo, la cuestión de si retirar la hidratación y alimentación artificiales de la niña era o no una medida de limitación de esfuerzo terapéutico o de eutanasia activa directa, dando por buena, de modo tácito, la primera de estas dos calificaciones. El Informe de la Comisión de ética hospitalaria fue desconocido al principio por el equipo médico, pero, en un momento posterior, ante el empeoramiento de la niña, dicho equipo reconsideró su planteamiento inicial y propuso a los padres la limitación de esfuerzo terapéutico.

Así pues, la discusión de fondo giró en el caso sobre si la menor enferma se hallaba o no en una situación de estadio terminal que justificara la aplicación de la limitación de esfuerzo terapéutico. Con carácter general, es muy difícil determinar de modo objetivo y cierto a partir de qué momento estamos en presencia de un enfermo terminal; pero, además, en el caso la cuestión se complica por la divergencia de criterios entre el equipo médico y la enferma o, peor aún, con los representantes legales de la menor. En principio, deberá ser el paciente, si este es mayor de edad y tiene capacidad, como ser autónomo, libre y con respeto a sus deseos, prioridades y valores en proceso final de su vida (principios estos reconocidos en la ley gallega (art.4), o sus representantes legales en ciertos casos, quienes decidan cuándo rechazar el tratamiento, la intervención o el procedimiento propuesto, aun cuando ello pueda poner en riesgo su vida (art. 7.3). Este es, sin duda, el criterio legal. El art. 10 de la Ley gallega 5/2015 así parece confirmarlo¹³.

pueden producir la muerte, -supuesto este negado por algunos autores-. La eutanasia pasiva, representada por la limitación del esfuerzo terapéutico, está incluso admitida, aunque con matices, por la Iglesia católica bajo determinadas condiciones, entre ellas, que las decisiones «*deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no por los que tienen los derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente*» (párrafo 2278 del Catecismo de la Iglesia Católica). Para un estudio más detallado sobre los tipos y repercusiones en la eutanasia, F. REY, *Eutanasia y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2008.

¹³ «Derecho al rechazo y a la retirada de una intervención. 1. Toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fidedigna, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimiento desmesurados. 2. De la misma forma, toda persona, en cualquier momento, ya sea al ingresar en el centro asistencial o durante la etapa de tratamiento, puede manifestar su voluntad de que no se implementen o de que se retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y/o que mantengan en forma penosa, gravosa y artificial la vida. (...) 5. Cuando se trate de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estadio terminal, o que haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente que haya sufrido, la información a que se refiere el artículo 5 será brindada a las personas a que se refiere el artículo 5.2. 6. Cuando se trate de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable, y se encuentre en estadio terminal, o que haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente que haya sufrido, la manifestación de voluntad referida en el apartado segundo deberá ser firmada por las personas a que se refiere el artículo 5.2 de esta ley. En el caso de que el paciente sea menor de edad y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se deba dar intervención a sus representantes

No obstante, el punto de partida para toda persona a fin de poder manifestar su voluntad de renunciar al tratamiento (que abarca la hidratación o alimentación), es que padezca una enfermedad irreversible, incurable, se encuentre en estadio terminal y que sea informada en forma fidedigna cuando esos procedimientos sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y/o sufrimiento desmesurados.

De hecho, este ha sido el criterio adoptado por el Consejo Consultivo de Andalucía ante un asunto comparable, pero con el hecho diferencial de que quien lo solicitaba allí era una persona mayor de edad, consciente de realizar la petición de ser desconectada de un aparato de ventilación mecánica (asunto Inmaculada Echevarría). En ese caso, Inmaculada, una mujer de 51 años con distrofia muscular, desde hacía 20 años postrada en una cama y conectada a un respirador artificial desde hacía 10 años, solicita la retirada del aparato de ventilación mecánico que la mantenía con vida. El órgano Consultivo de la Comunidad Andaluza sostuvo, en aras del postulado autonomista antes aludido, que *«el principio de voluntad del paciente en unos términos tan amplios que no dejan lugar a dudas sobre la posibilidad de que (...) el rechazo a un determinado tratamiento sean decisiones lícitas, aun cuando puedan acarrear situaciones que comprometan gravemente la salud del paciente y lleven incluso a la muerte»* (Dictamen 90/2007, pág. 49). En el referido dictamen entiende el Consejo Consultivo que la desconexión se encuadra dentro de un proceso general de omisión del tratamiento, calificándola como una conducta pasiva e indirecta, *«que se justifica por la existencia de un deber de respetar la decisión libre y consciente de la paciente, en tal sentido amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes»*.

En el plano internacional se ha llegado a similares conclusiones en relación con la prestación del consentimiento libre y consciente. En este sentido puede traerse a colación, en el supuesto del suicidio asistido, la Sentencia de la Corte Suprema canadiense de 6 de febrero de 2015, asunto Carter v. Canadá, el Tribunal pone especial énfasis en que la decisión de cada uno sobre la propia vida se enmarca en el contexto de los valores y experiencia vital de cada persona y que ésta debe tener el control de su integridad corporal y que impedir esta decisión lesiona el derecho a la libertad y seguridad personales (que podría trasladarse en nuestro derecho por la integridad moral y física). En asuntos en que están presentes menores, puede citarse el case law canadiense (A.C. v. Manitoba - 2009-, en el que un paciente renunció a una transfusión sanguínea por motivos religiosos), el Tribunal sostuvo que el principio de que personas capaces son (y deben ser) libres para adoptar decisiones sobre su integridad corporal, concluyendo que es *«de tenaz relevancia en nuestro sistema legal»* (párr. 67), pero en este caso la decisión, al no estar ante una persona adulta y capaz, corresponde a los padres.

Pero el caso de Andrea plantea otros problemas. Se desconoce si la niña estaba o no consciente: algunas notas de prensa parecen sugerir que sí, pero el Auto judicial simplemente señala que tenía mermadas *«sus capacidades físicas y de comunicación»*, lo que suscita el problema del ejercicio del derecho a la información por parte de la menor.

legales, se dejará constancia de tal intervención en la historia clínica. En cualquier caso, el proceso de atención a las personas menores de edad respetará las necesidades especiales de estas y se ajustará a lo establecido en la normativa vigente».

De otro lado, sí cabe concluir pacíficamente que la enfermedad de Andrea era irreversible e incurable, pero las dudas se plantean en relación a si se hallaba o no en un 'estadio terminal' y si sufría o no 'dolores o sufrimientos desmesurados'. Se planteó, de hecho, una fuerte discrepancia entre el equipo médico y los padres en este sentido. La Ley gallega aplicable (art. 3.8) define la situación de persona enferma terminal como la de aquella que *«padece una enfermedad avanzada, progresiva e incurable, con nula respuesta al tratamiento específico o modificador de la historia natural de la enfermedad, con un pronóstico de vida limitado, con síntomas multifactoriales, cambiantes, intensos y variables que provocan un alto grado de sufrimiento físico y psicológico al paciente y a sus personas cercanas. También se incluyen las personas accidentadas en situación incompatible con la vida»*.

No es sencillo determinar objetivamente en la práctica cuándo estamos en presencia de un 'estado terminal'. Así, ante cualquier enfermedad incurable y de fatal pronóstico podría solicitarse la renuncia al tratamiento (bien médico, bien de hidratación y/o alimentación), pues tanto los síntomas multifactoriales, cambiantes, intensos y variables, como los sufrimientos físicos y psicológicos del paciente y sus personas cercanas, pueden ser identificados en este tipo de enfermedades desde estados primitivos (o al menos no postreros), lo que puede chocar en ocasiones (como ocurre precisamente con el caso examinado) con el criterio médico (amén de su código deontológico) si este considera que no se está en esa situación terminal. Por poner un ejemplo, ante un diagnóstico de una leucemia u otra enfermedad oncológica, un Alzheimer e incluso algún tipo de diabetes, todas ellas en estado avanzado y sin posibilidad de curación, o de cualesquiera otras enfermedades degenerativas de similar diagnóstico, a pesar de que en la mayor parte de los casos existe un consenso generalizado de cuándo desistir (reconociendo cierto grado de subjetividad en su apreciación y admitiendo, en consecuencia, la petición de desistimiento) o renunciar al tratamiento (médico o alimentario), el problema puede plantearse cuando el criterio médico disiente sobre la situación terminal, y máxime si como es el caso, esa situación es fijada por los padres de una menor. En definitiva, y en el asunto que nos ocupa, no sería lo mismo considerar que Andrea fue trasladada desde A Coruña hasta Santiago de Compostela porque se encontraba en una situación terminal con una complicación, que considerar que la menor padecía una enfermedad grave y progresiva con una complicación salvable, como así en principio parece que se ofrece el caso. Cabría también tomar en consideración que la situación de la pequeña se agravó hasta el punto de que el estadio terminal se produjera durante su estancia en el CHUS, una vez superada la complicación, y por ello a la misma conclusión sobre su estado y medidas a adoptar se llegaría si la menor fuese trasladada de vuelta al hospital donde estaba siendo tratada desde siempre.

En este sentido, cabe señalar que la Ley gallega no contempla un criterio temporal para apreciar el carácter terminal de una dolencia (*«pronóstico de vida limitado»*), siguiendo la senda de la Ley aragonesa (artículo 5.g), la andaluza (5.o), o la Navarra (5.ñ). Sólo la Ley 1/2015 de Canarias y la Ley 4/2015 de Baleares reconocen, desde el punto de vista temporal, que una enfermedad es terminal cuando su *«pronóstico de vida está limitado a semanas o meses»* (5.p y 5.s, respectivamente)¹⁴.

¹⁴ Para la Sociedad Española de Cuidados Paliativos una enfermedad es terminal cuando el pronóstico de vida correspondiente es inferior a seis meses.

En el presente asunto, el juzgado consideró que la menor se encontraba en una situación terminal a partir del Informe del Instituto de Medicina Legal de Galicia, criterio, por cierto, compartido también por el Comité de ética asistencial del Hospital.

Se trataba, pues, de una enfermedad terminal, pero se suscitó un conflicto sobre si Andrea tenía o no «dolores o sufrimientos desmesurados». Por un lado, el Hospital redujo considerablemente la analgesia, hasta prácticamente desaparecer, pero los padres sostuvieron que la niña sufría mucho. Meses después, tanto el IMELGA como la Comisión del Hospital confirmaron la tesis de los padres, aunque una vez que el estado de la niña empeorara.

Ante esta diferencia de criterio entre el equipo médico que atendía a la niña y los padres, el Auto del Juzgado en el mes de octubre, ante el peor estado de la menor, concluyó que «el tratamiento pautado inicialmente (nutrición e hidratación artificial mediante sonda) era paliativo» y «podía calificarse como extraordinario y desproporcionado a las perspectivas de mejoría de la paciente» y causante de «dolor y/o sufrimiento desmesurados», razón por la que se propone su ajuste mediante limitación del esfuerzo terapéutico (esta vez sí con el consenso del Servicio de Pediatría).

Así pues, cuando se constató que la niña sufría de modo desproporcionado, se procedió a limitar inmediatamente el esfuerzo terapéutico.

Otro de los problemas fundamentales planteados por el caso fue el hecho de que el consentimiento se produjo por representación, dado que la paciente era menor y tenía limitada su consciencia. En este tipo de supuestos, hay que examinar con cuidado las decisiones que se adopten, porque si la asistencia médica carece de sentido (el enfermo no tiene posibilidades de recuperación, le espera una muerte inminente, y tiene graves padecimientos) la supresión de tratamiento sería un acto plenamente conforme a la *lex artis*. Pero si, por el contrario, el tratamiento médico fuera susceptible de mejorar la salud del paciente, su interrupción podría constituir un homicidio en comisión por omisión, y se generaría responsabilidad tanto para el equipo sanitario como para los representantes legales.

Ya hemos señalado cómo en el Derecho español, tanto la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo (art. 6, -si tiene 12 años-), como la estatal Ley 41/2002 (art. 9, -en todo caso-), se prevé el otorgamiento del consentimiento informado por sustitución, y una de las situaciones en las que procedería es, precisamente, si el paciente fuera menor. Según la legislación, tanto la relativa a los derechos de los pacientes, como la de protección jurídica del menor (art. 9¹⁵) los pacientes deberán ser oídos, como

¹⁵ El menor tiene derecho «a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el

era el caso de Andrea, esto es, que la decisión médica se adopte tras haber escuchado su opinión. No consta, sin embargo, que esto sucediera (ni que la menor fuera capaz). En todo caso, si la decisión del representante legal fuera contraria a los intereses del menor, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil o con conocimiento de la autoridad judicial. Esto si consta se practicó.

El problema planteado en el caso en examen no es tanto quién debe asumir la representación de Andrea, que son sus padres, sino de qué ocurre cuando se produce una discrepancia entre ellos y el equipo médico sobre la situación de la enfermedad terminal o del padecimiento del enfermo. Los padres podrían incurrir en alguna variedad de delito de homicidio (en el caso de que la enfermedad no fuera terminal, por ejemplo) pero también los profesionales sanitarios podrían incurrir en obstinación terapéutica y, por tanto, en responsabilidad jurídico-penal (por un delito de coacciones o contra la integridad, o por una falta de malos tratos de obra). En relación con las posibles responsabilidades penales, en anterior trabajo¹⁶ ya se ha manifestado una cierta reticencia de la jurisdicción penal o de política criminal en su conjunto para juzgar estos casos, pues ofrece diversas vías para apreciar el desvalor de la acción a través del consentimiento del sujeto o apreciando ausencia de culpabilidad –enfermedad terminal o graves padecimientos–.

Ejemplo de ello podría ser el conocido caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por los padres, testigos de Jehová, de un menor -13 años- condenados por el Tribunal Supremo –STS de 27 de junio de 1997- como autores de un delito de homicidio en comisión por omisión, aunque apreciándose la atenuante de obcecación o estado pasional que, rechazan una transfusión por motivos religiosos. El hospital recibe autorización judicial para proceder a la transfusión, a lo que el menor se niega, y tras intentar que los padres puedan convencerlo, estos se no aceptan por motivos religiosos. El menor, tras un peregrinaje por diversos centros hospitalarios, fallece a pesar de que finalmente se consiguió una orden judicial para proceder a la transfusión, en contra de la voluntad de los padres pero sin su oposición. Se pronunció así el Tribunal Constitucional: «FJ15.- 15. *Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él*

desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

¹⁶ F. REY, op. cit. pág. 190.

fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron. En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo ya más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias. Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE (LA LEY 2500/1978)). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las sentencias recurridas en amparo. (...) FJ 17 17. Como ya se ha expresado, en el presente caso los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor. Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE (LA LEY 2500/1978)), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas»¹⁷.

En nuestra opinión, y en el asunto que se analiza, nadie incurrió en responsabilidad, como confirmaron, por cierto, en sus respectivos momentos los dos autos judiciales. Consideramos que, en realidad, nadie atentó contra la legalidad. Cuando se suscita el conflicto, en julio de 2015, el equipo médico acierta en continuar con el tratamiento, incluso en contra de la voluntad de los padres de Andrea, porque, en ese momento, no parecía existir la situación de hecho (los padecimientos desproporcionados) que la legislación exige para proceder a interrumpir el tratamiento médico. Cuando la situación de la niña empeora significativamente, tres meses después, en octubre, sí se cumple, por desgracia, esa condición, por lo que el Juez y el equipo médico acuerdan realizar la voluntad de los padres retirándole el tratamiento (que era escaso: la alimentación e hidratación por sonda) y sedándola para evitarle dolores y sufrimientos. Desde luego, lo mejor hubiera sido que padres y equipo médico hubieran consensuado desde el principio las pautas a seguir. Pero en este caso, ante el conflicto planteado en las primeras fases del estadio terminal de la niña, parece razonable que prevaleciera el criterio médico contra la voluntad de los padres.

Si el derecho a rehusar el tratamiento puede entenderse como una manifestación de la libertad y autodeterminación de la persona, en el caso de los menores ese derecho tiene que ser prestado por otras persona personas ajenas a él. Ese derecho de autodeterminación, como vemos, está desdoblado en dos aspectos, esenciales ambos, que se recogen en la legislación antes señalada: el derecho a la información y el consentimiento informado. Si bien se entiende que los representantes del menor tienen por objeto la protección y guarda, y en la práctica totalidad de los casos adoptarán la medida que, en ese momento y en conciencia se considera más adecuada para él, en su beneficio, es un hecho que esa declaración de voluntad está prestada por otro/s, y esa declaración puede

¹⁷ Este asunto fue uno de los motivos por los que se introdujo la nueva redacción de los números 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002, en concreto a raíz de la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

adolecer de un consentimiento viciado o mediatizado en función de unas circunstancias que también pueden influir en los personas encargadas de tomar decisiones¹⁸.

Si aún el supuesto de mayores de edad, el hecho de rehusar un tratamiento médico no puede ser considerado como un derecho absoluto, en el caso de los menores esos límites se hacen depender de terceras personas, por lo cual las garantías deben ser incrementadas exponencialmente, ya que junto con el principio de autonomía (muchas veces contestado en cuanto a su carácter absoluto), no debe perderse de vista que el consentimiento es, en este caso, prestado por representación. En los casos de petición por persona capaz de ayuda 'en' o 'a' morir se ponen de manifiesto los riesgos que ello llevan consigo, tales como enfermedades mentales (depresión, no siempre adecuadamente tratada), sensación de rechazo o concepto de carga para parientes y personas cercanas, en el caso de los menores esos factores condicionantes deben ser examinados tanto en el incapaz como en las personas que deben dar su consentimiento por representación.

En cuanto a la conducta de los padres, no consideramos fuera punible. En primer lugar, porque consta su voluntad en contrario pero no su oposición para ser incardinada en el tipo penal previsto en el artículo 143.4 del Código Penal¹⁹, de manera similar a lo que ocurriría en el caso de la STS 145/2002, es decir, se manifiestan en contra pero con sometimiento a la decisión de la autoridad judicial. No existiría acción propiamente dicha más allá de esa manifestación de voluntad contraria a persistir en el mantenimiento del soporte vital, acompañada de la petición de auxilio judicial que confirmara o autorizara la voluntad expresada por estos.

¹⁸ Plaza González recopila y describe diferentes estudios sobre este tipo de riesgos en pacientes, médicos y familiares y allegados de la siguiente forma: «Como señala Y. KAMISAR, en ocasiones los pacientes piensan que otros están cansados de ellos, pero no son los únicos elementos que los hacen vulnerables. La edad avanzada, la depresión —frecuentemente no tratada—, la pobreza o la pertenencia a un grupo estigmatizado hacen que la voluntad del paciente se debilite. Esas influencias de terceros podían ser tan sutiles que resultan imposibles de probar ante un tribunal. Sugerencias discretas y de claro significado, cambios inconscientes en la expresión, los gestos o el tono de voz, pueden mover a un paciente dependiente y sugestionable a elegir la muerte.

Las influencias pueden provenir incluso de los propios médicos, lo que daría lugar a una situación mucho más paternalista que la que se pretende criticar con la radicalización de la autonomía, convirtiéndose el médico en dueño de la vida o de la muerte, desde su situación de privilegio. La relación de confianza que debe imperar en este tipo de situaciones asimétricas puede tornarse en abuso de dicha confianza que acabe imponiendo las propias convicciones del médico, las presiones de terceros o incluso las generadas por el control de costes. La intimidad de la relación médico-paciente es por principio irregular y la muerte se puede llegar a convertir en una opción terapéutica. (...) Junto a las influencias de terceros se encuentra la pretendida maximización de la competencia del paciente —con cita en su artículo del caso Chabot- (...) Los pacientes que quieren morir ante una enfermedad grave o terminal suelen sufrir una depresión tratable. Aunque el dolor y otros factores, como la falta de apoyo familiar, contribuyen a que un paciente quiera morir, ningún factor resulta tan decisivo como la presencia de una depresión. Cerca del noventa y cinco por ciento de las personas que se suicidan padece una enfermedad mental diagnosticable en los meses previos.

En otros casos pueden incidir errores sobre el diagnóstico o el pronóstico de la enfermedad. El físico inglés Stephen Hawking...». P. GONZÁLEZ, La negativa al tratamiento médico. ¿Un derecho absoluto?, en Diario La Ley, Nº 7703, 27 de Septiembre de 2011, Año XXXII.

¹⁹ Artículo 143.4 del Código Penal español: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria inequívoca e de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

En el caso de la limitación de esfuerzo terapéutico y la participación del equipo médico, ya por las propias connotaciones que conlleva el concepto (terapia), parece evidente que deba intervenir y ser tenido en cuenta, con un peso importante, el propio suministrador de la asistencia (incluso se deberá sopesar si se está rozando la obstinación ‘terapéutica’, nuevamente). Esa además parece ser la dirección que toma la Ley gallega 5/2015, cuando señala en relación a los deberes con respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico que, además del criterio médico –que deberá quedar reflejado en la historia clínica-, «*Se tendrá en cuenta la opinión del personal de enfermería al que le corresponda*» (artículo 18). La Ley andaluza 2/2010 va más allá, en la línea sugerida en este artículo, dotando mayor importancia al criterio médico, así, en su regulación de la limitación del esfuerzo terapéutico señala que «*Dicha limitación se llevará a cabo oído el criterio profesional del enfermero o enfermera responsable de los cuidados y requerirá la opinión coincidente con la del médico o médica responsable de, al menos, otro médico o médica de los que participen en su atención sanitaria. La identidad de dichos profesionales y su opinión será registrada en la historia clínica*».

Un caso conocido de aplicación de la ley andaluza fue el de Ramona Estévez, una mujer de 90 años que sufrió un accidente cerebral, quedando en estado de inconsciencia y sin posibilidades de recuperación, donde la actuación seguida difiere bastante con la del asunto que se comenta.

En aquel, la retirada de la sonda nasogástrica se produjo a instancia de la Junta de Andalucía, previa petición de la familia y que generó, también, importante controversia pública (de hecho se interpusieron al menos dos denuncias –una de ellas por omisión del deber de socorro y para pedir la tutela judicial de la anciana- que fueron archivadas).

Las diferencias con el asunto que se plantea son importantes tanto desde el punto de vista de los hechos como del procedimiento seguido. En cuanto a los primeros, la retirada del soporte vital se realizó a petición de la familia, recogida y transformada en vía de orden/aclaración por el gobierno regional dirigida al hospital donde se encontraba ingresada Ramona; en el caso de Andrea la postura de la Xunta de Galicia compartía, en principio, el criterio médico de continuar con el tratamiento. En el caso gallego gran parte de los argumentos utilizados iban dirigidos los padecimientos de la pequeña –aunque contestados en un primer momento por el equipo médico, como antes se apuntó-, mientras Ramona se encontraba en una situación de coma, al parecer, irreversible.

Por otro lado, se trataba de una mujer de avanzada edad, motivo por el cual el hijo (y algunos testigos) declaró que su madre había manifestado antes del accidente que no querría vivir en una situación tal, «*amarrada a unos tubos*». Ese es también uno de los argumentos utilizados en el conocido caso italiano de Eluana Englaro, en lo relativo a haber manifestado su voluntad antes del accidente; en el caso de Andrea, si bien no tenemos certeza del grado de conciencia y formas de comunicación, se trataba de una menor de corta edad para poder conocer o apreciar cuál era su voluntad.

Otra cuestión no menor que separa los dos asuntos es que en el de Andrea sí tuvo una participación del comité de ética (entre otros órganos), siendo este uno de los aspectos que más se han criticado en el caso Ramona²⁰. Se prevé así como una fórmula previa y anterior que la de acudir como última solución a la sede judicial, o mejor aún, si indefectiblemente debe de llegarse a ella, de no ser posible el acuerdo, se lleve a cabo con varios elementos de juicio.

²⁰ <http://medicablogs.diariomedico.com/diariomedico/2011/09/15/opinion-675/> (última consulta 15/04/2016)

Junto a ello, y como criterio diferenciador esencial entre ambos casos, estaría la de intervención judicial solicitada y llevada a cabo con participación activa a lo largo del devenir de los acontecimientos, ausente en el caso de Ramona. Así, el gobierno gallego parece haber buscado en todo momento el refrendo de sus decisiones, en vía judicial, siendo este último quien resuelve, reclama ser informado y ordena la evacuación de informes, a diferencia del caso andaluz, donde la participación del gobierno de la Comunidad Autónoma se tornó capital con ausencia de respaldo judicial²¹.

En un asunto como el que se examina, es de agradecer tanto que la normativa prevea una serie de mecanismos para tratar de resolver la controversia como son la participación de los comités de ética, aunque con mero valor de asesoramiento²² y en última instancia la intervención de la autoridad judicial y que estos hayan sido aplicados. En relación con la labor de los comités éticos resulta interesante la reflexión que realiza Sanz Rubiales²³ en relación con estos comités y la responsabilidad del médico. Sostiene el autor que si el médico se aviene al dictamen (consultivo) del comité quedaría exonerado de su responsabilidad, en caso contrario, al menos debería justificar sus motivos, ex artículo 54.1 de la Ley 30/1992²⁴ de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Podemos así, recapitular lo hasta ahora manifestado en las siguientes conclusiones:

En primer lugar, en cuanto a la concreción del carácter terminal de una enfermedad. Si bien desde nuestro punto de vista jurídico sería preferible una fijación de plazos o de algún otro criterio que dote de seguridad jurídica a la calificación de terminal de una enfermedad, lo cierto es que en el ámbito de la medicina ello se antoja complejo, cuando no imposible, aunque no deja de sorprender que algunas legislaciones sí opten claramente por un plazo temporal (seis meses²⁵), lo que consideramos sería conveniente tratar de uniformizar criterios (aunque con excepciones como

²¹ Ib.

²² Artículo 24, de la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales: «*En caso de discrepancia entre las o los profesionales sanitarios y las personas enfermas terminales o, en su caso, con aquellas personas que ejerciten sus derechos, o entre estas y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada a ellas, que no se resuelva mediante acuerdo entre las partes, sería recomendable el asesoramiento del comité de ética asistencial correspondiente o del órgano que corresponda para así tratar de llegar a alternativas o cursos intermedios en aquellas decisiones clínicas controvertidas, sin que, en ningún caso, puedan sustituir las decisiones que tengan que adoptar las o los profesionales sanitarios*», además del encargo contenido en la disposición final primera, ya comentado.

²³ I.S. RUBIALES, *Eutanasia y derecho administrativo*, en la obra colectiva *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la Eutanasia*, Madrid, 2008 (pág. 345).

Por otra parte, al tiempo de revisar este artículo saltó una nueva noticia en los medios de comunicación en los que se indica que la Xunta de Galicia –órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, valora la oportunidad de introducir a directivos del Servicio Gallego de Salud como miembros de los comités éticos – hasta ahora ello no era posible, a raíz del caso Andrea. Lavozdeg Galicia 28.05.2016.

