



Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"
Catania 7-8 giugno 2013
"La famiglia davanti ai suoi giudici"

GIANLUCA FAMIGLIETTI
FILIAZIONE E PROCREAZIONE

SOMMARIO: 1. Il principio di non discriminazione tra i figli. – 2. La filiazione senza aggettivi. – 3. Famiglia e parentela. – 4. Gli effetti sul riconoscimento. – 5. La prova della filiazione. – 6. Filiazione e tecniche di fecondazione assistita consentite e vietate (donazione di gameti, fecondazione *post mortem* e maternità surrogata). – 7. La procreazione come diritto. – 8. La nascita indesiderata e il paradosso della non-nascita. – 9. La fecondazione assistita e la libertà procreativa. – 10. Concepito o embrione? – 11. Una legge sotto assedio. – 11.1 (*Segue*): il diritto al figlio. – 12. Il divieto di donazione dei gameti. – 13. Filiazione senza procreazione.

1. IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE TRA I FIGLI

È stato efficacemente osservato come tra le Corti sovranazionali (specie quella di Strasburgo) e le Corti nazionali (specie quella costituzionale) sia mancata quella circolazione di idee e di modelli – su altri temi feconda invece di apprezzabili esiti – proprio in merito al mantenimento nell'ordinamento statale di una disciplina diversificata dei diritti dei figli, a seconda che siano legittimi o naturali, biologici o adottivi¹. Le ragioni di questo dialogo difficile (per non dire inesistente) stanno con ogni probabilità nella distanza che separa i rispettivi parametri di giudizio: da un lato la Convenzione, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo nelle decisioni rese con riguardo all'art. 14 (ma anche all'art. 8) che, fra le altre, proibisce ogni discriminazione fondata sulla *nascita*², un sistema convenzionale che «*non contempla neppure l'esistenza* di quel soggetto – la famiglia legittima o l'istituzione familiare – che negli ordinamenti nazionali ha storicamente ricoperto il ruolo di "terzo incomodo" da tutelare insieme ai genitori e ai figli, ed eventualmente

¹ E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 296.

² Fin dal *leading case Marckx c. Belgio*, 13.6.1979, in cui i giudici di Strasburgo censurano il contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU delle norme del Codice civile belga che subordinavano al riconoscimento della madre nubile l'accertamento della filiazione promosso nei suoi stessi confronti e limitavano i diritti successori del figlio e gli effetti del riconoscimento ai soli rapporti tra genitori e figlio, con esclusione quindi dei parenti naturali; dinanzi ad una legislazione nazionale tendente perciò ad assicurare il pieno sviluppo della famiglia, la Corte fece prevalere su ogni altra considerazione la necessità di accordare piena tutela ai diritti dei singoli, specie dei figli, e al principio di non discriminazione.

anche a scapito di questi ultimi, se nati fuori dal matrimonio»³; dall'altro la Costituzione, che non annovera la *nascita* tra i fattori di discriminazione da cui il legislatore deve rifuggire (art. 3) e che detta norme sulla filiazione che risentono di una visione nient'affatto individualistica dei diritti familiari, essendo invece rispondenti ad una concezione comunitaria della famiglia, rispetto alla quale i diritti dei singoli vivono giocoforza una dimensione recessiva.

Con ciò non si può non riconoscere alla Corte costituzionale il merito – come meglio si dirà – di aver accompagnato, talvolta anticipandolo, il percorso legislativo che ha condotto alla progressiva unificazione dello stato di figlio e alla scissione tra filiazione e matrimonio⁴. Sia pure con i margini di manovra assai stretti consentiti dal tenore letterale delle disposizioni costituzionali che mantengono la distinzione tra figli legittimi e naturali, la Corte è però riuscita ad affermare – anche con scelte lessicali potenti – che la «clausola generale di riconoscimento dei diritti della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio [...] non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»⁵; l'applicazione all'interno dei rapporti familiari del principio di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, di fatto coincide con una maggiore valorizzazione dei diritti dei singoli componenti la famiglia.

Tracciate queste brevi coordinate, nelle pagine che seguono si è scelto di centrare l'analisi sulla recente legge 10 dicembre 2012 n. 219, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali» che, andando ben oltre il titolo, ha finalmente realizzato la parificazione di tutte le forme

³ È ancora quanto osserva E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, cit., 302 (i corsivi sono dell'A.).

⁴ Nel campo della filiazione naturale, specie nella fase antecedente alla Riforma del 1975, la Corte costituzionale svolse un ruolo chiave nel leggere i rapporti familiari tra principio di uguaglianza *ex* art. 3 e criterio di compatibilità *ex* art. 30, comma 3, Cost. all'insegna di una tendenziale equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi condizionata alla mancanza di una famiglia legittima da tutelare (si rinvia ancora a E. LAMARQUE, *sub* Art. 30, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 634 ss.); tra le pronunce più significative si ricorderà Corte cost. n. 79/1969 che dichiarò gli artt. 467, 468 e 577 c.c. incostituzionali per contrasto con l'art. 30, comma 3, dal momento che estendevano la nozione di membri della famiglia legittima tutelati dal principio di compatibilità ai componenti della compagine familiare costituita con il matrimonio degli ascendenti del genitore naturale; Corte cost. n. 7/1963 che riconobbe l'art. 123, comma 1, disp. trans. c.c. contrastante con gli artt. 3 e 30, comma 3, Cost., poiché attribuiva il diritto di agire per la dichiarazione di paternità nei casi previsti dall'art. 269 c.c. solo ai nati dopo il 1° luglio 1939; in materia successoria, oltre alla ricordata sent. n. 79/69, centrale risultò la declaratoria di incostituzionalità pronunciata da Corte cost. n. 205/1970 della limitazione della capacità di succedere per testamento dei figli naturali non riconoscibili di cui all'art. 593, comma 1, c.c. per contrasto col principio di uguaglianza; con Corte cost. n. 121/1974 il Giudice delle leggi dette invece concreta applicazione all'art. 30, comma 1, Cost. ravvisando che con esso contrastava l'art. 279 c.c., laddove, nei casi di divieto di indagine sulla paternità e sulla maternità o di impossibilità di proposizione dell'azione giudiziale di paternità, nelle ipotesi indicate ed in aggiunta al diritto agli alimenti, la norma codicistica non accordava al figlio naturale adulterino od incestuoso i diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione; infine Corte cost. nn. 50/1973 e 82/1974 che annullarono, per violazione degli artt. 3 e 30, comma 3, Cost., le previsioni degli artt. 539, 545, 546 e 575 c.c.