²⁴ Artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992: «*Motivación. 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: c) Los –actos- que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*». A partir del mes de octubre la Ley 30/1992 será sustituida, en cuanto a los aspectos procedimentales se refiere, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, su artículo 35.1 c), prevé idéntica previsión.

²⁵ Este plazo parece ser es el que se prevé en Israel incluso para la eutanasia activa, en la denominada “Muerte por prescripción médica”.

dolores y sufrimientos indubitados e incertidumbre en cuanto a plazos, por ejemplo) en este fundamental y preceptivo supuesto de hecho que habilita a plantearse siquiera, la limitación del esfuerzo terapéutico.

Por otra parte, una protocolización en el actuar cuando se trata de menores. Ello debe ir acompañado de una urgente simplificación y clarificación normativa. Como apuntamos más arriba, las nuevas tendencias en relación con la autonomía y protección del menor tratan de dar un mayor 'protagonismo' a este, con base a su 'estado de madurez', con deber de ser oído siempre, y con un esfuerzo por indicar si está incapacitado para que se le pueda explicar y entender (informar), decidir u opinar, libre, voluntariamente, de una forma reflexiva y razonada sobre la cuestión que le afecta (consentimiento).

Por otro lado, se requiere un examen previo y serio del estado psicológico/psiquiátrico tanto del menor como de sus representantes. Si estos han de tomar manifestar el consentimiento por el menor, su estado de salud 'psicosocial' debe quedar fuera de toda duda.

Es preciso, en cualquier caso, dotar de una importancia determinante al criterio de los facultativos (médicos, enfermería, con silencio, por cierto, en el asunto que nos ocupa), del personal que atiende al menor. Como antes apuntamos, gravedad o enfermedad incurable no constituyen una ecuación directa para concluir un estadio terminal en todos los casos; de hecho, parece que Andrea volvía al estado inicial por el que fue trasladada a Santiago, incluso mejor -sin analgesia-, y en ese momento no estaba encima de la mesa el debate de la limitación del esfuerzo. Para ello, la elaboración de protocolos por los comités éticos sería de gran ayuda.

La limitación del esfuerzo terapéutico gira en torno a la calidad de vida del paciente de un lado y, de otro, con los valores del paciente o su familia. En relación con estos últimos, si han de ser respetados en los casos del adulto capaz, también deben ser garantizados en el caso del consentimiento por representación. El fallecimiento de Andrea a los 12 años después de una penosa enfermedad ha sido trágico, pero, a nuestro juicio, el equipo médico que la atendió no faltó en ningún caso a sus deberes éticos o jurídicos²⁶.

²⁶ K. KARIMI, M.F. MCKNEALLY, P.A. ADAMSON, *Ethical considerations in aesthetic rhinoplasty: a survey, critical analysis, and review*, in *Arch Facial Plast Surg.*, 6, 2012, 442.

Aspectos Medulares de la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Argentino

Mariana Rodríguez Iturburu*

FUNDAMENTAL ASPECTS OF THE REGULATION ON HUMAN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES IN ARGENTINA

ABSTRACT: In Argentina, after more than 30 years of legislative silence, human assisted reproduction techniques have finally found a legal framework in Argentina. The recent legislative progress in this field represents a significant outcome for individuals who have access to these procedures. The aim of this paper is to highlight the most important legal changes that have been introduced, their reasons and their constitutional basis. It also points out the tensions that led to the acknowledgement of assisted reproduction techniques as a fundamental means for the pluralistic evolution of family law.

KEYWORDS: Assisted Reproduction Techniques; Argentinian Law; Family Law; Human Rights.

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Bases constitucionales de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. – 3. El contexto normativo actual. 3.1. – Ley 26862 y su decreto reglamentario 953/2013. 3.2. – El Código Civil y Comercial de la Nación y las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial. 3.3. – Proyecto Ley Especial. 4. – Materia Pendiente 5. – Palabras de cierre.

1. Introducción

En los últimos 4 años se han producido en la República Argentina, múltiples y significativos avances legislativos, que han impactado de lleno en el campo del derecho de familia, en especial, y con mayor repercusión en el derecho filial, que se reflejan en el Código Civil y Comercial de la Nación¹ vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Las sólidas bases sobre las cuales se edifica esta reforma y actualización, parten obligatoriamente desde la mirada constitucional/convencional, cimentada en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, conjuntamente con el desarrollo jurisprudencial y el valioso aporte de la doctrina, que no hacen más que corresponderse con el principio de realidad al receptor los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a

* *Abogada, especialista en derecho de familia infancia y adolescencia de la Universidad de Buenos Aires, investigadora tesista.*

¹ Ley 26944 Código Civil y Comercial de la Nación, sancionada el 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 y publicada en el Boletín Oficial el pasado 08/10/2014 bajo el número: 32985 Fe de Erratas: (B.O. 2014/10/10) - AR/LEGI/80Y3.

la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la vida familiar y a gozar del desarrollo de la tecnología, acortando la brecha entre el derecho a la realidad social.

Los cambios más relevantes proyectados en el sistema de filiación, traducen e interpretan, no solo el imponderable avance de la ciencia, medicina y de la biotecnología en particular, sino también el reconocimiento de otros tipos de familias tal como se fueron sucediendo en la región, y como corolario, el progresivo cambio en las nociones de maternidad y paternidad, mediante la disgregación entre los elementos genético, biológico y voluntario, tal como veremos oportunamente. De este modo, la incorporación de una tercer fuente filial², derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida³, surge como consecuencia del dato empírico ineludible de la realidad, el uso de éstas prácticas en nuestro país y el nacimiento como consecuencia de ello, de una gran cantidad de niños⁴ que la jurisprudencia de los últimos años ha visibilizado en el aumento de conflictos que se dirimían en la justicia derivados del uso de las TRHA.

Hasta hace no muy poco tiempo, el único conflicto jurídico que rodeaba a estas prácticas médicas se relacionaba con la mencionada cobertura del tratamiento⁵, sin embargo, más recientemente se han presentado otro tipo de planteos y debates que permiten observar la complejidad del tema y las consecuencias nocivas que se derivaban por la falta de una regulación integral.

Nuestra jurisprudencia nacional ha resuelto casos de gestación por sustitución⁶, como así también de reproducción post mortem⁷.

² Tal como lo desarrollaremos más adelante, la categorización propia de esta nueva clase filial –tan discutida doctrinariamente (por ej. véase J.O AZPIRI, *Los matrimonios homosexuales y la filiación*, en *DFyP*, año 2, Nº 9, octubre de 2010, La Ley, p. 3) se justifica si se advierten las características propias y peculiares que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción. Se recomienda compulsar en profundidad A. Kemelmajer de Carlucci, M. HERRERA, E. LAMM, *Los criterios de la determinación de la filiación en crisis*, en obra colectiva M. GÓMEZ DE LA TORRE (directora) y C. LEPIN (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, 978-956-346-305-7, Edición 2013 y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, en *Revista de Derecho Privado*, Año 1, Nº 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p.6; M. HERRERA, E. LAMM, *Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)*, 12-abr-2012 MJ-DOC-5751-AR | MJD5751; E. LAMM, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil*, Suplemento especial, *El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil*, en *JA*, 2012-II, p. 68. A.N. KRASNOW, *La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación*, en *DFyP*, 2013 (octubre).

³ En adelante trha.

⁴ Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en Argentina y en Latinoamérica puede consultarse el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. (REDLARA) disponible on line en http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp. (ultima compulsu 10/06/2016).

⁵ M. VÉASE HERRERA, N. DE LA TORRE, A. BLADILLO, *Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida*, en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 1/05/2013, SJA 2013/05/01-13, JA 2013-II.

⁶ Tanto nacional como internacional, véase en extenso Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, Infojus online, Id Infojus: FA13020016; Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, 19/11/2013, Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, “XXX”, 02/12/2014, La Ley, Cita online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, “C., F. A y otro c/ R. S., M. L.”, 18/05/2015, Cita Online: AR/JUR/12711/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, “N., N. O”, 25/06/2015, La

Luego de más de 30 años de práctica de este tipo de técnicas y ante el silencio legislativo en la materia, la fuerza del principio de realidad se fue abriendo camino y puso en jaque el derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica / filiación adoptiva, y nos manifestó otra manera de alcanzar el vínculo filial mediante el uso de las TRHA con una entidad, características, autonomía propia que ameritaba su incorporación a la legislación civil y comercial, como una causa fuente independiente y autónoma que la hace ser un tercer tipo filial, conforme lo dispone el, ya vigente, artículo 558 del CCyC.

Asimismo, estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativo, son una proyección también, de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012⁸, en el que sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Básicamente, el caso se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo del año 2000, que declaró la inconstitucional del Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro, (en adelante FIV) en aquel país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a distintos países para poder acceder a este tipo de tratamientos. El 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11.2 (protección a la honra y la dignidad) y 17.2 (protección a la familia) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana (obligación de respetar los derechos) en perjuicio de los peticionantes.

Ley, Cita online AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F", 29/7/2015, Cita online: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>, compulsada el 10/03/2016; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015; Juzgado Familia Nro. 9 de Bariloche, "X", Expte. Nro. 10178-14", 29/12/2015, inédito; Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.

⁷ Juz. Nac. Civil nº 3, "K. J. V. c/ Instituto de Ginecología y fertilidad y otros s/ amparo", 03/11/2014; S., M. C. s. Medida autosatisfactiva /// Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 07-08-2014, RC J 6303/14 Tribunal de Familia N° 3 de Morón: "G. A. P. s/autorización", 21/11/2011, entre otros.

⁸ *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 257, Nov. 28, 2012. Disponible online: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Ver en extenso: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo del 7/2/2013*, en Microjuris.com, MJ-MJN-69467-AR; M. RODRÍGUEZ ITURBURU, M. CULACIATI, *Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Asuntos de Familia - periodo 2011. Derecho de Familia*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2, 2012, p275 - 302. issn 1851-1201.

Adviértase que la Corte IDH notificó el día 01/03/2016 la resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, emitida el 26/02/2016. Mediante esta resolución, la Corte IDH examinó el grado de cumplimiento de cada una de las medidas de reparación ordenadas en la Sentencia de 28/11/2012.

En la resolución de supervisión de cumplimiento, la Corte IDH reafirmó la obligación estatal de dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV de manera que quienes quieran hacer uso de esta técnica no encuentren impedimentos. Luego de analizar la información proporcionada por el Estado, los representantes de las víctimas y las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH afirmó que Costa Rica mantiene hasta el día de hoy dicha prohibición a pesar de lo ordenado en la Sentencia de 2012 y pese al efecto inmediato y vinculante que ésta debería tener. En este sentido, reiteró que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica, ni constituir un impedimento al ejercicio inmediato del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y se debe permitir tanto a nivel privado como público.

Cabe destacar que a los efectos de cumplir con la sentencia de 2012, el Estado elaboró un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Se trata del Decreto No. 39210-MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, emitido por el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Salud que entró en vigencia el 11/09/2015.

Frente a este contexto, veamos como se ha legislado en este sentido.

2. Bases constitucionales de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida

El punto de partida obligatorio, para comenzar nuestro trabajo es sentar las bases constitucionales/convencionales que cimentan la regulación de las TRHA en el campo del derecho argentino.

Tal como hemos adelantado precedentemente, una rápida revisión convencional - constitucional debido a la incorporación a la Constitución Nacional de sendos instrumentos internacionales de derechos humanos en el año 1994 (conf. art.75 inc. 22), nos circunscribe a afirmar que el derecho de toda persona de acceder a las TRHA se funda en: 1) el Principio de Igualdad ante la ley (art.16 de la CN); 2) el Principio de no Discriminación, como corolario del derecho a la igualdad, (CADH art.24; DUDH art.7; PIDCP art. 2.1 y 26)⁹; 3) el derecho a fundar una familia (CADH art.17; DUDH art. 16 inc. 3 y 22; PIDESyC art.10.1; PDCYP art.23.1, entre otros); 4) el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva (PIDESC art.12.1; CEDAW y 4ta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU - Pekín 1995 y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, el Cairo 1994); 5) el derecho a la intimidad en relación al derecho de toda persona a decidir

⁹ Si bien, en el dispositivo legal se consagra el criterio de igualdad formal; lo que significa que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y condiciones razonables, frente al poder estatal G. BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 353/355.

libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas (art 16.1 CEDAW¹⁰ y concordantes); 6) el libre desarrollo de la personalidad, también conocido como derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal¹¹; 7) el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, respecto de la ciencia, el de participar y beneficiarse del progreso científico (art.27 DUDH); 8) el derecho de respetar la indispensable libertad para la investigación científica (art.15.3 del PIDESC) y 9) el derecho de no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art.7 PIDCYP); por citar los más relevantes que comprometen el uso de las TRHA.

Sobre esta sólida base, este tipo de técnicas, producto de los avances médicos, científicos y tecnológicos posibilitaron que el deseo de ser madre y padre, comadre, copadre, adquiriese una re-significación y se ampliará a la comaternidad y copaternidad sin ninguna clase de discriminación en torno al plan de vida de las personas independientemente de su orientación sexual¹², poniéndose en jaque la visión heteronormativa de la filiación antes referida.

En otras palabras, las TRHA definitivamente posibilitaron ser padres no sólo a quienes sufrían algún problema de esterilidad o infertilidad, sino también a parejas del mismo sexo que no tendrían acceso a la copaternidad/comaternidad de no ser por estos avances¹³, salvo en los casos de adopción (y en los países en los que ella está permitida). Así, estos tratamientos han posibilitado la maternidad de mujeres solas, y/o de mujeres a edades muy avanzadas y abren las puertas a una planificación positiva de la reproducción, que hará posible -en un futuro próximo no muy mediato- evitar las enfermedades congénitas a través del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)¹⁴, etc.

¹⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y ratificada por ley 23.1979.

¹¹ El principio de autonomía de la persona humana es uno de los ejes principales del sistema de derechos individuales, y por lo tanto, del sistema democrático de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano. Se trata de una prerrogativa relacionada directamente con el aspecto más íntimo o personal de un individuo. No se puede dejar de destacar el importante rol que cumple el principio de autonomía personal consagrado en el artículo 19 de nuestra Constitución. Éste implica el derecho que tiene toda persona adulta, mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, de escoger el que considere "mejor" plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

¹² A. GIL DOMÍNGUEZ, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, 1° edición, Buenos Aires, 2014 pág. 11

¹³ Solo para mencionar un ejemplo, la ciencia posibilitó también que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó. Esta "disociación" de la maternidad tiene lugar no sólo cuando una mujer, que desea tener un hijo, recurre a la ovodonación, distinguiéndose así entre aquella que aporta el óvulo (donante y "madre" genética) de aquella que lo gesta y desea (maternidad gestacional, de deseo, y legal (Art. 242 CC)), sino que también nos conduce a la compleja figura de la gestación por sustitución.

¹⁴ El dgp, científicamente, es una técnica o un proceso que no implica un tratamiento diferente a todos los procedimientos de técnicas de alta complejidad que conlleva la formación de embriones y la correspondiente criopreservación. Téngase presente que una gran cantidad de países permiten el DGP: Brasil (Resolución Nº 1.957, del 15/12/2010 del Consejo Federal de Medicina), Francia, España, Portugal, Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, entre otros. Además, vale aclarar que si bien el DGP se encuentra en fase experimental, situación que no reviste una connotación negativa, es visto de manera positiva en varios

Cuando iniciábamos este comentario hacíamos hincapié en la idea que los cambios introducidos, en el derecho filial, además no hacen más que visibilizar el paulatino reconocimiento de otros tipos de familiares, toda vez que la noción de “familia tradicional” (matrimonial sobre la cual giraba el viejo Código Civil de Vélez Safford) se ha ampliado, de modo tal que éstas deben ser entendidas como familias en plural, en extenso, teniendo en cuenta que la Argentina sancionó, allá por el 2010 la ley de matrimonio igualitario 26.618¹⁵, sino además, la sanción de la ley 26.743¹⁶, de Identidad de Género que con total armonía y concordancia sobre el principio de pluralidad, se manifiesta en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de organización familiar, garantizando el derecho de toda persona a vivir en familia conforme su propio plan de vida¹⁷ independientemente de su orientación sexual, y en consonancia con el bloque constitucional federal plasmado en el Código Civil y Comercial¹⁸, y el art. 14 bis de la CN que alude a la “protección integral de la familia” sin definir, en su texto, qué se entiende por ella; y cuya interpretación es eminentemente dinámica.

Es dable recordar que el concepto de familia tiene una re significación, como consecuencia de su carácter cultural y dinámico. Hoy en día, coexisten muy diversos tipos de organizaciones familiares, por ejemplo la nuclear, la monoparental, las uniones de hecho, familias heterosexuales y homosexuales, las familias ensambladas, familias transexuales, tal como se han receptado muchos aspectos de ellas, en la actualización y unificación en la legislación civil y comercial argentina.

Y es aquí, frente al derecho de fundar una familia¹⁹ que cobra relevancia la posibilidad de procrear. En este orden, el Comité de los Derechos Humanos, bajo la Observación General N° 19 sostuvo al

ordenamientos jurídicos tal como hemos ejemplificado. La importancia y el uso del DGP va en aumento; tal es así que algunos bioeticistas han comenzado a sostener que determinados padres tiene el deber moral de recurrir al dgp para crear un niño sano. Argumentan tres razones: el aumento del bienestar del niño, la ampliación de su autodeterminación, y la reducción de las desigualdades. Véase en extenso, J. MALEK Y J. DAAR, *The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit*, en *The American Journal of Bioethics*. Vol. 12, Issue 4, 2012, p. 3-11. En nuestro país, no obstante la falta de legislación, el dgp (extensivo) ha sido autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. Véase los fallos del Juzgado en lo contencioso administrativo n° 1 de La Plata, 2010/19/08, C. A. N. y otro/a c/ I.O.M.A. s/amparo, elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L. H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, elDial.com - AA4F36; - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

¹⁵ Ley 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. B.O. 22/07/10 Sancionada: Julio 15 de 2010 y Promulgada: Julio 21 de 2010.

¹⁶ Ley 26. 743 De Identidad de Género. Sancionada el 09/05/2013 Publicada en el Boletín Oficial del 24 de mayo de 2012 Número: 32404 Pág. 2.

¹⁷ Para una lectura más acabada y profunda del tema: ver A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÁ, Y M. HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, 2006, capítulos I y II; N. LLOVERAS Y M. SALOMÓN, *La familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 2009, capítulo I; E. JELIN, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas*, en “*La familia en el nuevo derecho*. Libro homenaje a la Profesora Dra. C.P. GROSMAN, directora A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, coordinadora M. HERRERA, Tomo I, Santa Fe, 2009, p. 135 y ss.

¹⁸ Una de las premisas fundamentales sobre las que se asienta el Libro Segundo del CCyC, para proteger y respetar todas las formas de vivir en familia, de intimidad e identidad familiar es la que emana del art. 402 cuando se refiere a la interpretación y aplicación de las normas, entiende que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

¹⁹ Acápite 154.

respecto: «El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares».

En igual sentido, es importante, señalar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Regional de Derechos Humanos cuando sostiene que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo, la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas²⁰.

Tal es así, que durante el transcurso del año 2012, dicho Tribunal se ha expedido en casos muy significativos en lo atinente al derecho de familia, que sustentan, avalan y obligan a revisar las legislaciones en América Latina, especialmente en aquellos países que han suscripto y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Más aun en casos como Argentina, que le ha dado jerarquía constitucional a dicha Convención. Pero veamos cuales han sido estos hitos normativos:

Es en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*²¹, la CIDH expresamente sostiene que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni muchos menos se protege solo un modelo de ella. Y también allí, estableció que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, de modo que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, y que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños, por cuanto la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sino que ello obste a que pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas²².

Por su parte, en el caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”²³, la misma CIDH sostuvo que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño²⁴.

Y ya adentrándonos, en el tema que aquí nos ocupa, se ha referido en el caso “*Artavia Murillo*” antes mencionado, que el impedimento de acceso a las TRHA también vulnera el derecho a gozar los beneficios del progreso científico²⁵.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Corte IDH “*Fornerón e hija vs. Argentina*, 27 de abril de 2012 Disponible online en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf ultima compulsa 15/06/2016.

²² *Ibidem* acápite 98.

²³ Corte IDH “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” del 24 de febrero de 2012. Disponible on line www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf ultima compulsa 16/05/2016.

²⁴ *Fornerón*, acápite 99.

²⁵ *Compulsar Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, acápite 150 cuando dice: «Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la

Frente a este marco, conjunta y paralelamente se fueron esbozando los lineamientos que sigue hoy, la regulación en materia de TRHA en la República Argentina.

3. El contexto normativo actual

Lo cierto es que actualmente, en el plano jurídico, son tres los pilares normativos los que responden de manera integral complementaria y abarcativa a todos aquellos aspectos relacionados con el uso y empleo de las TRHA en este país.

En primer lugar, en el año 2013 se sanciona la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida bajo el N°26862 publicada en el Boletín Oficial el 26/06/2013 y reglamentada mediante el decreto 956/2013²⁶ que, en realidad, se centra y consagra a nivel nacional la cobertura médica integral de este tipo de tratamientos.

En segundo término, en octubre de 2014, se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que se interesa, tanto por la existencia de la persona humana, es decir, desde cuándo para la ley se es persona a los efectos del derecho civil (el cuestionado y controvertido art. 19 del CCyC) y regula todo lo relativo al derecho filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA²⁷.

Y en último lugar, contamos con un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en el Congreso de la Nación bajo el expte N° 0581-D-2014²⁸; que al momento de escribirse este trabajo se encuentra bajo tratamiento legislativo en la Cámara de Senadores con el N° de expte. 0101-CD-2014. Este proyecto, precisamente, tiene como objeto regular los alcances y efectos de las TRHA, así como todas aquellas cuestiones que derivan de su uso e implementación.

Veamos a continuación los aspectos principales de la regulación argentina en materia de técnicas de reproducción humana asistida.

Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona».

²⁶ Publicado en el Boletín Oficial el 19 de julio del 2013.

²⁷ Confr. Capítulo V dedicado a la "Filiación" en el que se regula la filiación por naturaleza, por adopción y la derivada de las TRHA del Libro Segundo sobre "Relaciones de Familia".

²⁸ Se aprobó dictamen de mayoría en el Orden del día 1003/2014 de la Cámara de Diputados de la Nación. Dicho dictamen surgió del consenso y/o fusión de dos proyectos: 1) 0581-D- 2014 firmado por los diputados Bianchi, María del Carmen; Puiggrós, Adriana V.; Conti, Diana B.; Oporto, Mario; Zamarreño, María Eugenia; Parrilli, Nanci; María Agustina; Solanas, Julio R.; Arregui, Andrés R.; Ciampini, José A.; Mendoza, Mayra S. y Domínguez, Julián y 2) 4058-D-2014 firmado por Brawer, Mara; Gagliardi, José; Linares, María Virginia; Scotto, Silvia Carolina; Ferreyra, Araceli; Carrizo, Carla; Gaillard, Ana Carolina; Junio, Juan Carlos; Guccione, José Daniel y Segarra, Adela.

3.1. Ley 26862 y su decreto reglamentario 953/2013

Tal como vemos mencionado, la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, regulan el acceso integral a la cobertura médica de las TRHA siguiendo los lineamientos de los principios internacionales de derechos humanos, esbozados al inicio de este trabajo.

Su artículo 7º prescribe el derecho humano de «acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida" en "toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer».

Tal como advertimos, se desprende del texto de la ley 26.862, que se acepta el acceso amplio a las técnicas, esto quiere decir, que están abiertas a parejas de igual o distinto sexo sean estas casadas o que se encuentren unidas en convivencia de hecho y también para hombres o mujeres que no conforman pareja, tengan o no problemas de fertilidad, se les reconoce a todas ellas los procedimientos de inseminación o fecundación homóloga y/o heteróloga mediante el empleo de técnicas de baja o alta complejidad.

Esta perspectiva amplia adoptada por ley nacional es concordante con el Código de Ética de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) que establece: «éstas se aplicarán en aquellas personas mayores de edad que deseen tener un hijo, que los procedimientos y decisiones médicas deben respetar los intereses y el beneficio de todos aquellos que estén involucrados en las técnicas»²⁹.

Si bien la cobertura es integral, el decreto se encarga de reglamentar de qué forma una persona podrá acceder a los tratamientos. De esta manera, se regula que se puede acceder a un *máximo de 4 tratamientos por año con técnicas de baja complejidad, y hasta 3 tratamientos de alta complejidad*. Sin embargo, se exige como principio general que el beneficiario *comience con técnicas de baja complejidad* como requisito previo para poder, ante el fracaso en la consecución del embarazo, a las técnicas de alta complejidad, las que por cierto, deben realizarse con intervalos mínimos de 3 meses entre cada una de ellas.

Para acceder a las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo 3 intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

En caso de que se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante³⁰.

²⁹ En otro acápite del mismo punto, también hace hincapié en que todos los participantes tienen derecho a la privacidad y que los centros y/o los profesionales intervinientes deben respetar la confidencialidad de las historias clínicas dentro del marco legal vigente.

³⁰ Esta regulación tiene una finalidad implícita que es la de evitar la donación directa o intrafamiliar. La reglamentación, al imponer el requisito de que los gametos provengan siempre y exclusivamente de bancos, impide que de ahora en más, los usuarios de las TRHA puedan ofrecer su donante.

Asimismo, es finalmente, con esta Ley 26.862 que la oncofertilidad tiene expresa recepción legal. Así, conforme el art. 8 de la Ley «(...) También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, *incluso* menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro».

Siguiendo los lineamientos, de las directrices propuestas por la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; que en su artículo 5° define al consentimiento informado entendiéndolo como «la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados³¹», la ley en su art.7° prevé que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida «siempre que previamente haya explicitado su consentimiento informado, el que es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer».

Por su parte, el decreto reglamentario 956/2013 de la ley nacional de igual forma remite a la aplicación de la ley de derechos del paciente y también lo hace a la Ley 25.326 de protección de datos personales, para establecer en definitiva que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.

De la misma manera, establece especialmente que en los casos de técnicas de baja complejidad, el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. Mientras que en aquellos casos que las técnicas sean de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión en la persona.

En referencia expresa al consentimiento, la ley formula la siguiente aclaración, si se utiliza el material genético en fresco, o sea, directamente luego de su extracción sin que se lo crioconserva, sólo basta ese consentimiento otorgado, sin perjuicio del consentimiento para la extracción; en cambio, si se procede a la crioconservación de los gametos o embriones, ante un nuevo procedimiento para otra transferencia, el consentimiento debe prestarse una vez más³².