⁵ Così Corte cost. n. 494/2002, anche se nell'occasione – ma sul punto si ritornerà più avanti – la Corte non censura il divieto di riconoscimento dei figli da parte dei genitori incestuosi (art. 251, comma 1, c.c.), dichiarando però l'incostituzionalità dell'art. 278, comma 1, nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato.



di filiazione introducendo un unico *status* di figlio, superando così ogni forma di discriminazione nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio. L'Italia esce così da una posizione pressoché isolata nel panorama legislativo del Vecchio Continente, benché nelle altre esperienze la progressiva attenuazione delle distinzioni tra figli, culminate nell'unificazione degli *status*, sia avvenuta con modalità e ampiezza dei diritti riconosciuti non sempre identiche⁶. Non solo: con questo provvedimento si dà finalmente un senso alla firma della (dimenticata?) Convenzione europea sullo status giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio (Strasburgo, 15 ottobre 1975), che avrebbe dovuto impegnare anche il nostro Paese nell'opera di equiparazione degli *status* giuridici dei figli⁷.

2. LA FILIAZIONE SENZA AGGETTIVI

La disposizione attorno a cui ruota la novella è quella del nuovo art. 315 c.c., significativamente rubricato *Stato giuridico della filiazione*: «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico»⁸. E il nuovo art. 315-bis c.c. riconosce a *qualunque* figlio, nato nel matrimonio, fuori da esso o adottivo, «il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni», il «diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti»; se dodicenne, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, il «diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano»; egli, per altro verso, «deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa». In tal modo ai tradizionali *doveri verso i figli* di cui all'art. 147 c.c. – l'obbligo di mantenerli, istruirli ed educarli assecondandone le inclinazioni – si aggiunge il diritto dei figli all'*assistenza morale* dei genitori, potremmo dire il *diritto alla cura e all'affetto* (e *all'amore*) indispensabili per la loro crescita⁹.

Il recente intervento legislativo costituisce l'approdo ultimo (o meglio, penultimo, visto il poderoso lavoro che attende il legislatore delegato) di un percorso di avvicinamento tra la disciplina della filiazione legittima e quella della filiazione naturale da tempo invocato dalla dottrina¹⁰, una

⁶ Utili indicazioni in prospettiva comparata si trovano in P. SANNA, *Modelli extramatrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro*, in F. Manolita-M. Gorgoni (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, Napoli, 2009, 381 s. e in A. RENDA, *Equiparazione od unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 104 ss.

⁷ L'Italia sottoscrisse la Convenzione l'11 febbraio 1981 senza che però seguisse mai la ratifica.

⁸ Ne discende l'abrogazione (*ex art. 1, comma 10, l. 219/2012*) dell'intera Sezione II del Capo II del Titolo VII del Libro I del Codice civile, quella dedicata alla *legittimazione dei figli naturali* (artt. 280-290).

⁹ Ne consegue il cambiamento della rubrica del Titolo IX del Libro I (artt. 315-342) che diventa *Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio*.

¹⁰ Si ricordino, tra i tanti, M. SESTA, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IV, *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), Torino, 2011, spec. 4 ss.; G. FERRANDO, *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2008, 635 ss.; T. AULETTA, *Prospettive di unificazione dello status di filiazione*, in *Fam. dir.*, 2007, 1064 ss.; E. FALLETTI, *La lunga strada dell'equiparazione tra filiazione legittima e*

disciplina, quella del codice del '42, che contrapponeva nettamente – almeno fino alla Riforma del 1975 – la filiazione legittima a quella *illegittima*¹¹ (quest'ultima *species* declinata nella tradizionale tripartizione tra figli naturali, adulterini ed incestuosi), fruendo la prima di un'ampia tutela giuridica, cui corrispondeva identica valutazione sociale, di assoluta preminenza¹². In tal modo l'ordinamento non mirava a discriminare i figli su base etica, ma ad assicurare centralità e dignità alla sola famiglia legittima, concepita come l'unica istituzione in grado di assolvere ai compiti di mantenimento, istruzione ed educazione necessari per assicurare un'ordinata vita sociale; al di fuori della famiglia legittima vi era il disordine, non solo etico, ma anche sociale¹³.

L'entrata in vigore della Costituzione, con la proclamazione all'art. 30 del *dovere* e del *diritto* dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, pare tracciare l'orizzonte di un dovere-diritto incondizionato, benché il riconoscimento di ogni tutela giuridica e sociale per i figli naturali venga dal terzo comma subordinato all'idea della *compatibilità* con i diritti dei membri della famiglia legittima¹⁴: se dunque la Carta del '48 da un lato introduce il

naturale, in *Vita not.*, 2007, 364 ss.; E. LAMARQUE, *sub Art. 30*, cit., 623 ss.; C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. famiglia*, 2006, 207 ss.

¹¹ Opportunamente E. FALLETTI, *La lunga strada dell'equiparazione tra filiazione legittima e naturale*, cit., 364, sottolinea come la differenza di trattamento che il Codice del 1942 riservava ai figli naturali rispetto ai figli legittimi trovava le sue radici storiche nel diritto romano che distingueva tra *filius iustus* o *legitimus* e *naturales* o *vulgo concepti*, una distinzione sopravvissuta alla Rivoluzione francese e trasmessa nel *Code Napoléon*, nei codici preunitari e nel Codice civile italiano del 1865 che di quello francese – come è noto – costituiva traduzione pressoché letterale.

Osserva al riguardo P. SANNA, *Modelli extramatrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro*, cit., 369, che se nella codificazione del '42 i profili discriminatori emergevano già a livello definitorio, il codice Grandi sembrava addirittura più arretrato della stessa Codificazione “a vapore”, se si considera che il Codice del 1865, nel distinguere tra i vari tipi di filiazione, non parlava di “filiazione legittima” e “filiazione naturale”, ma di “filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio” (Capo I) e di “filiazione della prole nata fuori di matrimonio” (Capo III).