³¹ Asimismo, el artículo 6° de la ley antes citada, determina la obligatoriedad de que previamente a cualquier actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, el paciente preste su consentimiento informado. A su vez, la norma dispone como regla general que el mismo será otorgado verbalmente, y determina ciertas excepciones en las que deberá ser por escrito y debidamente suscrito, a saber: a) internación, b) intervención quirúrgica, c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, d) procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación, y e) en caso de revocación (conforme artículo 7).

³² M. HERRERA, E. LAMM, *Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia, en La Ley*, 31/07/201, 1 - LA LEY2013-D, 1037 - Cita Online:

Esta regulación se adecua al estándar establecido por la CIDH en el ya citado caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*.³³ Con motivo de este caso, la CorteIDH consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción", partiendo de establecer la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación.

En este sentido, el Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el caso, el Tribunal constato que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en el ambiente natural adecuado para su desarrollo, que hasta la fecha, no puede recrearse de manera artificial.

Así, la Corte ha utilizando diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general³⁴.

3.2. El Código Civil y Comercial de la Nación y las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial

En consonancia con la ya mencionada perspectiva constitucional – convencional el Código Civil y Comercial Argentino ha regulado una tercera fuente filial.

Así, el artículo 558 del citado cuerpo legal, dispone expresamente que: «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación».

Este artículo 558, en definitiva, establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena³⁵, por naturaleza o por TRHA³⁶, matrimonial y extramatrimonial³⁷, expidiéndose los certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria³⁸.

AR/DOC/2899/2013.

³³ CIDH, 28/11/2012, "*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*" ob. cit.

³⁴ Acápito 264.

³⁵ G. MEDINA, *La adopción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho Privado*

A la filiación por naturaleza o también denominada “biológica” y la filiación adoptiva, estructura general que mantiene del viejo artículo 240 del Código Civil de Vélez Sarsfield, se le agrega como una tercera fuente filial, aquella derivada por el uso de las técnicas por reproducción humana asistida, con particularidades, características y reglas propias³⁹, que ameritan su regulación en forma autónoma.

Tal como lo hemos adelantado, en materia de filiación, históricamente siempre se distinguió entre la filiación biológica y la adoptiva, según a qué elemento de aquella se le diera preponderancia. En la primera, predominaba el elemento biológico-genético mientras que en la segunda lo hacía el elemento volitivo, es decir la voluntad.

La aparición, el avance y el desarrollo de la ciencia, la medicina, y la biotecnología, en particular en el empleo de las TRHA modificaron radicalmente este escenario, puesto que a través de ellas se permitió la disociación de tres elementos: el genético, el biológico, y el volitivo⁴⁰.

De este modo, en la filiación por naturaleza se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial.

Si bien, a grandes rasgos, tanto en la adopción como en la filiación derivada por el uso de las TRHA el vínculo se determina por el elemento volitivo, conforme lo desarrollaremos a continuación, se diferencian porque esa voluntad, en la filiación derivada de las TRHA debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento.

Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa

y *Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, 2012-2-470 y ss., Santa Fe, 2013. Analizando los principios generales sobre adopción, mencionado en N. Lloveras, “*La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial*” RDF 66-153 Sección: Doctrina Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/1071/2014.

³⁶ Confr. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida*, ob. cit. pág. 3 y ss.

³⁷ Cfr.: L. BARÓN, *Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido*, en RDF 2014-III-35.

³⁸ El art. 559 del CCC mejora el art. 241 del viejo Código Civil de Vélez Sarfield, en cuanto elimina la expresión “únicamente”, que no ostentaba andamiaje. También supera la expresión “haber sido o no concebido durante el matrimonio”, en tanto la ley determina la paternidad matrimonial por el nacimiento dentro del matrimonio en el actual art. 243 del Código Civil, con indiferencia en este punto de la época de la concepción.

³⁹ Asimismo, se mantiene también el máximo de dos vínculos filiales, con una diferencia sustancial: la adecuación al principio de igualdad o la consecuente irrelevancia de la orientación sexual de las personas con quienes se crea vínculo filial de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.618 que introduce al ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y que el nuevo Código Civil respeta y por lo tanto, recepta la compleja tarea de adecuar el régimen filial a esta manda legal y que está en consonancia con el plexo normativo constitucional- internacional.

⁴⁰ A grandes rasgos, vale recordar, que el elemento genético está dado por la correspondencia de ADN entre las personas, la identidad de código genético con el otro. El elemento biológico incluye primordialmente el acto sexual, pero también la concepción y la gestación. Y por último, al elemento volitivo lo constituye el deseo de ser padres, de generar descendencia vinculado estrechamente al derecho a la salud, la autonomía personal, privacidad, intimidad y con la protección integral de la familia (y para algunos doctrinarios también con el derecho a ser padres, que se encuentra muy discutido). Aquí aparece entonces la voluntad procreacional como concepto jurídico.

voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo⁴¹.

Claramente, los problemas que surgían en la práctica con el empleo de estos procedimientos médicos, no se identificaban con los de ninguna de estas situaciones⁴², ya que inexorablemente debíamos distinguir cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo en la llamada reproducción heteróloga.

Como acertadamente ha puntualizado la jurista Eleonora Lamm: “Las TRHA permiten la reproducción *sin sexo*”, lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético, y viceversa.

Es por ello, que cuando hablamos de la determinación de la filiación en las TRHA, debemos en primer lugar diferenciar si estos tres elementos que componen un vínculo filiatorio se encuentran presentes en la misma persona, o bien sólo uno de ellos. Piénsese así, por ejemplo en el caso que una pareja que ante dificultades para concebir acude a este tipo de tratamientos, es posible que no esté presente el elemento biológico, y si esa misma pareja acude a donación de gametos para uno o para ambos integrantes, tampoco lo estará el genético.

Es dable destacar en este sentido, que el nuevo CCYC ha seguido de cerca los diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento, como por ejemplo: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Claramente, éstos principios constitucionales – convencionales son, los que sostienen, en definitiva, con mayor o menor intensidad, el por qué el Código Civil y Comercial amplía la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las TRHA y el modo en que se lo hace, debiéndose respetar el principio de igualdad; el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores; el derecho a la identidad estática (elemento genético) como dinámica (elemento volitivo); el derecho a fundar una familia también con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla y el derecho a hacerse de los avances y desarrollo de la ciencia médica, siendo las técnicas de reproducción humana asistida no sólo una práctica que permite acceder a la maternidad/paternidad, sino también a prevenir y curar enfermedades, de esto último dan cuenta algunos precedentes jurisprudenciales en los que se obligó

⁴¹ E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, p. 76-91.

⁴² E. ROCA TRÍAS, *Filiación asistida y protección de derechos fundamentales*, DS, 1999, (Volumen N° 7), disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>. *Compulsada el 27/08/2010*.

a la obra social cubrir un tratamiento de fertilización in vitro para que una pareja pueda tener un nuevo hijo que sea compatible con su hermano para poder salvarle la vida⁴³.

En otras palabras, son tantas las particularidades y rasgos propios que se derivan de esta práctica médica que ameritaban un capítulo especial dentro del vasto campo del derecho filial.

Aquí es donde cobra importancia el elemento volitivo, dado que la voluntad procreacional puede entenderse como el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para dejar de hacerlo, tal como lo veremos seguidamente.

Este concepto no es nuevo, ya a mediados de los '60, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida"⁴⁴. Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada *voluntad procreacional* como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las Técnicas de Fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad⁴⁵.

Rivero Hernández afirma, en igual sentido, que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA «es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja (...) El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico (...), sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad»⁴⁶.

Entre nuestros juristas, Lamm, una referente en la temática, subraya con elocuencia que: «Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional'(...) Las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo»⁴⁷.

⁴³ Juz. Cont. Adm., nº 1 de La Plata, 2010/19/08, C. A. N. y otro/a c/ I.O.M.A. s/amparo, elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 2009/29/12, L., H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra, elDial.com - AA4F36 y Capel., Cont. Adm., San Nicolás (Buenos Aires), 2011/13/09, M.G.G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo, elDial.com - AA715A.

⁴⁴ E. DÍAZ DE GUIJARRO, *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en JA 1965-III-21 citado por M.V. FAMA, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2011, p. 74.

⁴⁵ En efecto, la separación del binomio «reproducción/sexualidad», correlativa, en algún sentido de la separación operada en el par «sexo/género» durante los años '60, ha dado lugar a una verdadera "revolución reproductiva" cuyo mayor impacto se recoge en el instituto jurídico de la voluntad procreacional.

⁴⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Paz-Ares, Cándido-Díez Picazo, LUIS-BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO-SALVADOR CODERCH, PABLO (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, t. I, p. 128 citado en M. RODRÍGUEZ ITURBURU, *La regulación de las técnicas de reproducción humana Asistida en la Actualidad*, Revista *Reproducción* de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR). 2015 vol.30 nº. p. 143 - 160.

⁴⁷ E. LAMM, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las*

Gil Domínguez, avanza un paso, incorporando el elemento “psi” a su definición, esgrimiéndose que «desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas.” (...) “El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo»⁴⁸.

En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo⁴⁹.

Dentro del concepto mismo de filiación fue abriéndose paso, paulatinamente, en sede doctrinal y jurisprudencial, la “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional” como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Incluso, Gil Domínguez, entiende que la voluntad procreacional se manifiesta de diversas formas según se adopten distintas fuentes de filiación.

Al respecto entiende que en la fuente de filiación biológica, el aporte de gametos masculinos y femeninos es realizado por las mismas personas que posteriormente serán padre y madre (dentro de un marco basado en las presunciones que admiten prueba en contrario). En este supuesto, existe una simetría absoluta entre el hecho biológico y la voluntad procreacional.

Por su parte, en la filiación adoptiva, quienes revestirán el rol de padre/madre, comadres, copadres no realizan ningún aporte de gametos o material genético. Con lo cual existe una asimetría entre el hecho biológico y la voluntad procreacional ejercida de forma posterior al hecho biológico.

Mientras que, para concluir, entiende que en el filiación derivada del empleo de las TRHA, pueden observarse dos supuestos. Uno de ellos, aquel en que una de las personas que ejercerá el rol de madre, padre, copadre o comadre realiza un aporte de gametos, dando lugar a una situación de simetría parcial entre el hecho biológico y la voluntad procreacional. Por ejemplo, cuando un matrimonio o pajera de igual o distinto sexo, o bien un hombre o mujer no realizaron el aporte del material genético masculino o femenino, sino que lo obtienen de donantes y acuden a la gestación por sustitución, se configura una situación de asimetría absoluta similar a la que existe en la adopción.

Consecuentemente, la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y

técnicas de reproducción asistida, en *Revista de Bioética y Derecho* N° 24, enero 2012, Barcelona, p. 76-91, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_ultima_compulsa_16/05/2016.

⁴⁸ A. GIL DOMÍNGUEZ, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, ob cit. pág. 13.

⁴⁹ Confr. A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÀ, M. HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, t. II, Buenos Aires, 2006, ps. 833 y ss.; A.N. KRASNOW, *La verdad biológica y la voluntad procreacional*, LL 2003-F-1150; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, LL del 20/9/2010 citado en D.M. HOLZMAN, *Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen*, del 2013-12-03. Fallo Comentado: [Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento ~ 2013-06-18](#) RDF 2013-VI-69 ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2790/2013.

multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico⁵⁰.

De una u otra forma, lo cierto es que, el único elemento que encontraremos siempre presente en las TRHA es la voluntad, y de ahí su gran relevancia en la materia que nos ocupa.

En este sentido, es Rivero Hernández, quien dice que la paternidad – maternidad no son conceptos sólo biológicos, sino que están cargados de componentes culturales (voluntad, afecto, juridicidad, etc.) y que «corresponde a aquellas personas a quienes el hijo debe la vida por haber nacido por acto de decisión personal de ellos»⁵¹.

En derecho comparado, advertimos que varios países reconocen expresamente la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional⁵². Podemos mencionar al respecto, la Ley española 14/2006 (art. 6°); el Código Civil de Tabasco, México (art. 324); la “Human Fertilisation and Embryology Act” inglesa (sección 35); el Código Civil de Brasil (art. 1597); el decreto 24029-S de regulación de la reproducción humana asistida de Costa Rica (art. 8°); el Código Civil de Portugal (art. 1839); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 187); el Código Civil holandés (art. 201-1); el Código Civil búlgaro (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); diferentes estados de los Estados Unidos (Nueva York, Connecticut, Georgia, Kansas, Oklahoma, Louisiana); entre otros.

Siguiendo estos lineamientos, la legislación argentina define en el art. 562 del CCyCN qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento, siempre que éste se encuentre debidamente inscripto en el Registro Civil.

Tal como lo sostienen Herrera y Lamm, la filiación derivada de las TRHA en el derecho argentino corresponde a quien desea ser “parent”⁵³, es decir a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido. Así lo regula el art. 561 del nuevo CCyCN cuando prevé que

⁵⁰ A. GIL DOMÍNGUEZ, M.V. FAMÀ, M. HERRERA, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, 1º ed., Buenos Aires 2010, p. 229; M.V. FAMÀ, ‘Padres como los demás...’. *Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario*, RDF N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 55.

⁵¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, su ponencia en el II Congreso Mundial Vasco, Congreso de Filiación, 1987, citado en C.P. GROSMAN, N. LLOVERAS, M. HERRERA, 1ª Ed., *Summa de Familia. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, Tomo II, Buenos Aires, 2012, p. 1773.

⁵² Desde otra perspectiva, descartan la posibilidad de desplazar la filiación de quien ha consentido las TRHA, entre otros, el Código de Familia de Panamá (art. 286); la Ley española 14/2006 (art. 8); el Código de México DF (art. 326); el Código Civil de Portugal (art. 1.839, inc. 3); el Código de Familia de Costa Rica (art. 72); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 287); el Código Civil holandés de 1972 (art. 201-1); el Código Civil búlgaro de 1968 (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1.600, ap. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); el Código Civil francés (art. 311-20); el Código Civil de Québec (art. 539); mencionado en M.V. Famà, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

⁵³ El término parent es neutral, abarca madres y padres. Las autoras utilizan esta noción neutra, para mejor recaudo ver en extenso M. HERRERA, E. LAMM, *Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)*, ob cit. Otros autores, por ejemplo, N. BALA, académico canadiense, prefieren la expresión social parents, ver: *Who is a 'Parent'? Standing in the Place of a Parent' & Canada's Child Support Guidelines*, S.5, Queen's Univ. Legal Studies Research Paper 07-11.

«Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos».

Podemos advertir que se desprenden de este artículo, dos consecuencias, la primera, que la identidad de una persona ya no está dada por el elemento biológico sino genético; y la segunda, que la voluntad procreacional que genera el vínculo entre padres e hijos, se exterioriza a través del «consentimiento previo, informado y libre» que deben recabar las instituciones públicas y privadas que realicen las TRHA, estableciendo la formalidad mínima que deben cumplimentar estos instrumentos: ser hechos por escrito, protocolizados ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente a cada jurisdicción (el Ministerio de Salud, autoridad de aplicación, sería el organismo encargado de organizar este sistema de “protocolización” por autoridad sanitaria).

Complementa esta norma, el art. 560 de la legislación civil y comercial que dispone que el consentimiento debe recabarse antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, en el centro de salud interviniente.

Indubitablemente, el elemento central en la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas es la exteriorización de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal⁵⁴.

Ahora bien, es dable señalar que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, respecto los nacidos mediante el uso de las TRHA, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (conc. art. 575 del CCyC), como tampoco será admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial entre éste y el nacido por el uso de estos tratamientos.

La legislación civil y comercial, en los arts. 563 y 564 se ocupa del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la particularidad que ostenta el derecho a la identidad en las TRHA heterólogas, disponiendo, de esta manera que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento y que a petición de aquellas, se podrá: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

En este sentido, el CCyC ha adoptado por un sistema de anonimato relativo, también denominado anonimato intermedio y equilibrado, de conformidad con todos los intereses en juego, teniendo en cuenta que de este modo, que se garantiza: 1) la necesidad de que haya donantes y 2) el derecho a

⁵⁴ M. HERRERA, E. LAMM, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", ob. cit. 12/4/ 2012, MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

gozar de los beneficios del progreso científico de quienes acceden a los tratamientos heterólogos y 3) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético.

De acuerdo a los alcances del citado art 564, respecto del derecho de los niños nacidos mediante el empleo de estas técnicas, a conocer su información genética, se diferencian claramente dos aspectos: a) Información no identificatoria (datos genéticos o de salud sobre el donante) y b) Información identificatoria (nombre, apellido y datos que permiten individualizar al donante) que solo podrá ser relevada mediante autorización judicial previa.

Ahora bien, para el acceso a una y otra arista del derecho a la identidad en las TRHA –información no identificatoria e identificatoria- el código prevé un procedimiento diverso. En el primer caso, información no identificatoria, la persona nacida por TRHA puede recurrir directamente al centro de salud y solicitar los datos médicos o de salud de su donante.

En cambio, respecto al acceso a la información identificativa del donante el código dispone que deben existir “razones debidamente fundadas”, evaluadas por la autoridad judicial competente (aquél que entiende en materia de familia) y por el procedimiento más breve que prevea la ley local para ponderar, en el caso concreto, si se debe levantar el anonimato y dar a conocer los datos identificatorios del donante.

En cuanto a las formas de determinación, el art 569 establece que la filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a. por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; b. por sentencia firme en juicio de filiación; c. en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. (Este último inciso sigue la misma lógica que el art. 570 del CCyC que en referencia a la determinación de la filiación extramatrimonial, establece que este tipo de filiación, queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal).

En otras palabras, en todos los casos en que se recurre a las TRHA para la ley argentina; ya sea una persona sola, casada y/o en unión convivencial, del mismo o distinto sexo, sean técnicas homólogas o heterólogas; la filiación se determina por la voluntad expresada a través de los consentimientos legales con independencia de quién haya aportado los gametos.

La suscripción de este documento, reviste tal importancia, que blinda la posibilidad de impugnar la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, de los hijos nacidos mediante el uso de estos tratamientos, cuando haya mediado de conformidad con las disposiciones del Código y las que se establezcan mediante una ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos (confr. art 577 del CCyC). Es decir, no es posible impugnar la filiación de quien ha prestado el correspondiente consentimiento en los términos que instruye el CCyC. Del mismo modo, el art. 588 tercer párrafo del referido cuerpo legal, prevé que en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. (Lo mismo ocurre con la impugnación del reconocimiento, que no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción

humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos según lo disponen los arts. 592 y 593 del CCyC).

Por último, es necesario advertir que el mismo CCyC se ocupó de la situación de los niños nacidos mediante el uso de las TRHA antes de su puesta en vigencia, disponiendo una cláusula transitoria en la que prevé que éstos son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización de la técnica que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta (Confr. Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del CCyC).

3.3. Proyecto de Ley especial

Tal como hemos advertido, el nuevo Código Civil y Comercial solo regula la determinación filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA, toda vez que no le corresponde a un código de fondo, profundizar y ahondar sobre una gran cantidad de cuestiones que encierra la práctica y el uso de este tipo de tratamientos, tales como: los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, etc.

Todas estas cuestiones deben ser abordadas y reguladas en la ley especial, incluso porque la misma legislación civil y comercial en varias disposiciones, le impone su remisión y obliga al Congreso de la Nación a sancionar una ley especial, como por ejemplo, al momento de regular de manera expresa y autónoma la filiación derivada de estas técnicas como una tercera causa fuente filial con reglas propias y precisas, como en los artículos 575⁵⁵ y 577⁵⁶; o bien en la disposición transitoria segunda al disponerse que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial", y solo por mencionar algunas.

Es por ello que el 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó con media sanción un proyecto de ley especial sobre "técnicas de reproducción médicamente asistida", que actualmente sigue su trámite legislativo y que se encuentra, tal como hemos referido anteriormente, bajo tratamiento legislativo en el Senado de la Nación (expte. CD-101/2014).

Analizar en extenso sus disposiciones, excede el marco de este trabajo, sin embargo, haremos referencia a las normas más relevantes.

Conforme los términos del artículo 1° del proyecto con media sanción, la ley tiene por objeto, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley

⁵⁵ En su primer párrafo expresa: «En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial».

⁵⁶ Este articulado se refiere a un principio obvio o propio de la filiación por TRHA: la inadmisibilidad de la acción de impugnación al disponer: «No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste».

26.862 y su reglamentación «regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida» y «la protección del embrión no implantado».

Dicho proyecto de ley, consta de 35 artículos, cuyas directrices podríamos sintetizarlas en 6 (seis) ejes que seguidamente se mencionarán:

3.2.1) Aporte de gametos para terceros y embriones

Se proyecta regular todo lo relativo al aporte de gametos para terceros y embriones a través de : a) diversas reglas generales sobre técnicas con material genético propio o gametos de terceros (art. 2); b) Límite de edad para el aporte de gametos (art. 3); c) Controles previos a los aportantes de gametos (art. 4); d) Consentimiento del aportante de gametos y definición de centro de salud (art. 5); e) Carácter no lucrativo del aporte de gametos (art. 6); f) Carácter rescindible del convenio de aporte de gametos y uso de los gametos para fines propios (art. 7); g) Límite de aportes de gametos para un máximo de 6 personas o parejas (art. 8); h) Reglas sobre la confidencialidad del aporte de gametos o embriones (art. 16).

3.2.2.) Crioconservación y destino de gametos y embriones

La legislación proyectada propone: a) La regulación de la conservación de gametos y embriones en los centros autorizados (art. 9); b) Posibilidad de conservación de gametos para uso futuro en caso de enfermedad (art. 10); c) Límite en el plazo de conservación de gametos aportados para terceros (art. 11); d) Límite en la crioconservación de gametos o embriones de los beneficiarios y exigencia de contrato previo sobre el destino de los embriones (art. 12); e) Posibilidad de "donar" gametos o embriones a los centros de salud y de abreviar el plazo de crioconservación (art. 13).

3.2.3) Prohibiciones y legalizaciones

Se prevé una serie de prohibiciones y legalizaciones, como por ejemplo: a) Distinción entre embriones viables y no viables (art. 14); b) Prohibición de selección fenotípica de gametos o embriones (art. 15); c) Criterio médico para la determinación del número de ovocitos a fecundar (art. 17); d) Legalización del diagnóstico genético preimplantatorio (art. 18)

3.2.4) Disposiciones administrativas:

En cuanto a las disposiciones administrativas, el proyecto de ley especial estipula: a) Deber de información de los centros de salud a la autoridad de aplicación (art. 19); b) Funciones del Registro Único de Establecimientos establecido por el art. 4 de la ley 26862 (art. 20); c) El Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (art. 21); d) Deber de conformar un Comité Asesor Honorario Ad Hoc (art. 22); e) Promoción de las técnicas en el país (art. 23); f) Elaboración de protocolos específicos (art. 24)

3.2.5.) Responsabilidad e infracciones:

Asimismo, se prevé entre la normativa proyectada : a) Responsabilidad de los centros de salud y deber de contratar seguro (art. 25); b) Enumeración de infracciones (art. 26); c) Competencia de la autoridad de aplicación para sancionar (art. 27); d) Criterios para la graduación de las sanciones (art. 28); e) Sanciones previstas para las infracciones (art. 29); f) Procedimiento para los sumarios por infracciones (art. 30); g) Destino de lo recaudado por infracciones (art. 31).

3.2.6) Normas finales

Por último, entre las normas finales propone: a) Previsión presupuestaria (art. 32); b) Entrada en vigencia y derechos adquiridos (art. 33); c) Carácter de orden público de la ley e invitación a que las provincias adhieran (art. 34); d) Deber de reglamentación en 90 días (art. 35).

Si bien, dicho proyecto cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados, lo cierto es que ya se encuentra en plena vigencia el Código Civil y Comercial y muchas disposiciones requieren la inmediata y urgente sanción de la ley a fin de regular todos los aspectos concernientes al uso, implementación e instrumentación del sistema de determinación de la filiación de los nacidos por TRHA.

Solo por citar algunas materias pendientes, hacemos mención del aseguramiento de las condiciones de posibilidad del derecho de acceso a la información de los nacidos con material genético de personas ajenas al proyecto parental, a fin de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículos 7º, 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Ley Nº 26.061; respetando el principio de igualdad y el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata; en consonancia con los principios constitucionales del bloque constitucional federal por el receptados.

En este mismo sentido, otra de las aristas más inmediatas y en las que estamos trabajando es la articulación e instrumentación de los consentimientos informados a las TRHA heterólogas, que deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento, como así también la creación de Registro Único de donantes que permita efectivizar el derecho de acceso a la información, sobre todo teniendo en cuenta que ya contamos con precedentes jurisprudenciales, incluso previos a la sanción del Código Civil y Comercial.

Nos referimos al caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V, del 29/04/2014⁵⁷, en el que los padres de dos personas menores de edad concebidas en virtud de técnicas de reproducción asistida heterólogas por ovodonación, promovieron amparo a fin de que el Estado Nacional cree un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametas del país legalmente habilitados respecto de los donantes de aquellas, para preservar esa información a fin de que sus hijas y todas las personas nacidas a través de técnicas de fertilización asistida con material heterólogo, puedan ejercer su derecho a la identidad al cumplir la mayoría de edad, accediendo a esa información con autorización judicial.

El tribunal de Alzada admitió parcialmente el recurso y la acción de amparo a fin de garantizar la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la identidad reconocido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, e instó al Estado Nacional mediante el dictado de actos administrativos de alcance particular o general, asegurar que el centro médico y/o el banco de gametas que posibilitaron la realización del tratamiento de fertilización asistida con material heterólogo respecto de la persona menor de edad que motivó el amparo, preservando la información relativa a la identidad del donante en forma reservada y sin dar acceso a ella, exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal en la materia. Asimismo, en la sentencia se argumentó que la

⁵⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 29/04/2014, “C., E. M. y Otros c. EN-M. Salud s/ amparo Ley 16.986”, en ABELEDO PERROT Nº: AR/JUR/30908/2014.

cuestión relativa a la creación de un registro general a los fines de preservar y mantener la información obtenida por los centros médicos que intervienen en los procedimientos de fertilización asistida realizados con material heterólogo -identidad de los donantes de gametas, determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la persona nacida en virtud de aquellos podrá tener acceso a ella- constituye un asunto que es de resorte primario del legislador y no puede ser objeto de una acción de amparo, siendo que depende de la política legislativa que el Congreso de la Nación adopte en la materia

Incluso más, reciente jurisprudencia se hace eco de lo dictaminado, y en casos en que se solicita la cobertura de la ley 26.862, una vez admitida cautelarmente la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de gametos se ha dispuesto que «deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los donantes anónimos, los que sólo se revelarán eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el superior interés que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849, B.O.: 22/10/1990; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica»⁵⁸.

4. Materia pendiente

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial elaborado por la comisión redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución (GS); disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores⁵⁹.

No obstante su eliminación, la GS en Argentina, si bien no está permitida tampoco ha sido prohibida, quedando sujeta a la discrecionalidad judicial, tal como sucede en la actualidad, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con el o los comitentes⁶⁰.

⁵⁸ Confr. Sentencia del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 18 de Mendoza expte. n° 251.412 “Arango Lorena Cecilia c/ Osep (Obra Social de Empleados Públicos) p/acción de amparo” del 29/09/2015 disponible online <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/FA.-PCIAL.-JUZ-1RA-INST.-CIV.-COM.-MINAS-MENDOZA.Cobertura-TRHA.pdf> [fecha de la compulsu: 9 de mayo de 2016].

⁵⁹ El artículo en cuestión decía: Artículo 562: «Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza».

⁶⁰ Para profundizar sobre las múltiples razones por las cuáles el proyecto en su versión original regulaba en el

Esto precisamente, se reconoció expresamente en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las comisiones N° 6 de Familia, “Identidad y Filiación”, en las que por unanimidad se sostuvo que “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la GS está permitida”. Así, como consecuencia de esa supresión, y especialmente con posterioridad a ella, es una realidad muy compleja que sucede en este país, que se encuentra reflejada en varios fallos⁶¹.

Es dable mencionar que estas judicializaciones obligan a re pensar , retomar, afianzar, y a la vez renovar los argumentos a favor de su regulación legal. Esta carencia normativa, está generando una jurisprudencia que se va consolidando, lo cual amerita también a revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada.

En este sentido, sucede que esta jurisprudencia, aunque subsana de alguna manera la falta de regulación, no obsta a que también se produzcan vulneraciones de derechos de las personas intervinientes, en especial de los niños que nacen por GS, sobre todo si se tienen en cuenta los motivos que llevan a la judicialización, las circunstancias que los rodean, las estrategias legales de cada caso, la discrecionalidad judicial, y los diferentes aspectos resueltos⁶².

Ahora bien, al momento de plantear estos casos en instancia judicial, se utilizan distintas estrategias que se justifican debido a la falta de regulación de la GS. De esta forma, éstas han sido:

entonces art. 562, un supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución ver: M. HERRERA, E. LAMM, *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*, en *La Ley*, 02/07/2014, 1, cita online: ar/doc/2285/2014; I. GONZÁLEZ MAGAÑA, *La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule*, *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, E. LAMM, *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*, en *La Ley* 2013-D, 195; A. GIL DOMÍNGUEZ, *La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales*, en *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas (agosto), Buenos Aires, 2013, p. 24; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, E. LAMM, M. HERRERA, *Regulación de la gestación por sustitución*, en *La Ley* 2012-E, p. 960; M. HERRERA, E. LAMM, *¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución*, *Microjuris* online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, en *Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 3, 2012, p. 1 – 49.

⁶¹ Véase con anterioridad Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita *La Ley* online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. Cita *Microjuris* online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567. Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, cita *Microjuris*: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

⁶² Según se informa en una nota del diario Clarín, “en Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la Capital, no paran de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detalla a Clarín, Sergio Pasqualini, director del centro. http://www.clarin.com/sociedad/Nuevas-familias-Maternidad-subrogada-Ventre-prestado-Ovodonacion-Halitus_0_1379262160.html.

a) Los casos en que el niño/a ya ha nacido, dentro de la cual se observan: 1) impugnación de la maternidad, 2) solicitud de la inscripción registral, 3) medida autosatisfactiva y 4) acción declarativa de certeza;

b) Autorización judicial previa a la implantación del embrión;

c) Autorización judicial previa al alumbramiento con el embarazo en curso

Asimismo, es dable mencionar que entre las disposiciones de Derecho internacional privado (DIPr) contenidas en el nuevo CCyC el art. 2634 incluye a la filiación otorgada en el extranjero consecuente del empleo de técnicas de reproducción humana asistida, por lo que la GS se encuentra allí contemplada⁶³.

Observese que ante la complejidad que hoy ostenta la GS y las diferentes situaciones que tuvieron lugar en la justicia, una senadora de la provincia de Mendoza, Laura Montero conjuntamente con Eleonora Lamm, siguiendo la línea de lo establecido en el artículo 562 del anteproyecto antes mencionado, presentaron un proyecto de ley de GS que procura dar un marco legal que proteja jurídicamente a todas las personas que intervienen, toda vez que por un lado se procura garantizar el interés superior delo niño que nace, mientras que por otro, se trata de proteger jurídicamente a todas las personas que intervienen, especialmente a quien actúa como gestante, muchas veces la persona vulnerable en estos contextos⁶⁴.

5. Palabras de cierre

Tras la sanción del matrimonio igualitario en Argentina, Kemelmajer y Herrera señalaban con ahincó que la regulación de la procreación asistida no podía esperar⁶⁵ dado que los cambios que se introducían en el marco del régimen de matrimonio civil, no se reflejaban en materia de filiación.

Lo cierto es que hemos recorrido un largo camino que fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia nacional como regional⁶⁶ como por los valiosos aportes de la doctrina que se evidenciaron por primera vez en el año 2013 tras la sanción de la ley 26.862 de cobertura médica de TRHA y su decreto reglamentario 956/2013, normas éstas que pusieron el tema en el candelerero y visibilizaron su complejidad.

Ello, nos obliga a deconstruir el acceso a las TRHA como un modo de satisfacer el derecho a formar una familia y no circunscripto a la noción de infertilidad clínica que sólo puede estar en las parejas de diferente sexo pero no así en las de igual sexo.

⁶³ E. LAMM, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, N. LLOVERAS (directora), Capítulo VIII *Técnicas de reproducción Humana Asistida*, en coautoría con M. RODRÍGUEZ ITURBURU, N. RUBAJA, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo V, Actualización, en prensa.

⁶⁴ Esta necesidad de legislación ha sido puesta de manifiesto también recientemente en China. El Comité Legislativo de la Asamblea Popular Nacional (APN) de China sugirió borrar una controvertida previsión para prohibir la GS en un proyecto de enmienda de ley http://spanish.xinhuanet.com/2015-12/27/c_134954635.htm Compulsada el 22 de marzo de 2016.

⁶⁵ Para una mejor profundización del tema compulsar: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA, *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica*, ob. cit. LL del 4/6/2010.

⁶⁶ En referencia particularmente a los fallos de la CIDH Corte IDH "Fornerón e hija vs. Argentina", "Atala Riffo y niñas vs. Chile" y "Artavia Murillo y otros s/ Costa Rica", mencionados a lo largo del presente artículo.

En este sentido, la tan esperada reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, reconstruye con coherencia lógica el sistema de derechos humanos con el derecho privado, traduciendo fielmente el paradigma constitucional familiar⁶⁷ mediante el reconocimiento de todos los tipos de familias. cuyas bases se asientan en unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones familiares, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía progresiva de niños niñas y adolescentes, libertad, en la tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, etc.

En este marco, y en una interpretación armónica e integral de la legislación civil y comercial argentina, que aquí hemos pretendido comentar, especialmente en materia de filiación al asegurar y garantizar el ejercicio pleno de acceder a las TRHA, sin discriminación alguna, independientemente de la orientación sexual de quienes a ellas se sometan, pudiendo generar ya sea maternidad, paternidad, comaternidad y/o copaternidad son un claro emergente constitucional y convencional de la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación, pluralidad, realidad y solidaridad familiar que plasman verdaderamente la “*constitucionalización del derecho privado*”, en la que, tal como venimos señalando, se reconoce y protege todas y cada una de las realidades familiares existentes y sus efectos.

Sin embargo y frente a tanto avance legislativo, queda todavía un saldo pendiente, legislar en materia de gestación por sustitución y reproducción *post mortem*.

⁶⁷ N. LLOVERAS, M. SALOMÓN, *El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación*, en JA, 20-4-2005.

Nutrizione artificiale e dichiarazioni anticipate di trattamento. Per l'elaborazione di un glossario comune e condiviso

Daide Mazzon, Lucia Busatta*

ARTIFICIAL NUTRITION AND LIVING WILLS: FOR THE ELABORATION OF A COMMON LEXICON

ABSTRACT: The paper aims at giving a contribution for the elaboration of a common lexicon in the field of end of life issues. In particular, the beginning of a new phase for the political debate in Italy (with the introduction of some new legislative proposals on informed consent, end of life issues and living wills) requires a reflection upon some concepts of central importance for the debate. Among them, the meaning of artificial nutrition – as distinct from feeding – and its qualification as a medical treatment is essential for the construction of a conscious political discussion, in which the legal as well the medico-scientific dimension could obtain due consideration.

KEYWORDS: End of life; living wills; parliamentary debate; artificial nutrition and hydration; refusal of medical treatments.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la ripresa del dibattito sul fine vita. – 2. Per l'elaborazione di un glossario comune. – 3. Nutrizione e idratazione artificiali come trattamenti sanitari nella prassi clinica, nella deontologia e nel diritto. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione: la ripresa del dibattito sul fine vita

Ad anni di distanza dalla prima approvazione del cosiddetto disegno di legge Calabrò da parte del Senato, avvenuta il 26 marzo 2009¹, nelle aule parlamentari si sta riaffacciando il dibattito intorno ai temi del fine vita e del “testamento biologico”. Con tale espressione si intende il «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi [*rectius*: eventi, NdA] improvvisi, non fosse più in grado di

* Davide Mazzon è Direttore UO Anestesia e Rianimazione e Dipartimento Chirurgico ULSS 1 Regione Veneto; Presidente Comitato Etico per la pratica clinica ULSS 1 Regione Veneto. Lucia Busatta è Assegnista di ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi di Padova, e collabora con il Progetto BioDiritto, Università degli Studi di Trento. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Il disegno di legge, dal titolo «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», prende il nome dal suo primo relatore, il Senatore Raffaele Calabrò. Il progetto di legge S. 10 ottenne una prima approvazione in Senato il 26 marzo 2009; venne trasmesso alla Camera, che apportò alcune modifiche e lo approvò il 12 luglio 2011 (C. 2350). Approdato nuovamente al Senato, per la votazione sul nuovo testo, il disegno di legge venne assegnato alla XII Commissione permanente Igiene e Sanità in sede referente nel luglio 2011, ma non venne mai approvato in via definitiva. Per alcuni rilievi critici sul disegno di legge cfr. C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, 211 ss.

esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»². L'impiego del termine è, tuttavia, oggetto di critiche in dottrina, da parte di coloro che – in modo condivisibile – ne hanno sottolineato l'utilizzo improprio, poiché il testamento è «un atto di disposizione destinato ad esplicare i suoi effetti dopo la morte del disponente»³, mentre per evidenti ragioni le dichiarazioni anticipate di trattamento sono chiamate a trovare applicazione nell'eventualità che il soggetto si trovi in un stato di incapacità, ma ancora in vita⁴.

In occasione della ripresa delle discussioni parlamentari⁵, vale la pena di ricordare che, già all'epoca, il cd. "ddl. Calabrò" fu oggetto di severe critiche anche da parte della comunità medica per i suoi contenuti antideontologici e antiscientifici⁶. Taluni dei profili maggiormente problematici (cui si farà ora brevemente cenno) sono purtroppo stati riportati in alcune delle proposte di legge attualmente in esame⁷.

All'art. 3, comma 4, ad esempio, si affermava che «Nella Dichiarazioni Anticipate di Trattamento può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto [...] a forme particolari di trattamenti sanitari in quanto di carattere sproporzionato...», cioè a quei trattamenti che il medico già non deve erogare in base all'articolo 16 del proprio Codice Deontologico (CDM).

All'art. 4, comma 6, si affermava poi che le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento (DAT) non si applicano in urgenza/emergenza: paradossalmente è proprio questa la situazione in cui la persona è maggiormente vulnerabile e quindi maggiormente ne andrebbe tutelata l'autonomia, soprattutto qualora fossero disponibili le sue DAT. Ancora, all'art.7 si affermava che le DAT non sono vincolanti per il medico («Le volontà espresse dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono prese in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le

² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003, 2; per un quadro giuridico concernente le questioni relative alle dichiarazioni anticipate di trattamento cfr. S. ROSSI, M. FOGLIA, *Testamento biologico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Agg. IX, Torino, 2014, 638-681.

³ M. AZZALINI, *Le disposizioni del paziente: prospettiva civilistica*, in AA.VV. (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (ed.), *Trattato di biodiritto*, p. 1935-1967, Milano, 2011, 1935.

⁴ Per tale ragione, in questo scritto si prediligerà – proprio per sottolineare l'importanza delle scelte lessicali, tanto dal punto di vista medico, quanto sotto il profilo giuridico – l'utilizzo dell'espressione «dichiarazioni anticipate di trattamento».

⁵ Nel febbraio 2016 sono stati assegnati alla XII Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati i disegni di legge depositati in Parlamento e aventi ad oggetto Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari (le proposte tra loro abbinate sono le seguenti: C. 1142 Mantero, C. 1298 Locatelli, C. 1432 Murer, C. 2229 Roccella, C. 2264 Nicchi, C. 2996 Binetti, C. 3391 Carloni, C. 3561 Miotto, C. 3584 Nizzi, C. 3586 Fucci, C. 3596 Calabrò, C. 3599 Brignone, C. 3630 Iori, C. 3723 Marzano e C. 3730 Marazziti. Relatrice On. Lenzi).

⁶ Contenuti su cui si è pronunciata in modo critico sia la comunità medico-scientifica, sia quella giuridica: G.R. GRISTINA, D. MAZZON, M.S. PIGNOTTI ET AL., *Premature Neonates, Vegetative State and Nutrition: political power clashes with medical autonomy*, in *Journal of Medical Ethics*, 35(6), 2009, online 17 giugno 2009; D. MAZZON, *Contenuti antiscientifici e visioni morali per legge*, in *Ricerca e Pratica*, 25, 2009, 258-261. 2009; S. AGOSTA, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruenti ed almeno una proposta costruenti)*, in *Diritto e società*, 3-4, 2009, 615-659 C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, 211 ss.

⁷ Il riferimento va, in particolar modo, ai disegni di legge n. C. 2229 (Roccella) e C. 2996 (Binetti).

motivazioni per le quali ritiene di seguirle o meno»⁸), privando quindi questo istituto della sua più implicita e profonda natura, quella cioè di far valere il principio di autodeterminazione in merito alle cure proposte anche quando questo può essere in contrasto con la proposta terapeutica dei curanti. Ma forse alcuni dei profili più critici furono il frutto del successivo passaggio del ddl alla Camera dei Deputati, dove il disegno di legge fu approvato il 12 luglio 2011 e poi trasmesso al Senato per una seconda lettura e per l'approvazione definitiva, mai avvenuta. Fra le numerose modificazioni introdotte a Montecitorio, va segnalato l'inserimento di un ultimo comma nell'articolo 3, in cui si affermava che «[...] le DAT assumono rilievo *solo* nella condizione in cui il soggetto versa in condizione di incapacità permanente [...] per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale [...]»⁹. La situazione descritta è sostanzialmente assimilabile a quella dell'accertamento di morte con criteri neurologici, effettuato da un collegio medico che ricalca la composizione prevista nell'art. 2, comma 5, della Legge n. 578 del 29 Dicembre 1993, recante «Norme per l'accertamento e la certificazione di morte». L'introduzione di una tale previsione, di fatto, tradisce la malcelata intenzione del legislatore di depotenziare e sostanzialmente azzerare l'efficacia e la portata applicativa dello strumento che si accingeva ad introdurre nell'ordinamento.

In questo inizio 2016, se da un lato non si può non accogliere con favore la ripresa presso la Commissione Affari Sociali della Camera della discussione su un tema così importante per cittadini e medici come quello delle DAT e del fine vita, dall'altra il dibattito delle prime sedute provoca una certa preoccupazione circa la possibilità che esso deragli dal binario della scientificità¹⁰. Si tratta, infatti, di questioni di primaria importanza per la garanzia dei diritti della persona, in un momento della vita, quello conclusivo, in cui la fragilità determinata da un'infermità richiede un maggior sforzo per tutelare il paziente e per rispettare le sue volontà.

In questo contesto, riveste un'importanza non trascurabile la configurazione di nutrizione ed idratazioni artificiali (NIA) come trattamenti sanitari medico-infermieristici, in linea con quanto condiviso

⁸ Nella versione approvata alla Camera, l'espressione «le volontà espresse» venne sostituita da «gli orientamenti espressi».

⁹ Articolo 3, comma 5 (nella versione approvata dalla Camera dei Deputati): «La dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale e, pertanto, non possa assumere decisioni che lo riguardano. Tale accertamento è certificato da un collegio medico formato, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, da un anestesista-rianimatore, da un neurologo, dal medico curante e dal medico specialista nella patologia da cui è affetto il paziente. Tali medici, ad accezione del medico curante, sono designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero o, ove necessario, dall'azienda sanitaria locale di competenza».

¹⁰ A tale proposito, è importante rammentare che già da tempo la comunità medico-scientifica e quella giuridica sono impegnate nella costruzione di solide basi per il dibattito politico, al fine di favorire l'approvazione di un testo di legge pienamente condiviso e adeguato alla realtà giuridica e clinica. Si pensi, ad esempio, al gruppo di lavoro "Per un diritto gentile", coordinato dal Prof. Paolo Zatti, che nel 2012 ha elaborato una proposta di testo normativo dal titolo Principi, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate. Un'ulteriore proposta è stata poi presentata al Senato nel settembre 2015 e rappresenta il frutto un gruppo di discussione formato da credenti e non credenti, e fatto proprio dal Comitato Scientifico del Cortile dei Gentili. Entrambe le proposte sono disponibili sul sito e possono essere lette all'indirizzo internet www.undirittogentile.wordpress.com. Ancora, la comunità medica ha contribuito al dibattito con un documento approvato dalla FNOMCeO, cd. "Documento di Terni" del 2009 e disponibile a questo link: <http://www.omceoudine.it/news/195>.

dalla comunità medico-infermieristica e dalla FNOMCeO, e la conseguente possibilità di inserire nelle DAT le indicazioni circa l'attivazione, l'interruzione o il rifiuto delle stesse. Proprio il profilo relativo alla qualificazione di tali interventi quali possibili oggetto di un rifiuto costituzionalmente tutelato ex art. 32 Cost si è prestato, nell'ultimo decennio ad un dibattito che – al di fuori della comunità medico-scientifica strettamente intesa – ha dato spazio anche alla voce di coloro che ne escludevano la natura di atto medico¹¹.

Rappresenta un significativo esempio della divisività del dibattito (anche per il ruolo rivestito da chi vi ha preso parte) la posizione espressa dell'allora Papa Giovanni Paolo II, nel corso di un convegno sugli stati vegetativi, durante il quale affermò che «la somministrazione di acqua e cibo, anche quando avvenisse per vie artificiali, rappresent[a] sempre un *mezzo naturale* di conservazione della vita, non un *atto medico*»¹². Quest'ultimo orientamento ha incontrato una certa adesione, tanto da essere poi ripreso anche all'interno del parere *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica (invero, votato a maggioranza) il 30 settembre 2005¹³. Su questa linea si esprime anche il Cardinale Bagnasco, con un specifico riferimento al caso di Eluana Englaro, nel corso della Prolusione al Consiglio Permanente della CEI il 22 settembre 2008. È, infine, nota la scelta del Consiglio dei Ministri di approvare, durante le ultimissime battute della vicenda, un decreto legge per impedire l'interruzione di alimentazione e idratazione per i soggetti non autosufficienti; il provvedimento non venne emanato dal Presidente della Repubblica, che ritenne non superati i dubbi di incostituzionalità precedentemente manifestati¹⁴.

Sempre a tale proposito, vale la pena di ricordare che, in Germania, il Consiglio Episcopale Tedesco e il Consiglio della Chiesa Evangelica, dopo l'approvazione della Legge tedesca sul testamento biologico del 18 giugno 2009, misero a punto una guida per aiutare i fedeli nella stesura del proprio testamento biologico. Il documento, intitolato *Iniziativa che il Paziente Cristiano può prendere a sua tutela (Christliche Patientenvorsorge)*, venne pubblicato il 26 gennaio 2011 e in esso entrambe le confessioni religiose affermavano che soltanto l'appagamento di fame e sete, ove manifestate come sensazio-

¹¹ Sulla qualificazione di nutrizione e idratazione artificiali come trattamenti sanitari cfr. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2008, 545-576. Per alcune riflessioni interdisciplinari cfr. COMITATO ETICO PROVINCIALE DI BOLZANO, *Nutrizione e Idratazione Artificiali, Raccomandazioni per le collaboratrici e i collaboratori della Sanità e del Sociale in Alto Adige*, dicembre 2014, disponibile sul sito www.biodiritto.org.

¹² Discorso di Giovanni Paolo II ai partecipanti al Congresso Internazionale su "I trattamenti di sostegno vitale e lo stato vegetativo. Progressi Scientifici e dilemmi etici". 17-20 Marzo 2004, Augustinianum, sabato 20 Marzo 2004.

¹³ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, parere del 30 settembre 2005. In particolare, si veda il punto 4 a pagina 2; in senso opposto, cfr. la nota integrativa a pagina 8, nella quale vengono esplicitate le ragioni del voto contrario al documento da parte di ben 13 componenti del Comitato.

¹⁴ Il riferimento è al decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 febbraio 2009 (per il caso di Eluana Englaro), che non venne emanato dall'allora Presidente della Repubblica (cfr. Comunicato del Presidente della Repubblica, 6 febbraio 2009). Cfr. A. GHIRIBELLI, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge: il "caso Englaro"*, in *Consulta online*, 2009, 1-16; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto*, 3, 2009, 409-436.

ni soggettive, rientra tra le misure ordinarie di assistenza. I fedeli, quindi, possono disporre anticipatamente la rinuncia sia alla nutrizione che alla idratazione artificiali¹⁵.

2. Per l'elaborazione di un glossario comune

I parlamentari della Commissione Affari Sociali impegnati nella discussione sulle numerose proposte di legge sulle DAT hanno giustamente evocato, sin dalla prima seduta del 4 febbraio 2016, la necessità di un glossario comune, per una definizione preliminare del significato dei termini che si vogliono impiegare¹⁶.

Tale esigenza appare essere particolarmente necessaria se si desidera affrontare nello specifico il tema della *nutrizione artificiale* (NA). A questo proposito, vale la pena rifarsi ad alcuni concetti basilari unanimemente condivisi dalla comunità scientifica, che dovrebbero rappresentare l'ambito definitorio di riferimento anche per il legislatore. Questi sono stati raccolti e articolati anche in un documento ufficiale della Federazione delle Società Italiane di Nutrizione (FESIN), che comprende le cinque Società Scientifiche Italiane impegnate in questo ambito clinico¹⁷.

L'*alimentazione* è l'atto con cui assumiamo per via naturale il cibo e l'acqua coi quali ci nutriamo. Possiamo, così, definire la *alimentazione* come l'assunzione di alimenti naturali o industriali attraverso la bocca. In alcuni periodi della vita o in presenza di alcune malattie, può essere *assistita*, per esempio, grazie all'aiuto di una persona che provvede ad imboccare il soggetto non autosufficiente. La *alimentazione*, anche nella modalità *assistita*, non è in alcun caso configurabile come un trattamento sanitario, prestazione che – al contrario – implica competenze medico-infermieristico-assistenziali integrate.

La *nutrizione* è, invece, l'insieme dei processi fisiologici che comportano l'introduzione, l'assorbimento e l'utilizzo dei nutrienti che assumiamo. Possiamo quindi definire la *nutrizione artifi-*

¹⁵ Il documento ed una breve scheda di presentazione, in tedesco, sono disponibili sul sito della Conferenza Episcopale tedesca, a questo link: <http://www.dbk.de/themen/christliche-patientenvorsorge/> (ultima consultazione 7 maggio 2016). Una presentazione in italiano del documento è stata pubblicata sul sito web della Rivista Micromega, in data 7 marzo 2011: M INGENMEY, *Il nuovo Testamento biologico "cristiano" dei tedeschi: L'eutanasia "passiva" e l'eutanasia "indiretta" sono "eticamente ammissibili"*, a questo link: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/il-nuovo-testamento-biologico-%E2%80%9Ccristiano%E2%80%9D-dei-tedeschi-%E2%80%99eutanasia-%E2%80%9Cpassiva%E2%80%9D-e-%E2%80%99eutanasia-%E2%80%9Cindiretta%E2%80%9D-sono-%E2%80%9Ceticamente-ammissi/> (ultima consultazione 7 maggio 2016).

¹⁶ Si veda, in particolare, il resoconto della seduta del 4 febbraio 2016 nella XII Commissione Affari Sociali della Camera, durante la quale l'onorevole Maria Amato ha esortato i colleghi a «fare attenzione all'utilizzo dei termini in una materia in cui è facile generare confusione» e ha manifestato l'opportunità della «predisposizione di una sorta di glossario che consentirebbe di affrontare in modo adeguato le varie questioni» (p. 135). Il testo del resoconto è disponibile a questo link: http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2016/02/04/leg.17.bol0586.data2016_0204.com12.pdf (ultima consultazione 7 maggio 2016).

¹⁷ FEDERAZIONE DELLE SOCIETÀ ITALIANE DI NUTRIZIONE (FESIN), *Alimentazione e Nutrizione in parole. Glossario di Alimentazione Nutrizione Umana*, in collaborazione con Segretariato Sociale RAI, Aprile 2010. <http://www.sinu.it/documenti/glossario%20fesin%20alimentazione%20e%20nutrizione%20in%20parole.pdf> (ultima consultazione 7 maggio 2016).

ciale (NA) come l'insieme delle attività che consentono di somministrare alimenti naturali o industriali per via artificiale a persone che non possono alimentarsi attraverso la bocca.

Nutrizione e alimentazione non sono dunque sinonimi; ne segue che l'espressione *alimentazione artificiale* sia priva di senso, secondo la prospettiva indicata dalla FESIN.

Inoltre, la NA è pienamente configurabile come trattamento sanitario, anche se nel *setting* domiciliare essa può essere in parte gestita da *caregivers* non sanitari, purché siano opportunamente formati e addestrati e a condizione che sia costantemente garantita una supervisione medico-infermieristica, analogamente a quanto accade per trattamenti sanitari invasivi e sostitutivi di funzioni d'organo, gestibili a domicilio del paziente, come la dialisi o la ventilazione meccanica.