¹² Cfr. M. SESTA, *La filiazione*, cit., 4-5, che osserva come il modello familiare accettato – e quindi legittimo perché conforme al diritto ed al costume – fosse quello fondato sul matrimonio, che rappresentava l'unico ambito in cui la filiazione trovava una protezione piena: «il presupposto implicito del sistema – ben avvertito nel costume sociale – era che la filiazione, per essere lecita, dovesse sempre originare da genitori uniti in matrimonio». Solo i figli concepiti nel matrimonio ricevevano dunque una vera ed integrale tutela; i nati da unioni di fatto o da rapporti occasionali, specie se in conflitto col vincolo matrimoniale, subivano un trattamento peggiore: basti ricordare l'originaria formulazione dell'art. 252 c.c. che impediva il riconoscimento del figlio adulterino al genitore che al tempo del concepimento non era unito in matrimonio, a meno che il matrimonio fosse sciolto a causa della morte dell'altro coniuge; così pure, sul fronte successorio, quando oltre ai figli legittimi il defunto lasciava figli naturali, a questi ultimi spettava una quota corrispondente alla metà di quella spettante ai figli legittimi, purché, complessivamente, la quota dei figli legittimi non fosse inferiore al terzo dell'eredità; ai figli legittimi, inoltre, era riservata la facoltà di pagare in denaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali (art. 574 c.c.); nel caso in cui concorrevano con il coniuge del genitore, ai figli naturali spettavano 2/3 dell'eredità, mentre al coniuge 1/3 dell'eredità (artt. 575 e 582 c.c.). A conferma della coscienza sociale dell'epoca, ammoniva L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, 167, «riconoscere ad essi [ai figli naturali] una quota uguale sarebbe stata un'ingiuria alla famiglia legittima; escluderli totalmente un'ingiuria al vincolo di sangue col genitore, qualunque esso sia». L'A. ricorda anche che i codici preunitari negavano ai figli naturali qualunque diritto di successione in concorso con i figli legittimi.

¹³ Ancora M. SESTA, *La filiazione*, cit., 5.

¹⁴ Sul limite della compatibilità cfr. E. LAMARQUE, *sub Art. 30*, cit., spec. 634 ss. e M. BESSONE, *sub Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1976, 86 ss.



principio della responsabilità per il fatto della procreazione¹⁵, dall'altro rinvia alla legislazione ordinaria la disciplina della famiglia del figlio nato fuori dal matrimonio, senza tuttavia raggiungere risultati immediati, complici quei pregiudizi ideologici che Pietro Rescigno affrontava in un noto saggio¹⁶.

Decisiva nel percorso di avvicinamento dei due versanti della filiazione è – come è noto – la riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975) che opera per la filiazione naturale (non più definita *illegittima*) la parziale parificazione con quella legittima. Se il contesto culturale e sociale nel quale matura la Riforma del '75 è ben diverso rispetto a quello di trent'anni prima (è evidente che quella riforma vede la luce *proprio* perché il contesto era diverso), resta tuttavia maggioritaria – e difficile da scardinare – l'idea della impossibilità di equiparare *in tutto e per tutto* ai figli legittimi quelli nati fuori dal matrimonio, non soltanto il figlio naturale *in senso proprio*, ossia generato da una coppia senza legami, ma anche il *figlio adulterino*, del quale uno o entrambi i genitori sono uniti con terzi in matrimonio, e quello *incestuoso*, i cui genitori hanno vincoli di parentela o affinità. La dicotomia – assai risalente¹⁷ – su cui tale discriminazione insiste è quella tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis*, che considera prioritario e prevalente l'interesse super-individuale della famiglia sulla verità della paternità, in base alla concezione, accolta a livello sociale, che gli effetti giuridici del rapporto intercorrente tra i genitori possano riflettersi sui figli; la visione su cui tale idea poggia è dunque (ancora) quella della famiglia legittima, l'unica (adesso) riconosciuta dall'art. 29 Cost., e l'unica che non può perdere la garanzia dei privilegi di ordine personale e patrimoniale che le leggi assicurano ai suoi membri. In altri termini, la Riforma del 1975, pur lasciando aperto più di uno spazio alla equiparazione incondizionata dei figli, rese il Codice civile coerente con la Costituzione, accordando al *figlio* piena tutela giuridica nei confronti del genitore indipendentemente dalla natura della filiazione, presentandosi in tal modo il rapporto di filiazione sostanzialmente omogeneo, indipendentemente cioè dal vincolo matrimoniale tra i genitori¹⁸. Ma se da un lato la l. 151 ha consentito di superare molte delle discriminazioni¹⁹ a danno della filiazione naturale, ha dall'altro

Su tutti questi profili si veda anche la Relazione di F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*.

¹⁵ Emblematicamente colta da Cass. civ., sez. I, 9 giugno 1990, n. 5633 (passaggio poi ripreso da Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2004, n. 6365) secondo cui il precetto costituzionale indirizza il legislatore ad una regolamentazione del tema informata al principio del dovere (nel senso di obbligo) del genitore di mantenere, istruire ed educare i figli in funzione del solo fatto materiale della procreazione e senza alcun vincolo con il riconoscimento formale della paternità o maternità naturale; al principio, cioè, per cui il diritto al mantenimento deve trovare la sua fonte immediata nel fatto della procreazione e non nello *status* formale di figlio naturale.

¹⁶ Il riferimento è a *La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Riv. dir. matr.*, 1965, 35 ss.

¹⁷ In argomento non può non richiamarsi il noto caso deciso dalla Corte di Appello di Firenze, 12 aprile 1949, in cui fu avallata l'utilizzazione indiscriminata del *favor legitimitatis*. In particolare, fu dichiarata l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità da parte del presunto padre di pelle chiara – coniugato con donna della medesima razza – con riguardo al nato di colore. Si trattò, con tutta evidenza, di un caso d'adulterio “conclamato”, ritenendo tuttavia la Corte “assorbente” il rapporto di coniugio ed insormontabile lo *status filiationis* irreversibilmente consolidatosi all'indomani della nascita in costanza di matrimonio (la decisione è reperibile in *Mon. trib.*, 1949, 293 ss.).