Nonostante l'ampio dibattito (anche a livello istituzionale) sulla configurazione della NA, il fatto che essa sia da considerare un trattamento sanitario che richiede integrazione ed alta specializzazione è definito dalle Linee-guida sulla Nutrizione Artificiale Domiciliare (NAD), approvate il 20 agosto 2006 da un gruppo di lavoro *ad hoc* dell'Agenzia dei Servizi Sanitari Regionali (ASSR), su incarico del Ministro della Salute. Il documento ha poi trovato recepimento, a livello regionale, con l'istituzione, presso le singole aziende sanitarie, dei "Team Nutrizionali", composti da medico, farmacista, dietista ed infermiere, con il compito di raccordare i vari elementi del percorso assistenziale del paziente in NAD. Le competenze mediche ed infermieristiche che si esprimono nella pratica della NA, nei suoi *setting* di applicazione sia ospedaliero che territoriale, sono molteplici e relative alle varie fasi della gestione del paziente: valutazione dei pazienti eleggibili per il trattamento; scelta della via d'accesso dei nutrienti (catetere endovenoso o sonda intragastrica); costante valutazione del rapporto rischi-benefici attraverso esami clinici e di laboratorio; prevenzione e trattamento delle complicanze legate alla presenza della via d'accesso (meccaniche, infettive, tromboemboliche); mantenimento o ripianificazione delle prescrizioni nutrizionali, sino anche alla decisione di non intraprendere o sospendere la NA, quando si configuri un trattamento sproporzionato per eccesso. Conseguentemente, possiamo affermare che, se da un punto di vista etico impedire l'alimentazione attraverso la bocca è ingiustificato e comparabile ad impedire al paziente di respirare aria dall'ambiente, d'altra parte non intraprendere o sospendere una NA può essere eticamente giustificato e va valutato con gli stessi criteri etici applicabili agli altri supporti vitali (ad es.: ventilazione meccanica): appropriatezza clinica, cioè rapporto rischi/benefici favorevole per il paziente; appropriatezza etica, cioè rispetto delle volontà del paziente e quindi anche del suo rifiuto al trattamento¹⁸.

3. Nutrizione e idratazione artificiali come trattamenti sanitari nella prassi clinica, nella deontologia e nel diritto

La comunità scientifica internazionale e con essa quella italiana con la Federazione delle Società Italiane di Nutrizione Umana, la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) e la Società Italiana di Cure Palliative (SICP) nei loro documenti ufficiali sul tema, redatti fra il 2002 e il 2009, convergono sul fatto che la natura di Nutrizione e Idratazione Artificiali (NIA) sia quella di trattamenti sanitari medico-infermieristici e non quella di misure ordinarie di assistenza,

¹⁸ D. MAZZON, C. BARBISAN, G. SIMINI, *Questioni Bioetiche in Nutrizione Artificiale*, in *Rivista italiana di Nutrizione Parenterale ed Entrale*, 17(3), 1999, 117-125.

quali il lavare o l'imboccare una persona non autosufficiente¹⁹. Il documento del Consiglio Nazionale FNOMCeO sulle DAT (Documento di Terni, 6/2009) ha inoltre fatto propria la posizione espressa dalla comunità scientifica, affermando che «In accordo con una vasta ed autorevole letteratura scientifica, la Nutrizione Artificiale è trattamento assicurato da competenze mediche e sanitarie, in grado di modificare la storia naturale della malattia, calibrato su specifici problemi clinici mediante la prescrizione di nutrienti, farmacologicamente preparati e somministrati attraverso procedure artificiali, sottoposti a rigoroso controllo sanitario ed infine richiedente il consenso informato del paziente in ragione dei rischi connessi alla sua predisposizione e mantenimento nel tempo».

A tale prospettiva, si allinea anche il nuovo Codice di Deontologia Medica (CDM), approvato nel 2014, che ribadisce come solo l'informazione ed il consenso garantiscano legittimità etica e deontologica all'atto medico. In particolare, ne sono espressione l'articolo 35, sul consenso della persona assistita («Il medico non intraprende né prosegue [...] interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato»), e l'articolo 38, sulle DAT. Il testo di quest'ultima disposizione, in particolare, si è prestato – a seguito delle modifiche introdotte nel 2014 – ad alcune critiche, dal momento che la formula «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento [...]» risulta essere temperata rispetto alla precedente formulazione («Il medico *deve attenersi*, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi»)²⁰.

Non si può, infine, trascurare l'approdo giurisprudenziale delle riflessioni della comunità scientifica sulla qualificazione della NA. È stata la Corte di cassazione, nel 2007, in occasione della nota pronuncia sul caso Englaro²¹ ad affermare che «Non vi è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione (*da in-*

¹⁹ Si vedano, in particolare, i seguenti documenti: *Linee guida SINPE per la Nutrizione Artificiale Ospedaliera*, in *Rivista Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale*, 20, 2002, S1-S171; A.S.P.E.N. BOARD OF DIRECTORS, *Guidelines for the Use of Parenteral and Enteral Nutrition in Adult and Pediatric Patients*, in *Journal of Parenteral & Enteral Nutrition*, 26(1), 2002, suppl 1SA-138SA; J.O. MAILLET, R.L. POTTER, L. HELLER, *Position of the American Dietetic Association ADA: Ethical and Legal Issues in Nutrition, Hydration, and Feeding*, in *Journal of the American Dietetic Association*, 102(5), 2002, 716-26; e il successivo AMERICAN DIETETIC ASSOCIATION, *Position of the American Dietetic Association: Ethical and Legal Issues in Nutrition, Hydration, and Feeding*, in *Journal of the American Dietetic Association*, 108(5), 2008, 873-882; *Considerazioni della Federazione delle Società Italiane di Nutrizione (FeSIN)*, a proposito del Disegno di legge su "disposizioni anticipate di trattamento o cure di fine vita", disponibile all'indirizzo internet http://www.desistenzaterapeutica.it/files/considerazioni_della_federazione_delle_societa_ita.pdf (ultima consultazione 7 maggio 2016); *Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della Nutrizione Artificiale*, Documento elaborato dal Consiglio Direttivo e dalla Commissione di Bioetica della SINPE Gennaio 2007, disponibile all'indirizzo internet <http://www.omco.pd.it/bollettino-news/bioetica/197-precisazioni-in-merito-alle-implicazioni-bioetiche-della-nutrizione-artificiale/file.html> (ultima consultazione 7 maggio 2016); Parere ufficiale della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) in materia di fine vita, stati vegetativi, nutrizione e idratazione. Documento approvato dal Consiglio Direttivo della Società Milano, 5 Maggio 2009, disponibile all'indirizzo internet <http://www.area-c54.it/public/analgesia.pdf> (ultima consultazione 7 maggio 2016); Comunicato SICP del 23 febbraio 2009, *La vera alleanza terapeutica è alla base del principio di cura: rivedere i passaggi critici del "ddl Calabrò"*.

²⁰ Per una lettura in chiave critica e interdisciplinare delle disposizioni del nuovo CDM, anche con riferimento ai profili relativi al consenso informato e alle DAT, v. il *Forum: il nuovo codice di deontologia medica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 7-59.

²¹ Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

tendersi lessicalmente, in base a quanto sopra “nutrizione” – ndA-) artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale».

A tale proposito, proprio l’utilizzo erroneo del termine *alimentazione* invece di quello corretto (*nutrizione*) giova a sottolineare l’esigenza che il dibattito giuridico e, nei termini di cui si è detto in introduzione, quello politico siano sostenuti da una solida base medico-scientifica che possa validamente contribuire alla costruzione di un testo legislativo fondato su saldi pilastri etici e giuridici e adeguato alla realtà clinica nella quale esso sarà chiamato – qualora approvato – ad essere applicato.

Un segnale di quella che si auspica essere l’avvenuta maturazione, anche sul piano giurisdizionale, delle riflessioni della comunità scientifica cui si è fatto sopra cenno può essere riscontrato (anche in termini lessicali) nella più recente sentenza del Consiglio di Stato, sempre in riferimento al caso Englaro²². Confermando l’annullamento del provvedimento amministrativo con il quale la Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia aveva negato la possibilità di accesso a una struttura regionale per ottenere il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente Eluana Englaro, il giudice amministrativo ha ribadito che «la nutrizione artificiale è un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti che non sono in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale [...]. La società scientifica di riferimento in Italia, la Società Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale (SINPE), nelle sue Precisazioni in merito alle implicazioni bioetiche della nutrizione artificiale del gennaio 2007, ha definito appunto tale forma di nutrizione come “un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti non in grado di alimentarsi sufficientemente per via naturale”» (par. 37).

A tale proposito, è auspicabile che anche i dibattiti parlamentari possano seguire la medesima strada imboccata dalla giurisprudenza, attraverso l’utilizzo di una terminologia appropriata dal punto di vista medico e clinico, e confermando – in linea con i documenti scientifici sopra riportati – la configurazione di idratazione e nutrizione artificiali quali trattamenti sanitari, sui quali la persona assistita può validamente esprimere il proprio consenso (o rifiuto) informato²³.

Fra i disegni di legge attualmente depositati in Parlamento, per esempio, alcuni indicano la possibilità di inserire nelle DAT la volontà della persona anche in merito a nutrizione e idratazione artificiale, mentre altri lo escludono espressamente. Ad esempio, il ddl n. 1432 (a firma di Murer e altri) prevede che «ciascuna persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può redigere una dichiarazione anticipata di trattamento (DAT) in cui indica la propria volontà in merito ai trattamenti sanitari e di cura, inclusa la nutrizione artificiale, che può rifiutare o a cui può rinunciare [...]». Il ddl n. 3630 (a firma lori e altri), tratta del rifiuto dei trattamenti sanitari da parte di una persona incapace e specifi-

²² Consiglio di Stato, III sez., sentenza 2 settembre 2014, n. 4460.

²³ Per alcune riflessioni circa il fondamento giuridico del principio del consenso informato cfr. S. Rossi, *Consenso informato (II)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII, Torino, 2012, 177 ss.; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2009, 1052-1073; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 69 ss.

ca anche la possibilità di inserire NIA nelle DAT (art. 3)²⁴. Ancora, simile è l'approccio adottato nel ddl n. 3723 (a firma Marzano), il cui art. 1 definisce il consenso informato come il diritto «di accettare o di rifiutare l'inizio o la prosecuzione dei trattamenti sanitari considerati dai medici appropriati per la sua patologia, anche qualora ne derivi un pericolo per la propria salute o la propria vita, *comprese la nutrizione e l'idratazione artificiali* o per mano di terzi». Tali trattamenti sono specificamente inseriti fra quelli che possono essere inclusi nelle DAT²⁵.

Diversamente, altri fra i progetti di legge in esame presso la Commissione Affari Sociali della Camera puntano a specificare il dovere di mantenere fino al termine della vita «l'alimentazione e l'idratazione», che non possono comunque formare oggetto delle DAT²⁶. Proprio in relazione alla necessità di adottare un lessico comune per la discussione durante il dibattito parlamentare, va segnalato il differente impiego della terminologia e delle parole, all'interno dei disegni di legge menzionati. A quanto si evince dalla lettura degli articolati e dalle brevi relazioni che li precedono, infatti, nelle proposte del primo tipo, anche in maggiore aderenza rispetto all'orientamento espresso dalla comunità medico-scientifica, le scelte lessicali paiono maggiormente accurate, tanto che viene sempre utilizzata l'espressione *nutrizione artificiale*. Al contrario, negli altri disegni di legge si fa riferimento ad «alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente», con il risultato di assimilare – in modo improprio dal punto di vista medico – azioni e situazioni del tutto differenti sia sotto il profilo clinico, sia nella prospettiva giuridica.

4. Conclusioni

L'alto valore simbolico assunto nei secoli dall'atto di fornire cibo e di alimentare, anche assistendoli, coloro che per età (bambini, anziani) o per malattia non sono in grado di farlo, si basa sul significato dell'inclusione nella comunità dei suoi membri più fragili e sull'applicazione dei principi etici di solidarietà attraverso il "prendersi cura alimentando" dei propri cari o delle persone non autosufficienti. Alla fine degli anni '70, il progresso tecnico-scientifico ha messo a disposizione svariate modalità per somministrare l'intero fabbisogno di nutrienti per via endovenosa o intragastrica, potendosi così par-

²⁴ Ddl n. 3630, art. 1, rifiuto di trattamenti sanitari: «Conformemente a quanto previsto dall'articolo 32 della Costituzione, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali alla vita, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, ogni individuo maggiorenne, con piena capacità di intendere e di volere, ha il diritto di rifiutare un trattamento sanitario non espressamente previsto come obbligatorio dalla legge, anche qualora lo stesso consista in pratiche terapeutiche necessarie al sostegno vitale, *fra le quali nutrizione e idratazione*, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente».

²⁵ Ddl n. 3723, art. 2: «In particolare può esprimere la volontà di non essere sottoposta alla *nutrizione e all'idratazione artificiali* o per mano di terzi e, nel caso in cui si trovi nella fase terminale di una malattia incurabile o di particolare gravità, di ricevere tutti i trattamenti necessari alla diminuzione delle proprie sofferenze, anche quando tali trattamenti possono accelerare l'esito mortale della patologia in atto».

²⁶ Cfr. ddl n. 2229 (a firma Roccella e altri), art. 2, Consenso: «l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento». Una formula identica è riportata anche nel ddl n. 2996 (a firma Binetti e altri), nel ddl n. 3584 (a firma Nizzi e altri), nel ddl n. 3596 (a firma Calabrò e Binetti) e nel ddl n. 3586 (a firma Fucci e altri).

lare di NA come di terapia sostitutiva in caso di impossibilità di alimentazione attraverso la bocca, differenziando così nettamente questa nuova prassi da quella praticata da secoli della “alimentazione assistita” nei bambini, nei malati, nei disabili, negli anziani. Una nuova prassi in cui vie e modalità di somministrazione non sono più fisiologiche ed i nutrienti somministrati artificialmente sono del tutto privi degli aspetti di gratificazione individuale e sociale legati all'alimentazione per via naturale. Una prassi che permette di somministrare artificialmente i fabbisogni nutrizionali in pazienti temporaneamente non in grado di alimentarsi, ad esempio, perché in coma, con trauma facciale, oppure per aver subito interventi chirurgici complessi al tubo digerente. Si consegue così in tali condizioni un “rifornimento artificiale temporaneo” dei substrati necessari per la guarigione, fino al ripristino della alimentazione per bocca. Ma la NA è anche una prassi che può permettere di rifornire i substrati nutrizionali in modo permanente, quando la possibilità di alimentarsi è perduta definitivamente, come nelle malattie neurologiche che comportano la perdita della funzione deglutitiva o quando le funzioni del tubo digerente sono così compromesse da renderlo inadatto a svolgere le proprie funzioni di digestione e assorbimento dei nutrienti.

La natura di trattamento sostitutivo delle funzioni che consentono una alimentazione per bocca, fa sì che anche per la NA, al pari degli altri trattamenti sostitutivi di funzioni vitali, quali ad esempio la dialisi per la funzione renale o la ventilazione meccanica per quella respiratoria, si pongano questioni relative alla decisione di intraprendere, non intraprendere o sospendere una NA già avviata, nei casi in cui non sia possibile per il paziente prestare il consenso o quando si configuri un trattamento sproporzionato per eccesso.

In riferimento a quest'ultimo aspetto, il mantenimento di una NA già iniziata o l'avvio di una NA non trova quasi mai indicazione nei pazienti in fase terminale avanzata, con giorni o settimane di vita, in cui non vi è sensazione di fame o di sete e in cui le cure palliative devono tendere alla qualità di vita residua più alta possibile attraverso il controllo dei sintomi, *in primis* il dolore e, nello specifico, nausea, vomito, dispnea che possono essere peggiorati dall'apporto di liquidi nutrizionali.

Sono in netto aumento, peraltro, specie nelle residenze sanitarie assistite, i casi di pazienti molto anziani, affetti da demenza e malattie croniche degenerative legate all'invecchiamento, in cui l'avvio nella NA, una volta venuta meno la capacità di essere alimentati in modo assistito, verosimilmente non prolunga la sopravvivenza e spesso peggiora la qualità di vita. Pensiamo, ad esempio, al disagio provocato in questi pazienti dalle sonde per nutrizione enterale, che a volte essi si strappano ripetutamente; al ricorso a mezzi di contenzione per garantirne il mantenimento in sede; ai rischi di erosione esofagea e di inalazione, ecc. Per molti di questi pazienti, la sola valutazione di appropriatezza clinica può portare a ritenere futile l'avvio di una NA. Nell'incertezza, in genere, si preferisce avviare la NA, con rivalutazioni periodiche, finalizzate a constatare i suoi effetti sullo stato generale e sulla qualità di vita del paziente. La sospensione successiva di un trattamento avviato per constatarne gli effetti può infatti essere più giustificata dal punto di vista bioetico del non avere neanche iniziato il trattamento.

Ma un grande valore dal punto di vista bioetico andrebbe dato all'ultima volontà consapevole del paziente in merito a questa modalità di trattamento, spesso associata ad un progressivo peggioramento della sua qualità: per questo esprimiamo l'auspicio che la legge sulle DAT, qualora finalmente approvata da un legislatore da troppo tempo silente, consenta alle persone di poter decidere anticipata-

mente se essere sottoposte alla NA, trattamento sanitario medico-infermieristico, in tutte le modalità possibili della sua erogazione. In tal senso, la migliore strada appare essere quella di una discussione parlamentare che si svolga a partire dall'individuazione di un lessico pienamente condiviso e fondato su solide basi medico-scientifiche.

Perspectives

Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)

*Benedetta Liberali**

OBSERVATIONS ON THE DECISION ON THE MERIT OF COLLECTIVE COMPLAINT NO.91 OF 2013 (CGIL V. ITALY) OF EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: This essay aims to analyze the decision on the merit of collective complaint no. 91 of 2013 (CGIL v. Italy) of the European Committee of Social Rights and to take into account not only the actual violation of some articles of the European Social Charter, the consequences for the Italian legal system and the identification of some possible solutions and future prospects in the matter of conscientious objection in the voluntary termination of pregnancy, but also some specific aspects of the collective complaints' procedure before the European Committee of Social Rights. Furthermore, the essay dwells on the innovative interpretation of the principle of non discrimination (art. E, European Social Charter), related to the right to health (art. 11, European Social Charter).

KEYWORDS: health; work; conscientious objection; voluntary termination of pregnancy; European committee of social rights.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'accertamento compiuto dal CEDS nei confronti dell'ordinamento italiano in materia di interruzione volontaria di gravidanza. – 2.1. Il principio di non discriminazione (art. E in combinato disposto con l'art. 11 CSE) e la sua interpretazione innovativa in relazione all'individuazione della discriminazione multifattoriale. – 2.2. Il diritto alla salute nell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza (art. 11 CSE). – 2.3. Il cd. *time factor* nelle procedure di interruzione di gravidanza. – 2.4. I diritti lavorativi dei medici non obiettori di coscienza (artt. 1, 2, 3, 26 ed E CSE). – 2.5. La responsabilità dello Stato per il rispetto della Carta Sociale Europea, anche in relazione agli enti locali e regionali. – 3. Alcuni profili processuali: il giudizio davanti al CEDS. – 4. Le conseguenze per il nostro ordinamento e le possibili prospettive future. – 5. Considerazioni finali relative alla posizione espressa dal Ministero della Salute in occasione della interrogazione urgente in Parlamento del 4 maggio 2016.

* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano; Professore a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Verona. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Premessa

La seconda decisione di merito resa dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) nei confronti dell'Italia in materia di interruzione volontaria di gravidanza e di esercizio del diritto di obiezione di coscienza¹ assume un duplice rilievo, sia dal punto di vista del merito e dunque dell'accertamento che viene compiuto nei confronti del nostro ordinamento, sia dal punto di vista procedurale².

Rispetto a quest'ultimo profilo, infatti, la decisione del CEDS offre una importante occasione per soffermarsi sulla procedura di controllo predisposta per garantire e monitorare il rispetto da parte degli Stati membri della Carta Sociale Europea (CSE).

Questo Trattato internazionale e la relativa procedura di controllo (che si articola su un doppio binario di monitoraggio: da un lato il sistema dei rapporti nazionali dall'altro lato quello dei reclami collettivi³) sono stati per troppo tempo dimenticati forse e soprattutto in ragione della tipologia di diritti che vengono riconosciuti e garantiti, ossia i diritti sociali ed economici. Se si ripercorrono i lavori preparatori della CSE, invece, emerge quella che era stata l'intenzione originaria, ossia di dare vita a un unico Trattato internazionale che riconoscesse e garantisse tutti i diritti fondamentali. Durante i lavori, invece, si affermò la posizione di coloro che preferirono separare da un lato il sistema di protezione dei diritti civili e politici con la ben più nota Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e dall'altro lato quello dei diritti sociali ed economici (CSE)⁴.

¹ Per un inquadramento delle problematiche sottese alla materia dell'interruzione volontaria di gravidanza e all'obiezione di coscienza si vedano M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016; M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 815 ss.; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel Diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1992, X, p.240 ss., e B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza (diritto costituzionale)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p.3869 ss.

² Le decisioni di merito rese sui reclami collettivi n. 87 (*International Planned Parenthood Federation European Network c. Italia*) e n. 91 (CGIL c. Italia) sono consultabili sul sito del Dipartimento della Carta Sociale Europea (www.coe.int/socialcharter), così come la relativa documentazione depositata dalle parti e dai terzi intervenienti.

³ Si vedano L. JIMENA QUESADA, *Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: indivisibility of human rights and indivisibility of guarantees*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 143 ss.; R. PRIORE, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: la procedura dei reclami collettivi*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013, 99 ss., e volendo B. LIBERALI, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: il sistema dei rapporti nazionali*, *ivi*, p.109 ss.

⁴ La CSE riveduta nel 1996 è stata ratificata e resa esecutiva con la legge n. 30 del 1999 (*Ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996*). L'Italia ha altresì ratificato con la legge n. 298 del 1997 (*Ratifica ed esecuzione del protocollo addizionale alla Carta sociale europea che prevede un sistema di reclami collettivi, fatto a Strasburgo il 9 novembre 1995*) il Protocollo Addizionale alla Carta Sociale Europea relativo al sistema dei reclami collettivi.

Sulla CSE si vedano R. PURPURA, *La Carta Sociale Europea, Istituto italiano di medicina sociale*, Roma, 1962; F. VANDAMME, *The revision of the European Social Charter*, in *International Labour Review*, 1994, vol. CXXXIII, n. 5-6, p.635 ss.; M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea*, cit.

Le procedure di controllo della CSE (in particolare quella relativa ai reclami collettivi) e della CEDU si differenziano notevolmente, se pensiamo che per poter accedere alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) è necessario essere vittime dirette dell'asserita violazione da parte dello Stato e avere previamente esperito tutte le vie di ricorso interne. Per accedere al CEDS, invece, non occorre essere le vittime dirette della violazione né avere previamente esperito tutte le vie di ricorso interne: occorre che vi siano i requisiti specificamente imposti dal Protocollo Addizionale del 1995 alla CSE che regola il sistema dei reclami collettivi⁵. In particolare, quanto alla legittimazione attiva, possono presentare reclami collettivi le organizzazioni internazionali di datori di lavoro e i sindacati internazionali; altre organizzazioni internazionali non governative, inserite per un periodo rinnovabile di quattro anni in una lista predisposta dal Comitato Governativo e in possesso di uno *status* consultivo con il Consiglio d'Europa; le organizzazioni nazionali di datori di lavoro e i sindacati nazionali, nei confronti dei rispettivi Stati; ogni altra organizzazione non governativa nazionale rappresentativa, cui ogni Stato membro intenda riconoscere tale diritto nei propri confronti, anche per un periodo di tempo limitato.

Accanto al sistema dei reclami collettivi vi è, come si anticipava, una seconda modalità di monitoraggio del rispetto delle disposizioni contenute nella CSE, che attiene ai rapporti nazionali che periodicamente ogni Stato membro deve presentare al CEDS per rendere conto dello stato di applicazione della Carta⁶.

Profilo particolarmente interessante, anche nella prospettiva dell'analisi dei casi decisi dal CEDS in materia di interruzione di gravidanza, è costituito dal fatto che il CEDS giudica sulla conformità alla CSE non solo delle disposizioni di legge degli Stati membri, ma anche della loro concreta applicazione oppure anche della mancanza di previsioni che diano applicazione al Trattato.

L'importanza della CSE si può cogliere non solo tenendo conto della tipologia dei diritti in esso riconosciuti e tutelati (si pensi, fra gli altri, al diritto alla salute, al diritto al lavoro, al diritto alla casa e ai diritti delle persone con disabilità e degli anziani), ma anche ricordando che l'accertamento della violazione di una o più disposizioni dello stesso si traducono nella violazione diretta dell'art. 117, primo comma, Cost., al pari di quanto accade per la CEDU⁷.

La procedura di controllo del rispetto delle sue previsioni, da questo punto di vista, risulta particolarmente significativa laddove prevede una continua attività di monitoraggio degli Stati membri.

⁵ Si rinvia alle considerazioni svolte da R. PRIORE, *Il sistema di controllo*, cit., p.99 ss., e anche da R. R. CHURCHILL, U. KHALIQ, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights*, in *European Journal of International Law*, 2004, XV, n. 3, 417 ss., e H. CULLEN, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, IX, p.61 ss.

⁶ Sul sistema di controllo relativo ai rapporti nazionali sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Il sistema di controllo*, cit.

⁷ La Corte costituzionale finora è stata chiamata a decidere questioni di legittimità costituzionale in cui si faceva riferimento alla CSE solo in poche occasioni e senza valorizzare in modo particolare nelle proprie pronunce tale richiamo (sentt. nn. 163/1983; 30/1990; 86/1994; 46/2000; 80/2010; 178/2015; ord. n. 434/2005). Sul rapporto fra il nostro ordinamento e la Carta Sociale Europea si veda G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea*, cit., p.61 ss.

Questo profilo emerge in entrambe le procedure di controllo della CSE. Con riguardo al sistema di rapporti nazionali, gli Stati sono tenuti periodicamente a presentare la propria relazione sullo stato di applicazione del Trattato e devono altresì soffermarsi specificamente sulle violazioni accertate dal CEDS nell'ambito della procedura dei reclami collettivi. In questa ultima procedura, a seguito delle decisioni del CEDS che accertano la violazione di una o più disposizioni della CSE, interviene, dopo il periodo di embargo imposto per consentire allo Stato di attivarsi per iniziare a superare questa condizione una volta che la decisione venga resa pubblica, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM) che può adottare una Risoluzione o una Raccomandazione a seconda di quello che lo Stato medesimo ha fatto o si è impegnato a fare.

Poste queste brevi, ma necessarie considerazioni introduttive relative alla procedura dei reclami collettivi che costituiscono le chiavi di lettura del giudizio che si è concluso con la decisione di merito sul reclamo n. 91 del 2013 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia), si possono approfondire alcuni profili della stessa pronuncia, con riferimento non solo all'accertamento della violazione degli artt. 1 (*Diritto al lavoro*), 11 (*Diritto alla salute*), 26 (*Diritto alla dignità sul lavoro*) ed E (*Non discriminazione*) CSE, alle conseguenze che si determinano per il nostro ordinamento e alla possibilità di individuare alcune possibili soluzioni e prospettive future, ma anche ad alcuni interessanti profili procedurali che ne hanno caratterizzato il relativo giudizio e alla portata fortemente innovativa dell'interpretazione del principio di non discriminazione e del diritto alla salute (artt. E e 11, CSE) offerta dal CEDS, che è giunto a individuare un'ipotesi di discriminazione multifattoriale fondata anche sulle specifiche condizioni di salute per quanto riguarda l'accesso al trattamento di interruzione di gravidanza.

2. L'accertamento compiuto dal CEDS nei confronti dell'ordinamento italiano in materia di interruzione volontaria di gravidanza

A distanza di quasi due anni dalla decisione di merito resa sul reclamo collettivo, presentato dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network* (IPPF EN), con cui il CEDS aveva già accertato la violazione del diritto alla salute delle donne e del principio di non discriminazione (artt. 11 ed E CSE)⁸, laddove l'ordinamento italiano non garantisce l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza alle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 attraverso precisi obblighi organizzativi per gli ospedali e per le regioni, secondo quanto impone l'art. 9, a fronte dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza, è stata adottata una seconda decisione di merito, resa sul reclamo collettivo n. 91, avente a oggetto non solo la violazione di queste due disposizioni della CSE, ma anche quella dei diritti riconducibili alla categoria dei medici non obiettori di coscienza.

⁸ L'organizzazione reclamante ha presentato il reclamo collettivo n. 87 in relazione a tali disposizioni in ragione della propria specifica competenza, come richiede l'art. 3 del Protocollo Addizionale alla CSE. I sindacati nazionali e internazionali, invece, non incontrano questa limitazione, motivo per il quale la CGIL ha potuto arricchire il proprio reclamo con ulteriori profili di violazione della CSE.

In particolare, con la decisione di merito resa sul reclamo collettivo n. 91 il CEDS ha accertato che lo stato di violazione degli artt. 11 ed E CSE non è stato superato poiché lo Stato non ha posto in essere alcuna misura idonea dopo il primo accertamento relativo al reclamo collettivo n. 87 e che risultano violati anche il diritto al lavoro e il diritto alla dignità sul lavoro dei medici non obiettori di coscienza (artt. 1 e 26, CSE).

2.1. Il principio di non discriminazione (art. E in combinato disposto con l'art. 11 CSE) e la sua interpretazione innovativa in relazione all'individuazione della discriminazione multifattoriale

La decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 (così come anche la precedente pronuncia) individua un esempio particolarmente significativo di discriminazione multipla di tipo intersezionale, in ragione del fatto che gli ostacoli e gli impedimenti posti all'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza determinano una differenziazione irragionevole nel trattamento di certe categorie di soggetti (ossia le donne che intendono interrompere la gravidanza) fondata su molteplici fattori che non possono essere fra loro separati⁹.

In questa prospettiva dunque il CEDS ha innovato fortemente la propria giurisprudenza relativa al principio di non discriminazione di cui all'art. E CSE. Questa disposizione, in particolare, prevede che «Il godimento dei diritti riconosciuti nella presente Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione.» L'Appendice alla CSE specifica, inoltre, che «Una differenza di trattamento fondata su un motivo obiettivo e ragionevole non è considerata discriminatoria».

Sulla base di questi riferimenti normativi, che ancora una volta rendono chiara la complementarità fra la CSE e la CEDU¹⁰, l'interpretazione costante dell'art. E fornita dal CEDS conferma che la proibizione

⁹ Sulle problematiche sottese alla configurazione della discriminazione multipla, si veda EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Disuguaglianze e discriminazione multipla nell'accesso a un'assistenza sanitaria e alla sua qualità*, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/factsheet-inequalities-discrimination-healthcare_it.pdf, in cui si sottolinea che dal punto di vista giuridico si possono individuare due difficoltà. Innanzitutto la legislazione dell'Unione Europea predispone strumenti di tutela contro la discriminazione nell'accesso all'assistenza sanitaria solo per i motivi di sesso, razza o origine etnica, mentre la stessa legislazione europea e la maggior parte di quella degli Stati membri "non riconoscono espressamente la discriminazione multipla né contengono disposizioni specifiche per affrontare tale fenomeno." Si vedano, inoltre, M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, 2013; S. BURRI, D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, 2009; P. UCCELLARI, *Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality*, in *The Equal Rights Review*, 2008, I, p.24 ss.; e anche T. MAKONEN, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, aprile 2002; T. LEWIS, *Multiple Discrimination*, A Central London Law Centre Publication, 2010; M. HUDSON, *The experience of discrimination on multiple grounds*; Policy Studies Institute, University of Westminster, 2011.

¹⁰ La complementarità fra i due Trattati non emerge solo, come si è già detto, dai lavori preparatori e dalla prospettata intenzione di dare vita a un unico Trattato, ma anche dall'attività interpretativa del CEDS e della Corte EDU. Si veda a questo proposito COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, 1 settembre 2008, p.175, laddove si afferma che «Article E draws its inspiration from Article 14 of the European Convention on Human Rights» e che «The prohibited grounds for discrimi-

zione di ogni forma di discriminazione implica che i soggetti che si trovano nella stessa situazione devono essere trattati in modo uguale, mentre a coloro che si trovano in situazioni differenti deve essere garantito un trattamento che di tale differenza tenga conto, sempre nel caso in cui sia individuabile un'oggettiva e ragionevole giustificazione. L'art. E inoltre vieta le discriminazioni sia dirette sia indirette¹¹.

Con le decisioni di merito sui reclami aventi a oggetto l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza nella materia dell'interruzione di gravidanza il CEDS ha sviluppato ulteriormente la propria interpretazione del principio di non discriminazione, arrivando a individuare una specifica ipotesi di «'overlapping', 'intersectional' or 'multiple' discrimination»¹².

In particolare, il CEDS ritiene che «the allegation that discrimination exists on the grounds of health status between women seeking access to lawful abortion services and others seeking access to other lawful forms of medical procedures, which are not provided on a restricted basis, are closely linked and constitute a claim of 'overlapping' or 'multiple' discrimination, whereby certain categories of women are allegedly subject to less favourable treatment in the form of impeded access to lawful abortion as a result of the combined effect of their, health status, territorial location and socio-economic status.»¹³

Alla luce della documentazione depositata dall'organizzazione reclamante e, come accertato dal CEDS, non contraddetta dal Governo italiano, si determina quindi una discriminazione multipla fondata innanzitutto sulla condizione di salute, sul luogo di residenza e sulle condizioni sociali ed economiche delle donne che alle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 intendono accedere all'interruzione di gravidanza.

Il riconoscimento della discriminazione fondata sulla condizione di salute risulta particolarmente significativo, poiché solo le donne che si trovano nelle determinate condizioni di salute previste dalla legge in presenza delle quali è possibile accedere legittimamente al servizio interruttivo della gravidanza (artt. 4 e 6) risultano discriminate rispetto non solo alle donne in stato di gravidanza che non intendono interromperla o alle donne che intendono farlo e non incontrano le medesime difficoltà,

nation are a combination of those listed in Article 14 of the European Convention on Human Rights and those in the Preamble to the 1961 Charter».

¹¹ In particolare, la discriminazione indiretta si determina nel caso in cui non si tenga conto delle differenze o non si assicuri l'effettivo esercizio dei diritti. A questo proposito si vedano le decisioni di merito rese dal CEDS sul reclamo collettivo n. 13 del 2000 (*Association internationale Autisme-Europe c. Francia*), § 52, e sul reclamo collettivo n. 27 del 2004 (*European Roma Rights Center c. Italia*), § 36.

¹² Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (*CGIL c. Italia*), § 206. Nello stesso senso si veda anche la decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (*IPPF EN c. Italia*), § 190.

¹³ In modo analogo, nella decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (*IPPF EN c. Italia*), § 190, il CEDS afferma che «The Committee considers that these different alleged grounds of discrimination are closely linked together and constitute a claim of 'overlapping', 'intersectional' or 'multiple' discrimination, whereby certain categories of women in Italy are allegedly subject to less favorable treatment in the form of impeded access to lawful abortion facilities as a result of the combined effect of their gender, health status, territorial location and socio-economic status: the complainant organization in essence alleges that since women who fall into these vulnerable categories are denied effective access to abortion services as a consequence of the failure of the competent authorities to adopt the necessary measures which are required to compensate for the deficiencies in service provision caused by health personnel choosing to exercise their right of conscientious objection, this constitutes a discrimination».

ma anche (e forse anche più gravemente) rispetto a tutte le donne e a tutti gli uomini che, per tutelare la propria salute, riescono ad accedere ai trattamenti sanitari di cui hanno bisogno (o comunque senza incontrare le difficoltà tipiche determinate dall'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e dalla disorganizzazione di ospedali e regioni).

La salute diviene, quindi, uno specifico fattore di discriminazione, in relazione a una determinata categoria di persone (ossia le donne che intendono accedere al servizio interruttivo della gravidanza) che si trovano in una determinata condizione di salute (ossia quella che legittima l'accesso al servizio, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194)¹⁴.

Dal punto di vista della discriminazione territoriale, si può osservare come l'accesso al servizio di interruzione di gravidanza non sia garantito in modo omogeneo sul territorio nazionale, comportando quindi la necessità per alcune donne, in ragione del luogo di residenza, di spostarsi da un ospedale all'altro, nella stessa città, nella stessa Regione, in altre Regioni fino ad arrivare anche ai paesi esteri¹⁵.

Strettamente connessa a questo profilo di discriminazione relativo al luogo di residenza è l'ulteriore accezione della discriminazione multipla, che attiene alle condizioni economiche. Solo le donne con maggiori e idonee risorse economiche sono in grado di superare le carenze organizzative degli ospedali e delle regioni e dunque le difficoltà nell'accesso al trattamento di interruzione della gravidanza individuando in tempo utile¹⁶ una struttura che ne garantisca la prestazione¹⁷.

Con riguardo alla discriminazione fondata sulle condizioni sociali viene in rilievo una particolare sottocategoria di donne che intendono interrompere la gravidanza, precisamente individuata nella prima decisione di merito resa sul reclamo collettivo n. 87 del 2012, ossia le donne immigrate. Il CEDS, infatti, rileva una «riemersione delle interruzioni di gravidanza clandestine, in modo particolare tra le donne immigrate»¹⁸. Questo fenomeno, ancora una volta, è strettamente connesso ai fattori di discriminazione precedentemente individuati, in particolare quelli territoriali ed economici: «Le donne incinte che richiedono l'accesso ai servizi di interruzione di gravidanza sono quindi trattate in modo diverso a seconda del luogo in cui vivono; inoltre il diverso trattamento su questa base può per estensione avere un impatto diverso sulle donne che si trovano in gruppi meno abbienti che possono non essere in grado di spostarsi da un posto all'altro in Italia o all'estero per poter accedere al servizio di interruzione di gravidanza»¹⁹.

La discriminazione multipla delineata dal CEDS sembra potersi ulteriormente arricchire considerando che solo le donne possono trovarsi nella condizione di richiedere l'accesso a tale trattamento. Si determina, quindi, una discriminazione fondata anche sul genere, poiché nell'ambito della tutela della

¹⁴ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 206. Nello stesso senso si veda anche la decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 190.

¹⁵ Decisioni di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 207, e sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), §§ 191 e 193.

¹⁶ Si vedano le successive osservazioni sul cd. *time factor* che caratterizza in modo particolare questa materia.

¹⁷ Decisioni di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 209, e sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 193.

¹⁸ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 192.

¹⁹ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 209.

salute solo le donne che devono accedere al servizio interruttivo incontrano quelle specifiche difficoltà o non riescono a ottenere la prestazione richiesta.

Da ultimo, rinviando alle successive considerazioni sulla violazione del diritto alla salute e sul rilievo che in materia assume il fattore temporale, si può altresì ritenere che la discriminazione multipla sia determinata proprio da questo ultimo elemento. Le donne che intendono interrompere la gravidanza e che incontrano difficoltà o non riescono ad accedere al servizio subiscono un'ulteriore discriminazione fondata sul cd. *time factor*, in ragione della specifica tipologia di trattamento richiesto. La legge n. 194, infatti, come si vedrà oltre, impone limiti temporali superati i quali non è più possibile accedere al servizio (con i correlativi rischi di aumento – pure accertato dal CEDS – di ricorso all'interruzione di gravidanza clandestina, che si accompagna a ulteriori rischi per la salute delle donne).

2.2. Il diritto alla salute nell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza (art. 11 CSE)

La condizione di salute non costituisce solo, come si è già visto, uno specifico fattore che contribuisce a rendere multipla o intersezionale la discriminazione accertata dal CEDS in relazione all'accesso al servizio di interruzione di gravidanza.

La salute, infatti, costituisce anche il diritto che viene direttamente violato a fronte dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e della disorganizzazione di ospedali e regioni che non riescono ad assicurare, come previsto dall'art. 9 della legge n. 194, in ogni caso – e quindi nonostante l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza – l'accesso al servizio²⁰.

Le difficoltà o l'impossibilità di accedere al servizio, infatti, impediscono l'applicazione del trattamento sanitario (ossia l'interruzione di gravidanza) richiesto per tutelare la salute (fisica e psichica). Gli artt. 4 e 6 della legge n. 194 consentono l'interruzione di gravidanza solo in presenza di specifiche condizioni di salute fisica e psichica delle donne cui non viene garantita tutela e che possono dunque aggravarsi, poiché il trattamento sanitario che si rende necessario per tutelare il diritto alla salute non è assicurato in ogni caso, a causa della inadeguata organizzazione di ospedali e regioni.

Si può cogliere, quindi, la profonda connessione fra tale profilo di violazione e l'accertamento della violazione del principio di non discriminazione, con particolare riguardo alla necessità di spostarsi da una struttura all'altra che aggrava la condizione di salute delle donne. Rinviando ancora una volta alle più specifiche considerazioni sul cd. *time factor* e sui precisi riferimenti normativi contenuti nella legge n. 194, si può rilevare che, con riguardo alla possibilità per le donne delineata dal Governo italiano di rivolgersi all'autorità giudiziaria o amministrativa per risolvere le difficoltà o l'impossibilità di accedere al servizio, il CEDS ha ritenuto che essa rappresenti, ulteriormente, «a stressful and time-consuming measure which can be detrimental to the health of the women concerned»²¹.

Il CEDS, richiamando il proprio precedente e prendendo quindi atto che a partire da quel momento nessuna idonea misura effettiva è stata adottata per superare il primo accertamento e che in ogni

²⁰ Sulla connessione fra diritto alla salute e accesso al trattamento interruttivo della gravidanza, sia consentito il rinvio alle più approfondite considerazioni svolte, anche in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU, in L. LANZONI, B. LIBERALI, *The Protection of the Right to Health and the Procedures for Voluntary Termination of Pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter*, cit., p.231 ss.

²¹ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 164.

caso il Governo italiano non è stato in grado di dimostrare l'infondatezza dello specifico profilo di violazione della CSE, afferma che «a) the shortcomings which exist in the provision of abortion services in Italy as a result of the problems described in paragraph 174 above remain unremedied and women seeking access to abortion services continue to face substantial difficulties in obtaining access to such services in practice, notwithstanding the provisions of the relevant legislation; b) the aforementioned health facilities still do not adopt the necessary measures in order to compensate for the deficiencies in service provision caused by health personnel who decide to invoke their right of conscientious objection, or the measures adopted are inadequate; c) in such cases, the competent regional supervisory authorities do not ensure a satisfactory implementation of Section 9§4 within the territory under their jurisdiction»²².

L'accertamento di queste problematiche applicative si traduce, in definitiva, in un «rischio considerevole per la salute e il benessere delle donne in questione, che è contrario al diritto alla protezione della salute come garantito dall'art. 11 della Carta»²³.

2.3. Il cd. *time factor* nelle procedure di interruzione di gravidanza

Come è noto la legge n. 194 stabilisce precisi requisiti di accesso al servizio interruttivo della gravidanza connessi alla salute fisica e psichica della gestante, indicando per quelli previsti dall'art. 4 il termine di tre mesi entro cui è possibile effettuare il trattamento richiesto. Oltre questo termine è possibile accedere all'interruzione di gravidanza cd. terapeutica, alle condizioni dettate dall'art. 6. Non è invece stabilito il termine massimo oltre il quale non è più possibile effettuare l'operazione, anche se occorre fare riferimento a quanto previsto all'art. 7 secondo cui «Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto».

Il fattore temporale, quindi, assume un significato particolarmente incisivo rispetto alla tematica oggetto dei due reclami collettivi e delle relative decisioni di merito del CEDS. Le difficoltà o l'impossibilità di accesso al servizio, infatti, determinano una conseguenza molto più gravosa, in ra-

²² Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 190.

²³ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 192. In senso analogo, si veda la decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 169, che accerta: «a) decrease in the number of hospitals or nursing homes where terminations of pregnancy are carried out nation-wide (see paragraphs 57 and 108 above); b) significant number of hospitals where, even if a gynecology unit exists, there are no non-objecting gynaecologists, or there is just one (see paragraphs 57, 108, 110, 112, 114 and 116 above); c) disproportionate relationship between the requests to terminate pregnancy and the number of available non-objecting competent health personnel within single health facilities (see paragraphs 115, 117, 120, 125, 128, 129, 131, 136, 137, 139 and 145 above) - which risk the creation of extensive geographical zones where abortion services are not available notwithstanding the legal right to access such services established under Italian law; d) excessive waiting times to access abortion services (see paragraphs 57, 110 and 120 above); e) cases of non-replacement of medical practitioners who are not available due to holiday, illness, retirement, etc. (see paragraphs 57, 110, 118, 119, 121, 122 and 124 above) - which pose the risk of substantial disruption to the provision of abortion services; f) cases of deferral of abortion procedures due to an absence of non-objecting medical practitioners willing to perform such procedures (see paragraphs 57, 122 and 138 above); g) cases of objecting health personnel refusing to provide the necessary care prior to or following abortion (see paragraphs 52, 126 and 127 above)».

gione della necessità di rispettare le condizioni richieste e i relativi limiti temporali per effettuare un trattamento sanitario legittimo.

Il CEDS ha valorizzato tale profilo, laddove, nel valutare insufficiente la possibilità prospettata dal Governo italiano di ricorrere alle autorità amministrativa e giudiziaria, ha sottolineato che «the provision of retrospective remedies after the point of demand only supplements the primary obligation under Article 11 to make health care available as it is needed, which applies with particular force to time-sensitive procedures such as abortion»²⁴, che « the time factor is also crucial: women who are denied access to abortion facilities in their local region may in effect be deprived of any effective opportunity to avail of their legal entitlement to such services, as the tight time-scale at issue may prevent them from making alternative arrangements»²⁵ e che « in some cases, given the urgent character of the procedures needed, women wishing to seek an abortion may be forced to move to other health facilities»²⁶.

2.4. I diritti lavorativi dei medici non obiettori di coscienza (artt. 1, 2, 3, 26 ed E CSE)

Ciò che caratterizza il secondo reclamo collettivo in materia è costituito dalla prospettazione di ulteriori profili di violazione della CSE, che attengono ai diritti dei medici non obiettori di coscienza²⁷. In particolare, si è chiesto al CEDS di riconoscere i profili di violazione degli artt. 1 (*Diritto al lavoro*), 2 (*Diritto ad eque condizioni di lavoro*), 3 (*Diritto alla sicurezza e all'igiene sul lavoro*) e 26 (*Diritto alla dignità sul lavoro*) CSE, letti da soli o in combinato disposto con l'art. E (*Non discriminazione*) CSE, in ragione delle difficoltà applicative della legge n. 194 che compromettono la posizione giuridica dei medici non obiettori di coscienza sui quali grava il carico complessivo di lavoro relativo ai trattamenti interruttivi. Inoltre, si chiedeva di riconoscere la rilevanza per l'oggetto del reclamo collettivo dei principi espressi dagli artt. 21 (*Diritto all'informazione e alla consultazione*) e 22 (*Diritto di partecipare alla determinazione e al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro*) CSE, sebbene il loro ambito di applicazione sia limitato alle imprese aventi scopo di lucro. Rispetto a questo ultimo profilo, il CEDS non ha ritenuto di doversi esprimere, né motivando intorno alla rilevanza né intorno alla irrilevanza di questi principi per l'oggetto del reclamo collettivo.

Il CEDS accerta la violazione della CSE, limitatamente agli artt. 1, comma secondo, e 26, comma secondo.

Con riguardo all'art. 1, comma secondo, il CEDS ne riconosce la violazione nella parte in cui la disposizione impone di eliminare ogni tipo di discriminazione sul luogo di lavoro. In particolare, «Discriminatory acts prohibited by Article 1§2 are those that may occur in connection with employment condi-

²⁴ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 164.

²⁵ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 193.

²⁶ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 191, e anche quella sul reclamo collettivo n. 87 del 2012 (IPPF EN c. Italia), § 175.

²⁷ L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro. Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *DPCE Online*, in corso di pubblicazione, sottolinea come il profilo della violazione dei diritti dei medici costituisca «L'aspetto probabilmente più innovativo del reclamo e della decisione».

tions in general (in particular with regard to remuneration, training, promotion, transfer and dismissal or other detrimental action)»²⁸.

Il CEDS riconosce che l'organizzazione reclamante ha fornito «a wide range of evidence demonstrating that non-objecting medical practitioners face several types of cumulative disadvantages at work both direct and indirect, in terms of workload, distribution of tasks, career development opportunities etc.»²⁹, mentre il Governo italiano «has provided virtually no evidence contradicting the evidence supplied by CGIL. It has not demonstrated that discrimination is not widespread»³⁰.

Rispetto a questo specifico profilo il CEDS ritiene che «this difference in treatment (the disadvantages suffered by non-objecting personnel) between non-objecting medical personnel and objecting personnel arises simply on the basis that certain medical practitioners provide abortion services in accordance with the law, therefore there is no reasonable or objective reason for this difference in treatment»³¹ e quindi riconosce la violazione dell'art. 1, secondo comma, CSE.

Il secondo profilo di violazione riconosciuto dal CEDS rispetto alla posizione lavorativa dei medici non obiettori di coscienza riguarda l'art. 26, secondo comma, CSE, con riferimento alle molestie di tipo morale. A fronte della documentazione depositata dall'organizzazione reclamante, il Governo italiano, ad avviso del CEDS, non ha dimostrato di avere posto in essere le misure necessarie a evitare tali violazioni. In particolare, si rileva che «the failure of the Government to take any preventative action, training or awareness raising to ensure the protection of non-objecting medical practitioners amounts to a violation of Article 26§2 of the Charter»³².

2.5. La responsabilità dello Stato per il rispetto della Carta Sociale Europea, anche in relazione agli enti locali e regionali

La procedura definita dal CEDS consente di soffermarsi sulla responsabilità organizzativa tesa a garantire sempre il trattamento sanitario richiesto e chiaramente individuata dall'art. 9 della legge n. 194 del 1978 in capo agli ospedali e alle regioni.

Tale profilo consente di porre in luce alcuni spunti di riflessione, soprattutto se si considera che il Governo italiano nel corso della procedura, così come durante l'udienza pubblica del 7 settembre 2015 e infine nella risposta all'interrogazione urgente in Parlamento da parte del Ministro della Salute del 4 maggio 2016, oltre a ritenere non garantito alcun diritto all'interruzione di gravidanza, ma solo all'obiezione di coscienza³³, ritiene che in tale materia spetti alla competenza esclusivamente regionale la protezione della salute nonché la protezione e la sicurezza del lavoro e che le regioni abbiano ampio margine di autonomia nell'organizzazione specifica dei servizi di interruzione di gravidanza. Inoltre, il Governo ha sostenuto – così come ha fatto il Ministero della Salute nelle due ultime rela-

²⁸ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 236.

²⁹ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 241.

³⁰ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 242.

³¹ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 243.

³² Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 91 del 2013 (CGIL c. Italia), § 295.

³³ Si vedano gli atti depositati dal Governo nel corso della procedura, in <http://www.coe.int/socialcharter>.

zioni sullo stato di applicazione della legge n. 194 presentate al Parlamento del 2014 e del 2015³⁴ – che i dati forniti dalle regioni sono parziali e che eventuali criticità nell’accesso al servizio sono da ricondursi all’autonomia organizzativa delle stesse.

Innanzitutto, occorre ricordare che i commi secondo, lett. m), e terzo dell’art. 117 Cost., pure richiamati dal Governo, stabiliscono rispettivamente la competenza esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantirsi su tutto il territorio nazionale, e la competenza concorrente in materia di tutela e sicurezza sul lavoro e di tutela della salute.

Inoltre, la legge n. 194, se all’art. 9 demanda precisamente alle regioni (oltre che agli ospedali) la responsabilità organizzativa dei servizi di interruzione di gravidanza, individua espressamente il compito di rendere conto dello stato di applicazione della disciplina, a fronte dei dati pure forniti dalle regioni, in capo al Ministero della Salute (art. 16).

A fronte di questi riferimenti normativi propriamente interni al nostro ordinamento occorre, in ragione delle peculiarità della procedura di controllo della CSE, soffermarsi sulla giurisprudenza del CEDS che riguarda precisamente la responsabilità degli Stati membri nella garanzia del rispetto del Trattato sotto due profili.

Innanzitutto, fin dalla prima decisione di merito adottata nel 1998 nell’ambito del sistema dei reclami collettivi, il CEDS ha costantemente ribadito che «the aim and purpose of the Charter, being a human rights protection instrument, is to protect rights not merely theoretically, but also in fact. In this regard, it considers that the satisfactory application of Article 7 cannot be ensured solely by the operation of legislation if this is not effectively applied and rigorously supervised»³⁵.

In secondo luogo, la responsabilità degli Stati membri relativa al rispetto delle disposizioni della CSE comprende anche il monitoraggio dei propri enti locali e regionali incaricati di sviluppare politiche e misure di accesso effettivo ai diritti. Il CEDS, da questo punto di vista, ha affermato che «even if under domestic law local or regional authorities, trade unions or professional organisations are responsible for exercising a particular function, states party to the Charter are still responsible, under their international obligations to ensure that such responsibilities are properly exercised»³⁶.