¹⁸ È quanto osserva M. SESTA, *La filiazione*, cit., 7.

¹⁹ Si pensi alla possibilità che il figlio adulterino ha di essere riconosciuto dal padre e dalla madre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento (art. 250 c.c.), o all'ampliamento delle ipotesi di



lasciato in piedi la contrapposizione stessa tra questa e la filiazione legittima, unitamente al mantenimento di taluni limitati privilegi in favore di quest'ultima²⁰.

La successiva opera della Corte costituzionale e dei giudici comuni, anzitutto quelli di legittimità, ha supportato l'ulteriore avvicinamento dei due emisferi della filiazione; così come in direzione dell'equiparazione tra famiglia naturale e famiglia legittima, proprio rispetto ai rapporti di filiazione, si è mosso il legislatore stabilendo che le norme sull'affidamento condiviso dei figli (l. 54/2006) si applicassero anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

È su un terreno in gran parte arato dai giudici e in misura minore, ma con accenti significativi, dal legislatore e in un contesto culturale (ancora una volta) diverso che è ha visto la luce la riforma del dicembre 2012, una riforma che in parte è in grado di produrre effetti sin da subito, sin dalla sua entrata in vigore il 1° gennaio 2013, ma che in misura notevole affida al legislatore delegato la sua piena attuazione.

Tra le novità introdotte²¹, oltre alla già ricordata disposizione sull'unicità dello *status* dei figli (nuovo art. 315 c.c.) e come diretta conseguenza di quella, sta la previsione – la cui portata non è meramente lessicale – per cui nel Codice civile le parole «figli legittimi» e «figli naturali», ovunque ricorrano, sono sostituite dal termine «figli» (art. 1, c. 11). Al riguardo è appena il caso di segnalare

disconoscimento dello *status* di figlio legittimo e di riconoscimento di quello di figlio naturale, con la previsione che la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo (art. 269 c.c.). A quest'ultimo riguardo è vero anche che in virtù dell'art. 30, comma 4, Cost. («La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità»), possono esistere dei confini alla possibilità dell'accertamento giudiziale della paternità; tuttavia a fronte di un accentuato favore per una conformità dello *status* alla realtà della procreazione – chiaramente espresso nel progressivo ampliamento in sede legislativa delle ipotesi di accertamento della verità biologica – il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che il quarto comma dell'art. 30 della Costituzione non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ma ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore (così Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2001, n. 1264). In dottrina v. E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, 1998.

²⁰ Emblematicamente rappresentati, oltre che dalla disciplina dell'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima e dal meccanismo dell'attribuzione del cognome, dal terzo comma dell'art. 537 c.c. relativo alla facoltà di commutazione, ossia alla possibilità per i figli legittimi di soddisfare la quota di eredità dei figli naturali, che non vi si oppongono, in denaro o in beni immobili ereditari; e dalla disposizione sul riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c.), nati cioè da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, i quali non possono essere riconosciuti dai genitori, a meno che questi al momento del concepimento ignorassero il vincolo esistente tra loro oppure sia stato dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità; se ad essere stato in buona fede è solo uno dei genitori, lui solo può effettuare il riconoscimento, riconoscimento che in ogni caso è autorizzato dal giudice avuto riguardo all'interesse del minore, evitandogli qualsiasi pregiudizio.

²¹ Per un'analisi complessiva del provvedimento v. C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.; nel corso dell'iter parlamentare v. le osservazioni di M. SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza all'unicità dello status*, in *Fam. dir.*, 2012, 962 ss., e di V. CARBONE, *Le nuove proposte su filiazione e rapporti di parentela*, in *Corriere giur.*, 2011, 1314 ss.



che nel Codice le espressioni sostituite sono talvolta impiegate al singolare, ma al tempo stesso apparirebbe incongruo e contraddittorio che la correzione valesse soltanto per le espressioni formulate al plurale: dunque, il canone dell'intenzione del legislatore consente di ritenere la revisione operante anche rispetto al «figlio legittimo» e al «figlio naturale». È forse più problematico intravedere un'analogia soluzione, espressa in termini altrettanto netti, per espressioni quali «filiazione naturale» e «filiazione legittima»: la correzione va operata con la parola «filiazione»? Con ogni probabilità il lavoro del legislatore delegato dovrà riguardare anche il coordinamento in questa direzione²².

3. FAMIGLIA E PARENTELA

Quanto alla distinzione tra la famiglia “coniugale” e quella “parentale”, dicotomia che risente della distinzione sociologica tra famiglia “allargata” e famiglia “nucleare”, il nostro ordinamento ha manifestato la netta preferenza in favore di quest'ultima, relegando le figure parentali, nell'ambito dei rapporti intergenerazionali, a ruoli e funzioni di mera supplenza, senza privilegiare affatto la relazione personale: emblematico in tal senso l'art. 148 c.c. che, nel contesto della famiglia legittima, obbliga l'ascendente esclusivamente a corrispondere gli alimenti, senza che su di lui gravi alcun obbligo di istruire e mantenere i nipoti, ma solo quello di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli²³. Così almeno fino alla l. 219/2012

²² In base all'art. 2, comma 1, l. 219/2012 il Governo è delegato ad adottare entro la fine di quest'anno uno o più decreti diretti ad eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 Cost.; a tal fine sono ivi indicati i principi e i criteri da seguire ulteriori rispetto a quelli di cui agli artt. 315 e 315-bis c.c., come rispettivamente sostituito e introdotto dall'art. 1 della stessa legge n. 219.

²³ È quanto nota A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, IV ed. a cura di L. Fadiga, Bologna, 2008, 181-182, che evidenzia che se sulla famiglia coniugale gravano non soltanto meri obblighi di tipo patrimoniale ma anche significativi obblighi relazionali e di solidarietà integrativa, da quella parentale discendono significativi obblighi giuridici anche di natura personale, solo però eventualmente ed indirettamente.