3. Alcuni profili processuali: il giudizio davanti al CEDS

In relazione a entrambi i giudizi che si sono svolti davanti al CEDS aventi a oggetto l’obiezione di coscienza nell’interruzione volontaria di gravidanza, si possono porre brevemente in rilievo alcuni profili processuali particolarmente interessanti che caratterizzano la procedura di controllo dei reclami collettivi, anche in ragione delle conseguenze che certamente hanno determinato sui rispettivi giudizi e sulle decisioni di merito.

³⁴ Il Ministero della Salute se pure non ha mai citato la prima decisione di condanna del CEDS in queste due relazioni al Parlamento ha dedicato per la prima volta una parte maggiormente estesa al tema dell’obiezione di coscienza.

³⁵ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 1 del 1998 (*International Commission of Jurists c. Portogallo*), § 32.

³⁶ Decisione di merito sul reclamo collettivo n. 15 del 2003 (*European Roma Rights Center c. Grecia*), § 29.

Innanzitutto, occorre ricordare che rispetto alla decisione sulla ricevibilità (che precede quella sul merito)³⁷ del primo reclamo collettivo il CEDS ha accordato la procedura d'urgenza, in ragione delle allegazioni prospettate dall'organizzazione reclamante attinenti alla violazione del diritto alla salute delle donne. In particolare, il CEDS ha ritenuto che «in ragione della serietà delle allegazioni» fosse necessario «dare precedenza a questo reclamo» e così ha stabilito «limiti di tempo per il procedimento che non potranno essere estesi.» A questo proposito, l'art. 26 (*Ordine di trattazione del reclamo*) del Regolamento del CEDS stabilisce, infatti, che il CEDS possa assegnare priorità di trattazione a uno specifico reclamo, superando la regola secondo la quale «Il Comitato deve trattare i reclami nell'ordine in cui diventano pronti per l'esame».

In entrambe le procedure sono stati ammessi a intervenire soggetti terzi rispetto alle parti (ossia IPPF EN e CGIL; Governo italiano), che hanno potuto depositare proprie osservazioni³⁸, richiamate nelle decisioni di merito del CEDS, mentre le parti sono state richieste di depositare ulteriori memorie e documentazioni attinenti ai profili oggetto dei rispettivi reclami collettivi. La possibilità e le modalità di intervento delle parti e dei soggetti terzi sono regolati dall'art. 7 del Protocollo Addizionale alla CSE, nonché dall'art. 32 (*Intervento di terzi*) del Regolamento del CEDS. L'art. 32A (*Richiesta di osservazioni*) del medesimo Regolamento specifica che il Presidente, su proposta del Relatore, può invitare ogni organizzazione, istituzione o persona a presentare proprie osservazioni. Queste ultime devono essere inviate allo Stato e all'organizzazione reclamante.

Solo nell'ambito della seconda procedura è stata fissata un'udienza pubblica, su richiesta del Governo italiano, che intendeva rendere conto al CEDS della situazione di pieno rispetto della CSE, tenutasi il 7 settembre 2015 presso la sede della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'art. 7 del Protocollo Addizionale alla CSE prevede che il CEDS possa organizzare un'udienza con i rappresentanti delle parti e l'art. 33 (*Udienza*) del Regolamento del CEDS specifica che l'udienza può essere fissata su richiesta di una delle parti o da parte del CEDS. Il CEDS deve decidere sulla richiesta delle parti. Lo Stato e l'organizzazione reclamante devono essere invitate all'udienza che è pubblica, a meno che il Presidente non decida diversamente.

Un ultimo profilo che concerne la procedura risulta particolarmente interessante, ossia la possibilità per i componenti del CEDS di allegare alla decisione di merito opinioni dissenzienti o concorrenti rispetto alla posizione adottata dalla maggioranza. Nel caso del primo reclamo collettivo, il Presidente del CEDS ha espresso la propria opinione dissenziente, ritenendo non sussistente la violazione del diritto alla salute delle donne e del principio di non discriminazione, mentre un secondo componente del CEDS ha motivato la propria opinione concorrente, ritenendo che «if the two provisions of the Charter had been violated, this was the result not only of Act No. 194/78 being implemented ineffec-

³⁷ Nel caso del reclamo collettivo n. 91 del 2013, invece, il CEDS ha adottato un'unica decisione intorno alla ricevibilità e al merito dello stesso.

³⁸ Nella prima procedura sono intervenuti: il Movimento per la Vita; l'*European Center for Law and Justice*; l'Associazione Luca Coscioni per la Libertà di Ricerca Scientifica; l'Associazione Italiana per l'Educazione Demografica; nella seconda procedura: il Movimento Italiano per la Vita; l'Associazione Giuristi per la vita per conto di Associazione Medici Cattolici Italiani, Associazione Italiana Ginecologi Ostetrici Cattolici, Confederazione Italiana dei Consulenti Familiari di Ispirazione Cristiana, Centro Studi per la Tutela della Salute della Madre e del Concepito dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Roma, Forum delle Associazioni Familiari; l'Associazione Luca Coscioni per la Libertà di Ricerca Scientifica; l'Associazione Italiana per l'Educazione Demografica; l'*European Trade Union Confederation* (ETUC).

tively in the case brought by the complainant but also in principle because of the fundamental structure of the 1978 act and, more particularly, Sections 4 and 5, which regulate women's right to abortion in a manner incompatible with the requirements of Article 11 of the Charter».

Nel secondo giudizio, il CEDS ha raggiunto in modo particolarmente significativo l'unanimità rispetto alla violazione del diritto alla salute, mentre, oltre all'opinione concorrente di un componente del CEDS sulla violazione degli artt. 11 ed E CSE, rispetto alla violazione del diritto al lavoro è stata adottata dal nuovo Presidente del CEDS un'opinione dissenziente cui hanno aderito altri quattro componenti, innanzitutto in ragione del fatto che le asserite violazioni e gli svantaggi subiti dai medici non obiettori di coscienza non ricadrebbero propriamente nell'ambito applicativo dell'art. 1 CSE e in secondo luogo perché la documentazione di prova fornita dall'organizzazione reclamante risulterebbe «largely anecdotal and is not sufficient to ground a finding of discrimination likely to affect the core of Article 1§2 of the Charter, that is the right of workers to earn their living in an occupation freely entered upon».

4. Le conseguenze per il nostro ordinamento e le possibili prospettive future

Come si è accennato, in generale dopo una decisione di merito del CEDS segue un provvedimento del CM, che può assumere la forma di una Risoluzione o di una Raccomandazione, a seconda che, rispettivamente, lo Stato nei cui confronti è stata pronunciata la decisione di merito si sia adoperato per porre in essere misure per superare la situazione di violazione (o abbia specificamente indicato questa intenzione) oppure no.

Questo provvedimento del CM non costituisce in alcun modo una decisione di revisione rispetto a quella assunta dal CEDS. In particolare, il CM deve prendere atto della pronuncia del CEDS e, a fronte di questa, valutare se nel periodo di embargo lo Stato abbia iniziato ad attivarsi.

A seguito della prima decisione resa nei confronti dell'Italia, il CM il 30 aprile 2014 ha adottato una Risoluzione con cui ha preso atto della decisione di accertamento di violazione del CEDS e delle dichiarazioni rese dal Governo nel marzo del 2014, che non hanno fatto riferimento a concrete azioni positive tese a risolvere le criticità accertate³⁹.

Nella Risoluzione il CM, infatti, ha affermato di attendere le successive determinazioni del nostro ordinamento, soprattutto con riguardo al successivo rapporto nazionale.

Lo Stato membro, infatti, come si è visto, ha un obbligo particolarmente specifico di rendere conto delle misure che intende adottare anche nell'ambito della parallela procedura dei rapporti nazionali che periodicamente devono essere presentati al CEDS. In occasione del primo rapporto nazionale inviato dopo la decisione di condanna relativa al reclamo collettivo n. 87 il 15 maggio 2015 il Governo italiano invece ha ribadito l'assenza di ogni problematica, richiamando l'istituzione del Tavolo tecnico di monitoraggio e l'intenzione di organizzare un corso di formazione per gli operatori⁴⁰.

³⁹ In particolare, il Governo ha revocato ancora in dubbio che eventuali problematiche applicative vi siano, affermando di avere l'intenzione di porre in essere un'attività di monitoraggio, che peraltro è già prevista dall'art. 16 della legge n. 194.

⁴⁰ Si può rilevare a questo proposito che già la legge n. 194 del 1978 richiede tali specifiche misure per garantire l'applicazione complessiva della legge (artt. 15 e 16).

Tale posizione è stata ribadita anche in occasione delle due successive relazioni ministeriali sullo stato di applicazione della legge n. 194 (presentate nel 2014 e nel 2015) che il Ministero della Salute dovrebbe inviare secondo quanto previsto dall'art. 16 della legge n. 194 del 1978 entro il mese di febbraio e non oltre, come avviene ormai per prassi e come è stato ribadito in occasione della risposta del Ministero della Salute all'interrogazione urgente il 4 maggio 2016, durante la quale si è affermato che la prossima relazione sarà presentata «dopo l'estate». In modo particolarmente significativo, nessun riferimento è stato fatto alla prima decisione di accertamento del CEDS, così come a numerosi atti di sindacato ispettivo presentati in Parlamento negli ultimi anni su questi profili non è stata ancora data risposta⁴¹.

In attesa, quindi, dell'imminente provvedimento che il CM dovrà assumere nei confronti dell'Italia anche rispetto a questa seconda decisione di merito del CEDS, occorre sottolineare che permane nel nostro ordinamento la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 1, 11, 26 ed E CSE. Il provvedimento del CM – la cui pubblicazione è prevista per l'inizio del prossimo luglio – non potrà che prendere atto della seconda decisione del CEDS ed eventualmente delle misure concrete che dovessero essere state adottate nel periodo di embargo imposto proprio a questo fine o anche solo di dichiarazioni di impegno da parte dell'Italia.

Rispetto alle possibili misure che potrebbero essere concretamente adottate per dare soluzione ai problemi che sono stati accertati, si potrebbe, allora, tornare a ragionare sulla possibilità (e dunque sulla legittimità) di bandi di concorso che riservino pari posti alla categoria di medici obiettori di coscienza e a quella di non obiettori di coscienza, così come peraltro già suggerito dal TAR Puglia, pur in relazione al diverso contesto delle attività rese nei consultori⁴². Il giudice amministrativo, infatti, ha ritenuto che la predisposizione di bandi tesi alla pubblicazione dei turni vacanti che prevedano posti riservati in eguale misura ai medici non obiettori e obiettori di coscienza non violerebbe il principio di uguaglianza.

Si potrebbe, inoltre, proprio alla luce di questa seconda decisione del CEDS e tenendo conto del bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche sottese, prendere in considerazione anche la possibilità di assunzioni specifiche di soli medici non obiettori, laddove ciò si renda necessario per riequilibrare il rapporto fra medici non obiettori e obiettori di coscienza. Questo è quanto accaduto di recente all'ospedale San Camillo di Roma, che ha avviato la procedura per individuare tre dirigenti medici in Ostetricia e Ginecologia «per l'applicazione della Legge 194/1978» (due attraverso concorso e uno con trasferimento e dunque con la cd. mobilità del personale). Questa dizione, se pure nel bando non sia richiesto espressamente il requisito della «non obiezione di coscienza», sembra poter validamente costituire un elemento idoneo a selezionare i candidati non obiettori. I provvedimenti di questo tipo, quindi, non violerebbero il principio di non discriminazione, ma garantirebbero effettiva attuazione all'art. 9 della legge n. 194, con particolare riguardo sia al diritto di accesso alle condizioni previste dalla disciplina al servizio sia ai diritti dei medici non obiettori di coscienza.

Non sembrano invece poter superare definitivamente ogni profilo di dubbia legittimità costituzionale le proposte tese a introdurre incentivi sia economici sia organizzativi e di carriera, che differenzino il trattamento fra medici in ragione della scelta di obiezione di coscienza riconosciuta dall'art. 9 della

⁴¹ In occasione dell'udienza del 7 settembre 2015 la CGIL ha depositato questi atti di sindacato ispettivo.

⁴² TAR Puglia, sent. 14.9.2010, n. 3477, in *Giur. cost.*, 2011, p.1995 ss.

legge n. 194. Non appaiono, inoltre, risolutive le proposte di introdurre l'obbligo di prestazioni alternative per i medici obiettori di coscienza: in tale evenienza, infatti, non verrebbe comunque assicurata una idonea presenza di medici non obiettori.

5. Considerazioni finali relative alla posizione espressa dal Ministero della Salute in occasione della interrogazione urgente in Parlamento del 4 maggio 2016

È necessario, da ultimo, richiamare la posizione espressa dal Ministro della Salute in occasione della interrogazione urgente nel corso della seduta della Camera dei Deputati del 4 maggio 2016.

I profili che rendono particolarmente significativa questa posizione non risiedono tanto ed esclusivamente nel merito della stessa in relazione all'oggetto specifico dell'accertamento (poiché il Ministero conferma la propria posizione di mancato riconoscimento delle problematiche che sono state accertate anche con l'ultima decisione del CEDS), quanto e soprattutto nella ricostruzione della procedura e dell'esito di entrambi i giudizi svoltisi davanti al CEDS.

Risulta, infatti, significativo (proprio considerando che, come si è visto, l'Italia ha ratificato la Carta Sociale Europea e il Protocollo Addizionale che introduce il sistema di reclami collettivi impegnandosi al rispetto delle relative disposizioni) che in relazione alla prima decisione del CEDS di due anni fa si sia affermato che la successiva Risoluzione del CM del 30 aprile 2014 «ha segnato la chiusura in senso favorevole all'Italia del reclamo collettivo n. 87/2012, salvo l'obbligo di riferire circa gli esiti della raccolta di dati effettuati dal tavolo tecnico per la piena applicazione della 194», mentre che con riguardo alla seconda decisione del CEDS sia «necessario chiarire che, contrariamente a quanto riportato da gran parte degli organi di stampa e non solo, il predetto reclamo non è stato ancora deciso. Il Consiglio d'Europa infatti non si è pronunciato in merito alla questione dell'obiezione di coscienza e dell'accesso ai servizi di interruzione volontaria di gravidanza in Italia. Chiarisco meglio: il pronunciamento negativo, che ha avuto vasta eco sulla stampa e non solo, costituisce una mera proposta del Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa, ovvero di un Comitato intergovernativo del Consiglio, e non un pronunciamento definitivo dell'organo politico costituito appunto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa»⁴³.

Rispetto a questa posizione, occorre ribadire che il CM non può modificare la decisione di merito del CEDS, dovendone prendere atto e potendo registrare esclusivamente i tentativi, le dichiarazioni o le concrete misure poste in essere nel periodo di embargo dallo Stato per superare la violazione della CSE.

Queste osservazioni, che non riguardano il merito dell'accertamento delle due decisioni, ripropongono con maggiore forza le considerazioni preliminari svolte in questa sede circa la natura e l'importanza della Carta Sociale Europea, rendendo quanto mai necessaria una profonda riflessione sullo stato di conoscenza e consapevolezza (soprattutto da parte delle nostre istituzioni) degli impegni assunti in sede internazionale.

⁴³ Resoconto stenografico, seduta di mercoledì 4 maggio 2016, Camera dei Deputati, intervento del Ministro della Salute Beatrice Lorenzin.

“And makes us rather bear those ills we have?”
L'inizio della vita e i confini della sofferenza risarcibile
(Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 25767/2015)

*Lucilla Conte**

LIFE'S BEGINNING AND THE BOUNDARIES OF THE INDEMNIFIABLE AFFLICTION

ABSTRACT: This contribution is focused on the decision of the Joined Sections of the Court of Cassation on the divergent jurisprudence on questions involving claims for damages about wrongful birth and wrongful life, evidence and causation. The J. S. don't admit in the Italian law system wrongful life suits if the illness is not directly caused by medical malpractice.

KEYWORDS: wrongful birth; wrongful life; self-determination; claim for damages; evidence; causation.

SOMMARIO: 1. Dove eravamo rimasti: protagonisti e “comprimari”. – 2. Le Sezioni Unite sui principali contrasti giurisprudenziali sollevati nell’ordinanza della III sezione civile: onere della prova e legittimazione attiva del nascituro. – 3. Nella trama della decisione: la nascita indesiderata e la nascita malformata come tema e problema di diritto costituzionale. – 4. Conclusioni. Essere o non essere? Un problema (e una risposta) di diritto positivo.

1. Dove eravamo rimasti: protagonisti e “comprimari”

A ll'inizio degli anni '80, Giorgio Oppo in un suo scritto si interrogava sull'inizio della vita umana, sulle attribuzioni patrimoniali del nascituro e sul problema della capacità, intitolando significativamente parte di un paragrafo: “Nascita e bene”. All'esito della vicenda giurisprudenziale che ha indotto la terza sezione della Cassazione civile a interpellare le Sezioni Unite possiamo giungere (come vedremo) alla conclusione per cui – per l'ordinamento giuridico - la nascita è un bene anche se, ovviamente, «non significa che non abbia un costo, patrimoniale e morale [e non si esclude] che questo costo sia danno se il fatto è provocato da altri illecitamente»¹.

Più sfumata e complessa risulta la definizione dei “confini” della sofferenza risarcibile, che nella sua vastità incombe su una pluralità di soggetti: la madre, il bambino nato malformato, i parenti dello stesso. La “cifra” della sofferenza esige inoltre di essere redistribuita tra il medico, soggetto responsabile dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione alla gestante su possibili malformazio-

* *Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università del Piemonte Orientale. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

La citazione contenuta nel titolo è tratta dall'*Amleto* di Shakespeare, Atto III, Scena I, v. 1774, testo reperibile su <http://www.opensourceshakespeare.org/>

¹ G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, I, p. 509.

ni del nascituro, e la collettività, attraverso gli strumenti della solidarietà sociale volti a supportare il difficile percorso di una vita malformata.

La sopravvenuta malattia incurabile di un figlio costituisce un evento in grado di sconvolgere una pluralità di esistenze². La misura di questo sconvolgimento può apparire ancora più intollerabile quando esso derivi da una nascita indesiderata, cui consegue una vita malformata, come nel caso in esame: una vicenda umana dai tratti tragici nel suo interrogativo di fondo che contrappone – quasi in senso shakespeariano – la *non-vita* alla vita.

Le Sezioni Unite, così come la Terza Sezione in sede di ordinanza interlocutoria³, si concentrano in particolare sui due indiscussi protagonisti di questa vicenda dai contorni tragici: la madre e il bambino. E lo fanno a partire dai due principali nodi giuridici che avevano originato contrasti nella giurisprudenza precedente: a) la consistenza dell'onere della prova cui è assoggettata la madre nel dimostrare che, se correttamente edotta delle possibili malformazioni del nascituro, si sarebbe determinata ad abortire; b) la legittimazione del nato malformato ad agire per ottenere il risarcimento derivante dalla propria nascita. Situazione, quest'ultima, mediata dalla lesione del diritto all'autodeterminazione della madre rispetto alla scelta di interrompere la gravidanza.

Vi sono poi, come è evidente, altri soggetti che forse sarebbe riduttivo derubricare a “comprimari” di questa vicenda, ma che pure restano –per ragioni diverse- sullo sfondo. Essi sono il medico e i parenti del nato malformato.

Con riferimento al medico, nel presente caso il tema che viene in considerazione è quello dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione alla gestante su possibili malformazioni del nascituro, così da permettere alla stessa, ricorrendo le condizioni previste dalla legge 22 maggio 1978, n.194, di ricorrere all'interruzione della gravidanza.

Il rapporto che rileva è dunque quello medico-paziente: l'asimmetria informativa determinata dal colposo inadempimento del medico lede la libera autodeterminazione della donna ed è fonte di responsabilità civile, causando «l'impossibilità della scelta»⁴ e amplificando il pregiudizio fisico-psichico

² In un articolo dell'ottobre scorso, la giornalista Annalena Benini rilevava come: «Dopo che un medico ha detto ai genitori di un bambino: “Non guarirà”, uno studio importante ha raccontato che quella diagnosi cambia la vita di circa trecento persone. Le persone di famiglia, la mamma che perde il lavoro, la sorella che impara a usare il sondino, la signora delle pulizie che viene licenziata per risparmiare, i compagni di scuola, i nonni che dicono: ma perché non la portate in America, lì la guariscono, vi diamo la nostra liquidazione, ma perché vi rassegnate, l'insegnante di sostegno che viene assunta per un anno...», A. BENINI, *Tutta la vita che resta*, su *Il Foglio*, 17 ottobre 2015.

³ Su cui sia consentito rinviare a L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2, 2015, p.261 ss. In attesa della pronuncia delle SS.UU in commento, cfr. anche M. GORGONI, *La responsabilità sanitaria per nascita indesiderata: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Resp. Civ e Prev.*, 2015, p. 708 e G. BUFFONE, *Nascita indesiderata: così i nodi del danno arrivano al pettine*, in *Guida al Dir.*, 2015, 14, p. 40 ss.

⁴ Così Cass. SS. UU., n.25767/2015, p.7 del testo della pronuncia. Per un primo commento, cfr. G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 1, 2016, pp. 47 ss.; M. GORGONI, *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*, in *Resp. Civ e Prev.*, 2, 2016, p. 162 ss.; E. SACCHETTINI, *Negata l'esistenza del diritto a non nascere*, in *Guida al Dir.*, 2016, 7, p. 36 ss.; F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in <http://www.dirittocivilecontemporaneo.com/>, 1, 2016.

che –considerato secondo diverse gradazioni di intensità– è fonte legittimante il ricorso all'aborto sia prima dei 90 giorni dal concepimento, sia successivamente.

Resta esterna a questo rapporto la posizione del soggetto nato malformato, poiché in questo caso la malformazione non deriva da un comportamento attivo del sanitario che l'ha provocata, ma è dallo stesso semplicemente “non rilevata”.

I ricorrenti, inoltre, individuano una concorrente ragione di danno da identificarsi nell'inserimento del nato malformato in un ambiente familiare “non preparato” ad accoglierlo, prospettando l'ipotesi (rigettata dalle Sezioni Unite) di un danno da mancanza di amore familiare, fonte di una sofferenza psichica che si aggiungerebbe all'*handicap* fisico.

2. Le Sezioni Unite sui principali contrasti giurisprudenziali sollevati nell'ordinanza della III sezione civile: onere della prova e legittimazione attiva del nascituro

La Terza sezione civile aveva rilevato, con riferimento alla questione dell'onere probatorio, due orientamenti giurisprudenziali. Secondo il primo (più risalente) orientamento, corrisponde a regolarità causale che la gestante, se informata di gravi malformazioni del feto, interrompa la gravidanza⁵. Un orientamento giurisprudenziale più recente, invece, rifiuta la presunzione semplice e pone a carico della donna la dimostrazione che, se informata delle malformazioni del concepito, si sarebbe determinata ad interrompere la gravidanza⁶.

Si tratta di due orientamenti diametralmente opposti: l'uno decisamente protettivo nei confronti della donna, presupponendone in ogni caso la volontà di interrompere la gravidanza al verificarsi di date condizioni e l'altro che, invece, richiede la gravosa dimostrazione non di un fatto storico, bensì di un fatto psichico, di una volontà presunta.

Le Sezioni Unite si pongono in una collocazione mediana rispetto a questi due orientamenti, e lo fanno a partire da una rigorosa analisi della legge n.194 del 1978, della *ratio* della stessa e dalle condizioni da essa istituite per ricorrere legalmente all'aborto.

⁵ Su cui cfr. Cass. n. 6735/2002, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, p. 134 ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; Cass. sez. III, n.14488/2004 in *Danno e resp.*, 2005, p.379 ss., con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cass. sez. III, n.13/2010; Cass., sez. III, n.22837/2010; Cass. sez. III, n. 15386/2011.

⁶ Cass., sez. III, n.16754/2012 in *Foro it.*, 2013, I, 1, p. 204 ss, con nota di A. L. OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*; in <http://www.forumcostituzionale.it/> (30 novembre 2012), con nota di S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita non desiderata (Profili costituzionali di Cass. civ. 2 ottobre 2012, n.16754)*; in *Danno resp.*, 2013, p. 155, con nota di S. CACACE, *Il giudice “rottamatore” e l'enfant préjudice*; in *Giur. it.*, 2013, con note di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, p. 813 ss. e di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si «propaga» al procreato?*, p. 809 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, p. 59 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; Cass. sez. III, n.7269/2013, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 729, con nota di V. CARBONE, *Errata diagnosi del medico e risarcimento del danno*; Cass., sez. III, n.27528/2013 in *Giur. it.*, 2014, p. 1585, con nota di L. COPPO, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità prenatale*; Cass. sez. III, n.12264/2014 in *Danno resp.*, 2014, p. 1143, con nota di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni fetali e ripartizione degli oneri probatori*; in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1342, con nota di A. GARIBOTTI, *Del paternalismo medico al paternalismo giudiziale*.

Tale legge ha l'obiettivo, programmaticamente indicato a partire dalla propria intitolazione, di tutelare la maternità come "fatto" sociale, garantendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile (e dunque, *a contrario*, il diritto all'interruzione della gravidanza in presenza di determinate condizioni che pregiudichino l'integrità psico-fisica della madre, rispetto alla quale la tutela dell'embrione risulta recessiva⁷) e, inoltre, rifiutando l'aborto come mezzo di controllo delle nascite in funzione eugenica.

In particolare, rilevano le Sezioni Unite, il dettato dell'art. 6 della legge n.194, che individua i presupposti per l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, determina in modo chiaro un collegamento tra l'accertamento di processi patologici (rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) e il grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, generando «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza»⁸.

Molto chiaramente le Sezioni Unite affermano che, sussistendo le condizioni di cui all'art.6 della l. n.194, l'impossibilità della scelta della madre e dunque la lesione del diritto alla libera autodeterminazione, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico, è fonte di responsabilità civile.

Con riferimento all'onere della prova, questo costituisce un fatto complesso, costituito «da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo»: dalla rilevante anomalia del nascituro all'omessa informazione da parte del medico; dalla compromissione della salute psicofisica della donna all'assunzione della scelta di abortire. La "proiezione" di queste circostanze nel tempo, non è peraltro lineare, anzi: è proprio l'asimmetria informativa medico/paziente rispetto alle condizioni di salute del nascituro a determinare una significativa alterazione delle stesse, con una dilatazione del pregiudizio della salute psicofisica della donna, che al momento della nascita malformata prende cognizione, *ex post*, di una scelta che avrebbe potuto assumere anteriormente.

La donna, in sostanza, in ossequio al principio della vicinanza della prova, deve fornire la prova di un fatto psichico, di un atteggiamento volitivo considerato rilevante dalla legge e da esso posto a fondamento dell'interruzione della gravidanza. Non mancando di una certa sensibilità, le Sezioni Unite rilevano l'ovvia difficoltà di fornire la rappresentazione "immediata e diretta" di un fatto psichico, che pertanto non potrebbe esser oggetto di prova in senso stretto, ma al quale è possibile risalire, per via induttiva, tramite la dimostrazione di altre circostanze. A tale ricostruzione andrà applicata, successivamente, la concezione quantitativa o statistica della probabilità, «intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del "più probabile che no"»⁹.