Un orientamento accolto anche dalla giurisprudenza costituzionale: se nella sent. n. 54/1960 la Corte aveva inteso per famiglia legittima non solo quella formata dal matrimonio del padre naturale, ma anche quella costituita con il matrimonio con gli ascendenti di lui, nelle successive sentt. nn. 79/69, 50/73, 82/74 (queste già richiamate) e 55/1979 ha modificato la propria giurisprudenza, affermando che la famiglia legittima alla quale fa riferimento l'art. 30, comma 3, Cost. non è quella “allargata” agli ascendenti ed ai collaterali, ma quella “nucleare”, composta dal coniuge e dai figli legittimi. Più di recente, nella sentenza n. 335 del 2009, la Corte, dopo avere menzionato l'art. 30, terzo comma, Cost., ricorda il duplice significato normativo attribuito dalla propria giurisprudenza al precetto costituzionale che, dal lato dei rapporti tra genitori e figli, si esprime in una regola di equiparazione dello *status* di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo *status* di figlio legittimo nei limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima fondata sul matrimonio; mentre, nei rapporti della prole naturale con i parenti del genitore (ossia con la famiglia di origine del genitore e con altri suoi figli, legittimi o naturali riconosciuti), si pone come norma ispiratrice di una direttiva di sempre più adeguata tutela della condizione di diritto familiare della prole naturale. Di conseguenza, la Corte ha anche chiarito «come dall'art. 30 della Costituzione non discenda in maniera costituzionalmente necessitata la parificazione di tutti i parenti naturali ai parenti legittimi», in quanto «un ampio concetto di “parentela naturale” non è

che – come ricordato – delinea anche un ruolo per la famiglia parentale quando all'art. 315-*bis* riconosce il diritto del figlio di crescere in famiglia e di *mantenere rapporti significativi con i parenti*.

Oltre al diritto del figlio *all'amore dei genitori*²⁴, può quindi senz'altro parlarsi anche di un *diritto all'amore dei nonni* funzionale alla serena crescita dei minori; se altri ordinamenti hanno legiferato specificamente sul tema²⁵, in Italia i primi passi significativi in tal senso sono stati compiuti dai giudici di legittimità²⁶, che sono stati poi affiancati dalla sensibilità del legislatore della già ricordata legge n. 54 del 2006 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*), il quale, nel modificare l'art. 155 c.c., ha previsto che anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore abbia il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di *conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*.

stato recepito dal legislatore costituente, il quale si è limitato a prevedere la filiazione naturale ed a stabilirne l'equiparazione a quella legittima, peraltro con la clausola di compatibilità».

²⁴ Un diritto fondamentale che si legge – come detto – in controluce nel nuovo art. 315-*bis* c.c. e che si affianca a quelli tradizionali del minore che l'ordinamento tutela attraverso la salvaguardia dei rapporti personali nei casi di crisi della convivenza genitoriale e mediante gli istituti dell'adozione e dell'affidamento familiare, tendenti a consentire al figlio di ritrovare in un nuovo nucleo familiare quel calore affettivo che la famiglia di origine non è in grado, definitivamente o per un periodo di tempo, di assicurare al minore. Basti ricordare come la legge n. 184/1983 sulla disciplina dell'adozione e dell'affidamento – ora intitolata *Diritto del minore ad una famiglia*, in seguito alle modifiche introdotte dalla l. n. 149/2001 – espressamente preveda il requisito della capacità affettiva della famiglia affidataria (art. 2) e dei coniugi adottanti (art. 6).

Per una panoramica sui diritti “vecchi e nuovi” del minore v. C.M. BIANCA, *La filiazione*, cit., 207 ss., che ricorda come la giurisprudenza abbia ammesso la tutela del diritto dei figli all'amore dei genitori anche in via risarcitoria, concedendo al figlio a lungo trascurato dal genitore il risarcimento del danno esistenziale (Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713).

²⁵ La legge spagnola n. 42 del 2003 è proprio dedicata alle relazioni familiari tra nonni e nipoti sulla base dell'idea che il legislatore «no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares. [...] los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo» (estratto dalla *Exposición de motivos*).

In ambito convenzionale non può non sottolinearsi come uno dei fattori di discriminazione evidenziati dai Giudici di Strasburgo nel già ricordato caso *Marckx* del 1979 a proposito della legislazione belga stesse proprio nell'osservare come la vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU includa «almeno i rapporti tra parenti stretti, i quali possono svolgere un ruolo considerevole, per esempio, quelli tra nonni e nipoti».

²⁶ Secondo Cass. civ., 24 febbraio 1981, n. 1115 il genitore, nel corretto esercizio della potestà sul figlio minore, non può, senza plausibile ragione in relazione al preminente interesse del minore medesimo, vietargli ogni rapporto con i parenti più stretti, quali i nonni, tenuto conto del potenziale danno a lui derivante dall'ostacolo a relazioni affettive che sono conformi ai principi etici del nostro ordinamento, ove mantenute in termini di frequenza e di durata tali da non compromettere la funzione educativa spettante al genitore stesso; ma anche Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15019 che ha riconosciuto la risarcibilità del danno morale subito dai nipoti per l'uccisione dei nonni, senza che sia necessaria una prova «in senso tecnico», dal momento che si tratterebbe di un «danno di portata spirituale» rilevabile «soltanto in maniera indiretta» attraverso elementi indiziari e presuntivi valutabili «con il ricorso ad un criterio di normalità».



Tuttavia, anche a seguito della riforma del diritto di famiglia del '75, una delle principali diseguaglianze tra figlio legittimo e figlio naturale consisteva nel riconoscere per quest'ultimo il legame della parentela soltanto con i genitori o con il genitore che lo aveva riconosciuto (artt. 74 e 258 c.c.). Oltre quindi ad escludere qualunque effetto del riconoscimento operato da uno solo dei genitori nei confronti dell'altro, la previsione dell'art. 258 c.c. escludeva che il vincolo di parentela tra il figlio e il genitore che lo aveva riconosciuto si estendesse ai parenti del genitore (il figlio non aveva perciò né zii né nonni) e che quel vincolo potesse instaurarsi tra il genitore e i discendenti del figlio riconosciuto²⁷. Del resto, l'equiparazione tra figli legittimi e figli naturali è un dato che emerge con forza dalla Costituzione (art. 30, terzo comma), ma nei rapporti con i genitori e non nelle relazioni con i parenti di questi.