Non può dunque essere accolto l'orientamento fatto proprio dalla Corte di appello di Firenze, che confermando la decisione di primo grado, ritiene che l'onere della prova di tutti i presupposti di cui all'art. 6 della l. n.194 ricada sulla gestante (compresa la prova – dal sapore forse diabolico – della volontà presunta e cioè del sicuro esercizio della scelta abortiva, ove correttamente informata della malformazione del nascituro).

⁷ Come precisato anche da Corte cost., n.27/1975, in *Giur. cost.*, 1975, con nota di C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, *ivi*, p. 1098.

⁸ SS.UU., n.25767/2015, *cit.*, p. 6 del testo

⁹ Cass. SS. UU., n.25767/2015, *cit.*, p. 9.

L'onere della prova resta dunque chiaramente in capo alla donna, e ad esso è possibile assolvere in via presuntiva, attraverso la cosiddetta *praesumptio hominis* di cui all'art.2729 del Codice civile.

Essa consiste «nell'inferenza di un fatto noto da un fatto ignoto, sulla base non solo di considerazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'*id quod plerumque accidit* – che il giudice non potrebbe accertare d'ufficio, se non rientrino nella sfera del notorio (art.115, secondo comma, cod. proc. civ.) – ma anche da circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche – emergenti dai dati istruttori raccolti»¹⁰.

Le Sezioni Unite, a questo proposito, forniscono una sorta di catalogo (ovviamente non esaustivo) di queste circostanze: il ricorso al consulto medico per conoscere e verificare le condizioni di salute del nascituro; le precarie condizioni psico-fisiche della gestante (eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio)¹¹; pregresse manifestazioni di pensiero che si caratterizzano come sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto.

L'obiettivo di questo sistema di raccolta dei dati istruttori è quello di inferire da essi, secondo un criterio di regolarità causale, gradi (anche variabili) di conferma dell'ipotesi che si intende accertare: vale a dire, la volontà della donna, se correttamente informata delle malformazioni del nascituro, di interrompere la gravidanza. Le Sezioni Unite affermando che tale raccolta di dati possa avere ad oggetto una pluralità di circostanze (anche atipiche), dimostrano di rifiutare la mera prefigurazione di elenchi di malformazioni o anomalie che giustifichino di per sé il ricorso all'aborto. Essi, per il loro carattere generale e astratto prefigurerebbero una sorta di inammissibile presunzione *juris tantum* e, inoltre, non sarebbero coerenti con una adeguata applicazione del principio della vicinanza della prova, autenticamente rispettosa della pluralità e complessità delle circostanze al verificarsi delle quali, alle condizioni indicate dalla legge, una donna può determinarsi ad interrompere la gravidanza.

Resta, in ogni caso, sul medico, la prova contraria del fatto che la donna - per qualsivoglia ragione personale – non avrebbe fatto ricorso all'aborto.

Le Sezioni Unite dunque cassano la sentenza della Corte di appello di Firenze nella parte riferita all'onere probatorio: correttamente ripartito in termini generali, ma “manchevole” nella parte in cui non considera la possibilità di giungere ad esso in via presuntiva, desumibile in concreto dai fatti allegati.

¹⁰ Cass. SS. UU, n.25767/2015, *cit.*, p. 10.

¹¹ Con riferimento al profilo delle “precarie condizioni psico-fisiche della gestante”, esso avrebbe forse richiesto qualche precisazione in più: si tratta infatti della condizione legittimante l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni ai sensi dell'art.6 della legge n.194/1978, che però risulta collegata all'accertamento di gravi processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro (nel caso della nascita indesiderata, non resi noti alla gestante), oppure della condizione di serio pericolo per la salute fisica o psichica collegata alla semplice “previsione” di anomalie o malformazioni del concepito (con un grado di certezza inferiore, derivante anche dallo stadio iniziale della gravidanza) di cui all'art. 4? Oppure, ancora, di una più generica condizione di mancata preparazione e volontà, in ragione di indicatori fisici e psichici, della donna ad accogliere la generalità delle ipotesi che la stessa legge n.194, all'art.2, definisce di «maternità difficile»?

La differenza sta nel fatto che nei primi due casi le precarie condizioni psico-fisiche costituiscono oggetto della prova in termini induttivi, trattandosi di volontà presunta, «fatto psichico [di cui] non si può fornire rappresentazione immediata e diretta», mentre nell'ultimo caso costituiscono una condizione verificabile già al tempo della gravidanza, che può emergere direttamente dai dati istruttori raccolti.

È pertanto configurabile un danno derivante dal mancato esercizio del diritto di scelta per eventuale negligenza del medico curante (anch'essa, come è evidente, oggetto di prova), che non potrà essere considerato *in re ipsa*, ma dovrà essersi tradotto in un danno effettivo. Con riferimento, poi, al contenuto di tale danno, esso potrà identificarsi con il danno alla salute prefigurato *ex ante* (danno da mancata interruzione della gravidanza, con lesione della libertà di autodeterminazione della donna nel ricorrere alla opzione abortiva) oppure estendersi anche a tutti i danni-conseguenza riconducibili all'ordinaria responsabilità aquiliana.

Il secondo tema che viene in rilievo, e che parimenti aveva generato un contrasto giurisprudenziale rilevato con ordinanza interlocutoria dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, è quello relativo alla legittimazione del nato malformato alla pretesa risarcitoria derivante dal danno per l'impossibilità di condurre un'esistenza sana e dignitosa.

L'azione, in astratto, è considerata ammissibile dalle Sezioni Unite, che rinviano alla propria elaborazione giurisprudenziale: essa ha riconosciuto, da un lato, risarcimento al nascituro, una volta acquistata con la nascita la personalità giuridica, del danno a lui derivante da un comportamento colposo verificatosi anteriormente alla nascita¹²; dall'altro, è pervenuta alla tutela del nascituro (prescindendo dalla questione relativa alla soggettività giuridica) considerandolo – anche sulla base degli indici favorevoli a questo approccio derivanti da numerose norme dell'ordinamento - oggetto di tutela¹³.

L'astratta ammissibilità dell'azione del soggetto nato per il risarcimento del danno da lui subito in ragione di un comportamento colposo verificatosi anteriormente alla nascita impone tuttavia alle Sezioni Unite di analizzare da un lato il contenuto del diritto che si assume leso, dall'altro il rapporto di causalità tra la condotta del medico e l'evento di danno. Questi due profili risultano tra di loro collegati in modo piuttosto penetrante.

Il *diritto a nascere sani*, riconducibile diritto alla salute di cui all'art.32 Cost., viene in considerazione qualora il comportamento omissivo o commissivo del medico abbia direttamente causato la malformazione lamentata dal soggetto attore.

Qualora invece, come nel presente caso, la condotta omissiva del medico (mancata corretta informazione sulle malformazioni del nascituro preesistenti e da lui non provocate) abbia privato la madre della facoltà direttamente riconosciutale dalla legge di interrompere la gravidanza, viene in considerazione l'esistenza o meno di un *diritto a non nascere se non sani*, rispetto al quale il sanitario, in ragione della propria omissione, si configurerebbe come autore mediato del danno (allo stesso modo, la gestante che – pure edotta dell'esistenza di malformazioni a carico del nascituro – decidesse, in ipotesi, di proseguire la gravidanza potrebbe essere chiamata a rispondere dal nato malformato).

La condotta omissiva del medico, nei due casi, a giudizio delle Sezioni Unite, non può essere considerata, con riferimento al rapporto di causalità con la nascita indesiderata, allo stesso modo, perché andrebbero ad equipararsi due ipotesi radicalmente diverse: l'una in cui la malformazione è preesi-

¹² Cass. sez.3, n. 11503/1993, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, 690 con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, *ivi*, p. 690 ss.

¹³ Cass. n. 5881/2000; Cass., sez. 3, n.9700/2011. Con riferimento a questa impostazione che considera il nascituro oggetto di tutela cfr., altresì, Corte cost., n.27/1975 e, per quanto riguarda la legislazione, la l. n.40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); la l. n.194/1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*); la l. n.405/1975 (*Istituzione dei consultori familiari*).

stente (perché, in ipotesi, geneticamente determinata), l'altra in cui essa è provocata, per esempio, da un farmaco dallo stesso prescritto alla gestante in assenza di una corretta comunicazione della sua pericolosità per la salute del nascituro.

Le Sezioni Unite successivamente passano ad analizzare più compiutamente il contenuto del diritto a non nascere se non sani, che si assume lesa nel caso posto al loro esame, e giungono alla perentoria affermazione per cui, all'interno del nostro ordinamento, «non si può parlare di un diritto a non nascere»¹⁴.

Il riconoscimento di tale diritto è impedito dall'applicazione tanto della categoria del danno-conseguenza, quanto di quella del danno ingiusto: entrambe, se pure con accenti diversi, richiedono una comparazione con una situazione preesistente/alternativa¹⁵ ed evocano il concetto di "bene della vita". Tale bene, tuttavia, nel presente caso, consisterebbe proprio nella negazione della stessa vita e dunque nella "non vita".

Si tratta, per le Sezioni Unite, di una evidente contraddizione, capace di mettere in crisi la stessa scala assiologica dell'ordinamento giuridico che vede collocato al proprio vertice il bene-vita. L'argomentazione addotta è significativa e, programmaticamente, rifiuta una sorta di (ideologica) presunzione *juris et de jure* di preferibilità della vita. La vita, infatti, è – come semplicemente e perentoriamente affermato dalle Sezioni Unite - «il presupposto stesso del diritto»¹⁶ e, pertanto, il supposto interesse a non nascere – in questa prospettiva – rende difficile, se non impossibile, il ricorso al concetto di danno.

Questa impostazione, se rifiuta l'esistenza di un diritto alla felicità rigidamente ricompreso entro il perimetro di una esistenza sana, come risulta evidente, esula dalla problematica del "fine-vita" dal momento che quest'ultima (a differenza del diritto a non nascere) presuppone una manifestazione positiva di volontà *ex ante*.

Tale manifestazione di volontà non potrebbe essere invocata dal nato malformato per il tramite della lesione (per mancata informazione sanitaria) del diritto di autodeterminazione della propria madre

¹⁴ Cass., SS. UU., n. 25767/2015, p. 18. Nella stessa pronuncia, p. 25, si sottolinea come il diritto a non nascere se non sano sia «ignoto al vigente ordinamento».

¹⁵ La comparazione tra la qualità della vita prima e dopo la nascita di un bambino portatore di handicap è possibile, oltre che per la madre, anche per il padre e i germani, con la configurazione del relativo danno-conseguenza (Cass., sez.3, n.6735/2002; Cass., sez.3, n.16754/2012). Essi risultano soggetti di una tutela di natura contrattuale secondo la teoria che ricollega il credito risarcitorio ai cosiddetti "doveri di protezione" nei confronti di parenti e conviventi. Su questo profilo, cfr. altresì L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in P. CENDON – P. ZIVIZ (ed.), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, pp. 255-256, per cui: «Il risarcimento del danno esistenziale dovrebbe avere la funzione di compensare la lesione di una sorta di normalità di vita, di una normalità però soggettivizzata secondo le aspettative e i progetti personali di ciascuno, ovvero in altre parole di ciò che ciascuno intende per «felicità» propria. (...) Quest'idea può anche essere opportunamente applicata ai rapporti tra estranei, che entrano in relazione tra loro in modo accidentale, come accade in caso di fatto illecito extracontrattuale, oppure in modo interamente collocato nel mondo e nella logica dei rapporti di scambio, come accade nel caso di inadempimento contrattuale. Ma i rapporti fra i membri della famiglia ristretta, quella cosiddetta nucleare, sono radicalmente diversi. Non sono rapporti fra estranei, casuali o fondati sullo scopo di scambio: sono anzitutto rapporti affettivi, che colpiscono e coinvolgono in modo profondo tutto l'essere delle persone; sono rapporti governati dalla logica della gratuità, del dono, cioè da una logica opposta a quella della corrispettività».

¹⁶ Cass., SS. UU., n.25767/2015, p. 18 del testo.

nel ricorso alla scelta abortiva: questa impostazione determinerebbe una indebita propagazione intersoggettiva dell'illecito (dal momento che renderebbe il medico autore mediato di un danno –la malformazione del nato – da lui non direttamente provocato), aprendo, come si è visto sopra –a contrario-, alla legittimazione al risarcimento del figlio anche nei confronti della madre che, pur edotta delle malformazioni del nascituro, decida di portare a termine la gravidanza. Quest'ultimo esito si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio* della prioritaria tutela offerta dalla legge n.194 del 1978 al libero dispiegarsi della volontà della gestante rispetto alla semplice "vita in formazione".

Le Sezioni Unite rafforzano l'argomentazione contraria al riconoscimento della legittimazione alla pretesa risarcitoria per il nato malformato, derivante dalla lesione del diritto a non nascere se non sano, con un corposo rinvio alla giurisprudenza maturata sul punto all'interno di ordinamenti stranieri. Esso dimostra come il risarcimento del nato malformato sia generalmente negato, sulla base: a) della considerazione per cui risulta improponibile, a fini risarcitori, un confronto tra vita malformata e non vita; b) della tendenza degli ordinamenti a compensare le difficoltà dell'esistenza malformata attraverso interventi di sostegno affidati alla solidarietà generale (con rifiuto di un utilizzo improprio dello strumento del risarcimento del danno in funzione "vicariale").

Paradigmatico, in questo senso, è l'ampio rinvio all'*affaire Perruche*¹⁷ e alla conseguente *Loi Kouchner*¹⁸ con cui nell'ordinamento francese si è ristabilito il primato della legge nella determinazione del rigoroso perimetro entro cui la persona nata con un handicap dovuto a colpa medica può ottenere il risarcimento e nella più generale enunciazione per cui nessuno può far valere un pregiudizio consistente nel solo fatto di essere nato.

L'argomento conclusivo utilizzato dalle Sezioni Unite è, poi, quello del rifiuto di una reificazione dell'uomo: questa, infatti, si produce laddove l'unica vita degna di essere vissuta sia considerata quella caratterizzata da un'integrità psico-fisica piena, con il rischioso corollario per cui esisterebbero vite aventi minore valore di altre.

E sarebbe lo stesso giudizio di minor valore della vita malformata a legittimare un risarcimento del danno (prospettato dai ricorrenti) derivante dall'inserimento del nato in un ambiente familiare non preparato ad accoglierlo.

Questa impostazione, a giudizio delle Sezioni Unite, va rifiutata stante l'impossibilità di stabilire un nesso causale tra la condotta colposa del medico e la pluralità di sofferenze psico-fisiche cui il nato

¹⁷ Cour de Cassation, Assemblée Plénière, decisione n.99-13701 del 27 novembre 2000, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, p. 209 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e in *Danno e resp.*, 2001, p. 475 ss., con nota di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*. Sull'*Affaire Perruche* cfr. anche A. GUARNERI, *Nascita di un figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 849 ss.; Sul dibattito accesi in Francia in seguito a tale decisione, da ultimo, v. J.S. BORGHETTI, *Le préjudice de vie handicapée et les nouvelles fonctions de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 419 ss. e M. CAVINO, *Il diritto a non nascere. Italia e Francia a confronto* in M. CAVINO, C. TRIPODINA (ed.), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, p. 16 ss.

¹⁸ *Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*, n. 2002-303 del 4 marzo 2002. In essa è previsto che la persona nata con un *handicap* dovuto a colpa medica possa ottenerne il risarcimento quando l'atto colposo abbia provocato direttamente, abbia aggravato l'*handicap* o non abbia permesso di prendere misure in grado di attenuarlo.

malformato sarò destinato nel corso della vita e con il rischio di una indebita «patrimonializzazione dei sentimenti, in una visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti»¹⁹.

3. Nella trama della decisione: la nascita indesiderata e la nascita malformata come tema e problema di diritto costituzionale

La pronuncia delle Sezioni Unite, con esiti alternativi rispetto alle pretese dei ricorrenti, fa chiarezza rispetto ai due punti controversi e sicuramente meglio definisce alcuni nodi problematici che caratterizzano i casi di *wrongful birth* e *wrongful life*. Volendo riassumere: a) si ammette che l'onere della prova (a carico della donna) relativo alla sua determinazione di abortire, se (*ex ante*) correttamente informata delle malformazioni del nascituro, possa essere assolto anche per via presuntiva attraverso lo strumento della *praesumptio hominis* (art.2729 cod. civ.) ossia dell'inferenza di un fatto ignoto da un fatto noto; b) si nega l'esistenza di un diritto a non nascere se non sani e della conseguente pretesa risarcitoria derivante dal fatto stesso di essere nato malformato.

Possiamo valutare se la selezione, operata dalle Sezioni Unite rispetto ad una pluralità di orientamenti contrastanti, abbia raggiunto un risultato coerente con i principi costituzionali invocati dai ricorrenti (in particolare, gli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione).

Senza dubbio l'articolo cardine è l'articolo 32 che tutela il diritto alla salute, obiettivo unitario che accomuna la protezione della donna gestante e del nascituro (se pure con il bilanciamento previsto dalla l. n.194/1978). Rispetto alle vicende che possano coinvolgere la salute della donna e del nascituro, la legge prevede –alle condizioni da essa previste – l'esercizio della libera autodeterminazione della donna nella scelta se proseguire o interrompere la gravidanza (in una visione, per così dire combinata, degli articoli 2 e 31 della Costituzione, in cui la protezione della maternità è obiettivo della Repubblica, ma, allo stesso tempo, opzione della donna gestante che alle condizioni di legge può sottrarsi).

Più problematico è l'intreccio tra gli articoli 2, 3 e 32 Cost. in relazione al nato malformato. Il danno da esso in ipotesi lamentato – nel presente caso, per il tramite dei genitori – deriva dal fatto stesso della nascita e postula una minore dignità della vita malformata rispetto vita sana, a tal punto minore da rendere in sostanza preferibile non essere nati. La sola misura del ripristino dell'eguaglianza rispetto alla vita sana sarebbe il risarcimento del danno di cui l'autore mediato sarebbe il sanitario che abbia omesso gli accertamenti necessari a fornire alla madre gestante le tutte le informazioni utili a determinarsi eventualmente ad abortire una volta accertate le malformazioni del feto. Tale risarcimento andrebbe calcolato non soltanto con riferimento alla nascita in sé (evento non voluto), ma anche con riguardo alla prospettiva dell'intero percorso di vita segnato dalla malattia, alle difficoltà della vita di relazione, all'inserimento in un ambiente familiare eventualmente non preparato ad accogliere un soggetto portatore di *handicap*.

Ci si potrebbe chiedere, a fronte della complessità e anche dell'ambivalenza rispetto a questi principi costituzionali, quale sia la posizione assunta dalle Sezioni Unite.

La prospettiva adottata appare essere quella della dignità: sia con riferimento alla posizione della madre, sia con riferimento alla posizione del nato malformato²⁰.

¹⁹ Cass. SS. UU. n. 25767/2015, p. 26 del testo.

Programmaticamente, nella decisione è precisato come non sempre siano perseguibili percorsi di giustizia sostanziale al di fuori delle coordinate giuridiche fornite dall'ordinamento. Né, d'altro canto, è auspicabile che sia la giurisprudenza a formulare orientamenti di valore, spesso viziati da pregiudizi e schieramenti ideologici. Il rifiuto dell'approccio giuspolitico (terreno di competenza esclusiva del legislatore) non esclude, tuttavia, l'interpretazione della disciplina vigente «nel più completo approfondimento delle potenzialità in essa insite [anche sulla base di] considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di particolari circostanze»²¹.

L'individuazione delle caratteristiche dell'onere della prova cui è assoggettata la donna nel caso specifico è una questione di autodeterminazione e perciò (anche) di dignità. La difficoltà di fornire *ex post*, la prova della effettiva volontà di abortire qualora *ex ante* adeguatamente informata delle malformazioni del nascituro impone alla donna la difficile dimostrazione non di un fatto storico, ma di un fatto psichico, di una volontà presunta. Per questo motivo le Sezioni Unite, contrariamente a quanto prospettato dalla Corte di Appello di Firenze, precisano che a tale onere è possibile assolvere anche in via presuntiva, dal momento che la prova del positivo esercizio della scelta abortiva «implica un impervio accertamento induttivo anche delle convinzioni di ordine umano, etico ed eventualmente religioso, oltre che delle condizioni di salute psico-fisica esistenti all'epoca, che avrebbero concorso a determinare l'incoercibile decisione di interrompere, o no, la gravidanza»²².

Le Sezioni Unite fanno a questo proposito, come si è avuto modo di vedere, riferimento alla *praesumptio hominis* di cui all'art.2729 cod. civ., e quindi della possibilità di desumere un fatto ignoto da un fatto noto, che può essere integrato da una serie di circostanze anche atipiche. Rispetto all'atipicità di queste circostanze ci si potrebbe chiedere quali fra di esse effettivamente possano venire in rilievo con riferimento alla relazione medico-paziente, costituendo oggetto di una comunicazione chiara e univoca (oltre che, eventualmente, di linee guida e buone pratiche accreditate²³) riguardante le determinazioni presenti e future della gestante²⁴.

²⁰ Sul tema della dignità in relazione al progresso scientifico, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012, p. 184, il quale afferma che se l'età moderna è stata caratterizzata dalla “rivoluzione dell'eguaglianza”, «la “rivoluzione della dignità” segna un tempo nuovo, è figlia del Novecento tragico, apre l'era del rapporto tra persona, scienza e tecnologia». Parla di dignità come «simmetria delle relazioni» J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 35, in contrapposizione al rischio di una progressiva tendenza alla «correzione dell'uomo» in ragione della «oggettivazione tecnica della natura umana», *ivi*, pp. 42-43. Il progresso tecnico-scientifico, che ha l'obiettivo di migliorare la qualità della vita e dunque la dignità degli esseri umani assume su di sé il rischio di condurre «to a new radical form of domination of some humans over others. In other words, science and technology, which are usually esteemed as expressions of human dignity, seem to blur the sharp boundaries between humanity and nature, and thus, erode the notion of dignity itself», R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2, 2001, p. 165.

²¹ Cass., SS. UU., n.25767/2015, p. 13 del testo.

²² Cass, SS. UU., n.25767/2015, p. 9 del testo.

²³ A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1, 2014, p. 24 ss.

²⁴ Come rilevato da G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 196: «L'informazione del paziente si configura non tanto come presupposto del consenso –consenso che per essere libero e consapevole deve essere, appunto, informato – ma piuttosto come obbligo integrativo di quelli tipici della

4. Conclusioni. Essere o non essere? Un problema (e una risposta) di diritto positivo

Le Sezioni Unite, in premessa alla propria argomentazione in tema di insussistenza del diritto a non nascere se non sani, sottolineano come l'affermazione o la negazione dello stesso risponda a precisi orizzonti etici e filosofici, forse anche antropologici, i quali si ricollegano a principi talvolta eccentrici rispetto a quelli dell'ordinamento giuridico.

Alla domanda se sia meglio: "Essere o non essere?" le SS. UU. rispondono, convintamente: "Essere", nel senso di "essere per il diritto", in quanto la vita del soggetto è il presupposto stesso del diritto. Secondo questa impostazione, non solo il diritto a non nascere non è un diritto, ma il "bene" che pretende di tutelare, ossia la "non -vita", rende improduttivo lo stesso concetto di danno lamentato da chi non avrebbe mai voluto essere nato e perciò, nel presente caso, non consente la legittimazione al risarcimento dello stesso da parte del nato malformato.

Questa soluzione, che soltanto all'apparenza potrebbe sembrare affetta da formalismo, ha il pregio di affermare con forza (e il rinvio *all'affaire Perruche*, in questo senso, non appare scontato) il ruolo centrale della solidarietà generale, della «Solidarité envers les personnes handicapées» richiamata in Francia dalla *Loi Kouchner*. Essa ha il compito di promuovere, a un tempo, l'eguaglianza sostanziale e il diritto alla salute, il sostegno alle famiglie, all'infanzia e alla maternità.

Non a caso, proprio la legge n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza, all'articolo 2 fa riferimento anche a meccanismi di sussidiarietà orizzontale attraverso la collaborazione volontaria con i consultori da parte di idonee formazioni sociali di base e di associazioni del volontariato, con l'obiettivo – tra gli altri - di aiutare «la maternità difficile dopo la nascita»²⁵.

La legge n.194, che nella sua *ratio* e nella sua architettura complessiva costituisce il punto di partenza entro cui le Sezioni Unite elaborano la propria decisione e risolvono il duplice contrasto interpretativo, ne configura dunque anche il punto di arrivo: il riferimento alla "maternità difficile" prima e dopo la nascita rappresenta un orizzonte rispetto al quale giudici e legislatori, ciascuno secondo i rispettivi ambiti di competenza²⁶, non possono restare indifferenti.

prestazione professionale. In altre parole, tra le obbligazioni del medico va compresa non solo quella di curare bene il paziente, ma anche quella di dargli buoni consigli e giuste informazioni perché possa scegliere tra le varie soluzioni quella che ritiene migliore. (...) Si può dunque parlare di un vero e proprio obbligo di consulenza, distinto rispetto a quello di cura, il cui inadempimento o inesatto adempimento può essere fonte di responsabilità medica».

²⁵ In alcun modo il "peso" della sofferenza (eventualmente anche risarcibile) è occultato. Il legislatore lo contempla e non lo priva di valore, ma trova nella solidarietà generale il rimedio ad esso. A questo proposito, risultano ancora illuminanti le osservazioni di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996, p. 119: «qualche volta la maniera migliore di affrontare un conflitto tra convinzioni morali è trovare un modo che mantenga il senso dell'offesa e, in un certo senso, preservi le convinzioni morali che escono sconfitte dal conflitto. Vale a dire, il perdente potrebbe essere più disponibile ad accettare la sconfitta, se il perdere non significasse che la società non considera più rilevanti i suoi valori».

²⁶ Come rilevato da P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti. Verso un nuovo equilibrio*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER (ed.), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, pp. 359-60 (corsivo testuale), risulta utile «prendere atto di un processo di trasformazione nei rapporti tra legislatore e giudice che ormai non appare più reversibile» ed essere consapevoli «che questo processo ha conosciuto e potrà conoscere anche fasi conflittuali, ma in una logica nella quale a prevalere dovrebbe essere il *necessario concorso* e il *reciproco condizionamento* di entrambi i soggetti nella realizzazione [e] attuazione del patrimonio rappresentato dai principi costituzionali».