La nuova formulazione dell'art. 74 c.c. non muta ovviamente il principio definitorio della *parentela* («è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite»), ma estende il vincolo che la costituisce all'intera famiglia di origine e non più ai soli genitori²⁸. Muta pertanto anche la prospettiva dell'art. 258, comma 1, c.c. dal momento che ora il riconoscimento produce effetti

²⁷ Cfr. Corte cost. n. 184/1990 che ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 30, comma 3, Cost., l'art. 565 c.c., nella parte in cui, in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato il rispettivo *status* di filiazione nei confronti del comune genitore. L'art. 565, nel testo anteriore alla riforma del diritto di famiglia, era stato dichiarato illegittimo da Corte cost. n. 55/1979 nella parte in cui escludeva dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali riconosciuti o dichiarati. La Corte osserva come il nuovo testo dell'art. 565, sebbene non differisca sostanzialmente dal testo originario del 1942, è una norma nuova, come tale non toccata dalla sent. n. 55 del 1979 (la successione di cui si controverteva nel giudizio *a quo* risultava aperta sotto il vigore del preesistente diritto di famiglia).

In altra occasione (sent. n. 532/2000) la Corte non ha però accordato pieno rilievo alla parentela naturale, quando cioè ha negato che sussistesse un contrasto tra l'art. 565 c.c. e gli artt. 3, 29, comma 1, e 30, comma 3, Cost., nella parte in cui, in mancanza di altri chiamati all'eredità all'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima dei c.d. parenti naturali di grado corrispondente al quarto e fino al sesto. La dottrina si esprime al riguardo con forti accenti critici (cfr. C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 594 ss.), sottolineando come la pronuncia in questione fosse assai lontana dal pieno rilievo, anche ai fini successori, riconosciuto ai parenti naturali ad esempio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come presupposto ineludibile della effettiva parità tra i figli: oltre al già richiamato *leading case* del 1979 *Mackx c. Belgio*, tra le pronunce più significative possiamo ricordare (e lo fa E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, cit., 309-310) *Vermaire c. Belgio*, 29.11.1991, in cui la Corte riconosce il carattere discriminatorio dell'esclusione della ricorrente dall'asse ereditario dei nonni paterni, a causa del carattere naturale del suo rapporto di filiazione paterno; *Camp e Bourimi c. Paesi Bassi*, 3.10.2000, che riconosce il contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU della incapacità ad ereditare dal padre naturale del figlio nato dopo la morte di quello.

L'elemento che è sembrato bloccare il *dialogo tra Corti* nell'ambito della successione ereditaria tra parenti è con ogni probabilità da rintracciare nella circostanza che qui non trova applicazione il principio del "superiore interesse del minore" né quello della responsabilità genitoriale, ma soltanto il divieto di discriminazione sulla base della nascita, rispetto al cui "difficoltoso impiego" da parte della Corte costituzionale si rinvia alle considerazioni fatte in precedenza.

²⁸ Così il nuovo art. 74 c.c. «La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti».



riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai suoi parenti²⁹. Resta evidentemente escluso – come in precedenza – che il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio valga ad instaurare un vincolo tra il figlio e il genitore che non lo ha riconosciuto (men che meno con i parenti di questi).

Per quanto attiene alle conseguenze della modifica dell'art. 74 c.c. nei casi di adozione, non presenta particolari dubbi interpretativi l'*adozione legittimante*, per la quale l'art. 27 della legge n. 184/1983 dispone(va) che per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio *legittimo* degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome, così creandosi a tutti gli effetti un vincolo di *parentela* con le famiglie degli adottanti (a maggior ragione dopo la novella); per l'*adozione non legittimante*, quella "in casi particolari" disciplinata dall'art. 44 l. 184/83 e quella del maggiorenne di cui agli artt. 291 ss. c.c., se la riforma esclude espressamente che il vincolo di parentela possa sorgere nei casi di adozione di persone maggiori di età, deve di contro ritenersi che nelle ipotesi di adozione di minori in casi particolari venga a crearsi il legame di parentela tra il minore e la famiglia dell'adottante o degli adottanti, superando così la previsione dell'art. 55 della legge 184, che dispone(va), relativamente all'adozione in casi particolari, l'applicazione – tra gli altri – dell'art. 300 c.c., il cui secondo comma sancisce che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante; ma al tempo stesso il nuovo dettato dell'art. 74 c.c. porta ad escludere che l'adozione in casi particolari valga ad instaurare rapporti civili (di *parentela*) tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, mancando per tutti il principio cardine della parentela, ossia la discendenza dallo stesso stipite.

Si può pertanto concludere nel senso che alla luce della nuova formulazione dell'art. 74 c.c. il vincolo della parentela si instauri sia nel caso di filiazione all'interno del matrimonio, sia nella ipotesi di filiazione fuori del matrimonio, sia nel caso dell'adozione di minore.

4. GLI EFFETTI SUL RICONOSCIMENTO

Come sottolineato in precedenza, il lodevole intento del legislatore del '75 di adeguare il "vecchio" ordinamento alla "nuova" società si scontrò con l'incapacità di sottrarsi completamente alle suggestioni del passato, in particolare a quella idea di favore per la condizione di figlio legittimo, che automaticamente comportava l'assegnazione di una posizione deteriore al figlio nato fuori dal matrimonio³⁰.

Per la verità il fermo e generale divieto per il genitore (o i genitori) infrasedicenne – che ai sensi dell'art. 84 c.c. non può contrarre matrimonio – di riconoscere il figlio naturale, disposto dall'art.

²⁹ A tutti gli effetti, quindi anzitutto successori, e non, secondo la precedente formulazione «salvo i casi previsti dalla legge».

³⁰ In tema di filiazione legittima, tra i tanti, v. M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione e La filiazione legittima*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2002, II, 3 ss., M. SESTA, *Filiazione*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, 569 ss., A. BUCCIANTE, *Filiazione. Filiazione legittima*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, C. COSSU, *Filiazione legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 635 ss.; sulla filiazione naturale v., anche qui tra i moltissimi, P. UBALDI-M. DI NARDO, *La filiazione naturale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, cit., 306 ss., M. COSTANZA, *Filiazione. Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, cit., P. VERCELLONE, *La filiazione*, Torino, 1988.



250, ult. comma, c.c. come riformato nel 1975, non era andato esente da critiche, specie in ordine alla precarietà di *status* in cui lasciava il bambino e alla impossibilità di godere dei relativi diritti, impedendo la valida costituzione di un rapporto di filiazione (art. 30 Cost.) non già in virtù di una valutazione circa l'incapacità di *quel* genitore (o di *quei* genitori) di adempiere il proprio ruolo, ma in ossequio ad una valutazione compiuta in astratto dal legislatore che ha ritenuto *tutti* i genitori con meno di sedici anni non in grado di assumere le responsabilità derivanti dall'instaurazione di un rapporto di filiazione; ecco che la nuova formulazione della disposizione di chiusura dell'art. 250 c.c., da un lato ribadisce il divieto di riconoscimento per i genitori infrasedicenni, aprendo dall'altro alla possibilità che «il giudice li autorizzi, valutatele circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio»³¹.

Le *forme del riconoscimento* restano sempre quelle previste dall'art. 254 c.c.³², così come a poter effettuare il riconoscimento tanto congiuntamente quanto singolarmente sono sia la madre che il padre (la novella del dicembre scorso inverte i due soggetti rispetto alla formulazione precedente), non ostando al riconoscimento la situazione di coniugio con un altro soggetto diverso dal genitore del figlio, così ribadendo ovviamente il superamento già avvenuto nel 1975 della discriminazione nei riguardi dei figli adulterini relativamente al riconoscimento.

Le ipotesi in cui la volontà del genitore non è in grado di produrre effetti senza il consenso di altri soggetti sono sempre legate a quelle di riconoscimento c.d. *tardivo*: occorre il consenso del figlio che abbia compiuto quattordici (e non più sedici) anni perché il riconoscimento produca i suoi effetti; è necessario il consenso del genitore che ha per primo riconosciuto il figlio se questi è infraquattordicenne (e non più infrasedicenne); a decidere sarà il giudice competente³³, la cui sentenza tiene luogo del consenso mancante, se il rifiuto del consenso del genitore primo riconoscente non risponde all'interesse del figlio, un interesse inteso non in senso patrimonialistico ma personalistico³⁴; viene inoltre valorizzato il *diritto all'ascolto* del minore, in ossequio a quanto

³¹ Le preoccupazioni e le criticità evidenziate in relazione alla precedente formulazione dell'art. 250, ult. comma, c.c. erano in verità già state considerate dal legislatore: in particolare a scongiurare il rischio che in ragione dell'età dei genitori il figlio andasse in adozione aveva già provveduto l'art. 11 della legge sull'adozione del 1983, che ha previsto la sospensione e il rinvio anche d'ufficio della procedura sino al compimento del sedicesimo anno di età del genitore naturale (o dei genitori naturali), sempre che il minore sia assistito dal genitore naturale o dai parenti fino al quarto grado o in altro modo conveniente, permanendo comunque un rapporto con il genitore naturale.

³² Nell'atto di nascita o in una dichiarazione successiva resa ad un ufficiale dello stato civile, in un atto pubblico, in un testamento qualunque sia la sua forma.

³³ In ordine al procedimento da seguire, la riforma del dicembre 2012 ha ridisegnato anche il riparto di competenze tra giudici, modificando l'art. 38 disp. att. c.c. e riducendo notevolmente le competenze del tribunale per i minorenni a favore del tribunale ordinario al quale è devoluta la cognizione – tra gli altri – dei provvedimenti di cui all'art. 250 c.c. in precedenza assegnata alle sezioni specializzate.

³⁴ Ad avviso di Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2878, il riconoscimento del figlio naturale minore infrasedicenne, già riconosciuto da un genitore, è un diritto soggettivo primario dell'altro genitore, costituzionalmente garantito dall'art. 30 Cost. e in quanto tale, non può porsi in termini di contrapposizione con l'interesse del minore, ma come misura ed elemento di definizione dello stesso, atteso il diritto del bambino ad identificarsi come figlio di una madre e di un padre e ad assumere, così, una precisa e completa identità; ne consegue che il secondo riconoscimento, ove vi sia contrapposizione dell'altro genitore che per primo ha proceduto al riconoscimento, può essere sacrificato solo

previsto dall'art. 12, comma 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York 20 novembre 1989)³⁵ e dall'art. 35, comma 4, l. 184/83³⁶, ma non più nel senso per cui egli deve essere sentito in contraddittorio con il genitore che si oppone al riconoscimento, ma nel senso che in questi casi il giudice «dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto i dodici anni, o anche di età inferiore, ove capace di discernimento»³⁷. Il tutto va nella direzione di consentire al giudice di assumere una decisione attraverso un procedimento rapido e semplificato, potendo la sentenza *anche* decidere in ordine alla regolamentazione dell'affidamento del minore, al suo mantenimento (cfr. art. 315-*bis*) e al suo cognome ai sensi dell'art. 262 c.c.³⁸.

in presenza di motivi gravi ed irreversibili, tali da far ravvisare la probabilità di una forte compromissione dello sviluppo psicofisico del minore.

³⁵ Ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176. Cfr. Corte cost. n. 1/2002.

A questi riguardi si deve dar conto di una relativamente recente decisione della Corte costituzionale (sent. n. 83/2011) nella quale, facendo applicazione delle tecniche della interpretativa di rigetto, il Giudice delle leggi ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 250 c.c., in quanto nel giudizio promosso dal genitore naturale, a seguito dell'opposizione dell'altro genitore che abbia già operato il riconoscimento, al fine di effettuare a propria volta il riconoscimento, il giudice ha il potere di nominare un curatore speciale del minore, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 30, 31 e 111 Cost. Sul punto relativo alla necessità o meno della nomina del curatore speciale del minore infrasedicenne nei procedimenti *ex* art. 250, comma 4, c.c. non poteva registrarsi un orientamento univoco dei giudici di merito e la Corte costituzionale, valorizzando tanto la Convenzione di New York del 1989, come anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, come pure una lettura sistematica delle previsioni di diritto interno (non soltanto quelle codicistiche ma anche quelle della l. 54/06), esalta, invece, la centralità dell'interesse del minore, rendendo in definitiva necessaria la nomina del curatore speciale.

³⁶ Come sostituito dall'art. 32, l. 149 del 2001.

³⁷ Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2004, n. 21359, secondo cui la prescrizione riguardante l'audizione del minore che sia già stato riconosciuto da uno dei genitori, è rivolta a soddisfare l'esigenza di accertare se il rifiuto del consenso dell'altro genitore, che per primo abbia proceduto al riconoscimento, risponda (o meno) all'interesse del figlio (e possa pertanto essere supplito); e poiché tale audizione è considerata la prima fonte del convincimento del giudice, essa deve essere disposta anche d'ufficio, onde la sua omissione determina un vizio del procedimento; né essa è delegabile al consulente tecnico di ufficio, essendo riservata espressamente al giudice, proprio per la sua stretta funzionalità alla tutela dell'interesse di colui che non è ancora capace di una valutazione personale pienamente attendibile rispetto ad un evento suscettibile di incidere sul suo equilibrio e sulla sua vita di relazione.

³⁸ La questione in particolare del cognome rimanda com'è ovvio al più ampio diritto all'identità personale: si ricordi a questo riguardo Corte cost. n. 297/1996 che dichiarava incostituzionale l'art. 262 c.c., nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo aveva riconosciuto, avesse potuto ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere, antepoendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome fosse divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale. Merita al riguardo di essere ricordata anche Corte cost. n. 61/2006 che, in tema di filiazione legittima, ha giudicato inammissibile la questione di legittimità costituzionale tra gli altri dell'art. 262 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3 e 29, comma 2, Cost., nella parte in cui si prevede che il figlio acquisti automaticamente il cognome del padre, anche quando risulti in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata; alla pronuncia è poi seguita Corte cost. ord. n. 145/2007 che ha dichiarato manifestamente inammissibile, in quanto già dichiarata inammissibile, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, nella parte in cui prevede, in caso di riconoscimento di figlio naturale effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assuma il cognome del padre, senza che ai genitori sia riconosciuta alcuna facoltà decisionale in proposito, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.



Rilevanti risultano le novità introdotte in ordine alla autorizzazione al riconoscimento. La questione è quella assai dolorosa del riconoscimento dei figli incestuosi, rispetto alla quale l'art. 251 c.c. vietava il riconoscimento (e dunque la legittimazione, *ex art. 281 c.c.* oggi abrogato) della prole nata da persone unite da vincolo di parentela in linea retta all'infinito, in linea collaterale nel secondo grado e tra affini in linea retta, salvo che i genitori (o almeno uno di essi) al momento del concepimento avessero ignorato il vincolo tra essi esistente o che fosse stato dichiarato nullo il matrimonio da cui derivava il vincolo di affinità. Di tale disposizione da tempo la dottrina più avvertita aveva posto in evidenza le incongruenze rispetto ai valori costituzionali della tutela della persona e della famiglia, facendo ricadere le conseguenze della cattiva fede del genitore su un soggetto senza colpe³⁹, così privandolo di quei diritti e di quelle garanzie che l'accertamento giuridico del rapporto di filiazione porta con sé; è di tutta evidenza come il limite alla riconoscibilità della prole incestuosa non trovasse alcuna giustificazione sulla base dell'art. 30, comma 3, Cost., non sussistendo alcuna incompatibilità tra il riconoscimento di tali figli e i diritti dei membri della famiglia legittima.

Inoltre il riconoscimento, quando possibile (cioè nel caso di buona fede di almeno uno dei genitori), doveva essere autorizzato dal giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio; si veniva così a creare un "doppio binario" dell'*irricoscibilità* della prole incestuosa, che acuiva le incoerenze sopra evidenziate: oltre ai figli incestuosi irricoscibili – per così dire – *ab origine* in quanto figli di genitori in cattiva fede, potevano anche darsi figli, frutto del *damnatus coitus*, in teoria riconoscibili da uno o da entrambi i genitori (se in buona fede perché ignorante/i del vincolo al momento del concepimento), ma di fatto irricoscibili perché il loro riconoscimento veniva dal giudice reputato contrario al loro interesse o per loro comunque pregiudizievole. La nuova formulazione dell'art. 251 c.c. elimina il divieto di

Nella decisione del 2006 la Corte sottolinea come l'attuale sistema di attribuzione del cognome sia retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna, un valore che è di certo invocabile anche con riguardo ai genitori del figlio naturale; tuttavia questo imporrebbe alla Corte una operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri, dal momento che la esclusione dell'automatismo dell'attribuzione del cognome paterno lascerebbe aperta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere tale scelta esclusivamente alla volontà dei genitori, a quella di consentire ai genitori che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida. Utili indicazioni circa un temperamento dell'automatismo nell'attribuzione del patronimico provengono dalla giurisprudenza di legittimità: in particolare, Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2009, n. 12670 ha stabilito che in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto successivamente dal padre, il giudice è chiamato a valutare l'interesse del minore ad evitare un danno alla sua identità personale e non può essere condizionato né dal *favor* per il patronimico, né dall'esigenza di equiparare il risultato a quello derivante dall'applicazione delle regole che presiedono all'attribuzione del cognome al figlio legittimo; ancora un caso di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori è quello deciso da Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2009, n. 23635, secondo cui il giudice è investito dall'art. 262, comma 3, c.c. del potere-dovere di decidere su ognuna delle possibilità previste da detta disposizione avendo riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente all'interesse del minore, e con esclusione di qualsiasi automaticità.

³⁹ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. III, II ed., Torino, 1997, 156.



riconoscimento dei figli incestuosi, subordinandolo tuttavia all'autorizzazione del giudice⁴⁰ «avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio»⁴¹.

Se dunque il tradizionale divieto di riconoscimento dei figli incestuosi risiede tanto nell'interesse pubblico a non avere filiazioni che discendano da parentele troppo strette, quanto nel disvalore che la morale comune attribuisce a tali unioni – vero tabù (forse l'ultimo) posto a base della convivenza sociale – la recente riforma non ha certo inteso legittimare l'incesto – come provocatoriamente sostenuto da quanti hanno voluto vedere nell'autorizzazione al riconoscimento della prole incestuosa una grave lesione al concetto di famiglia come convivenza ordinata e strutturata – essendosi invece il legislatore mosso il più possibile nella direzione tracciata nel nuovo art. 315 c.c., così sanando la ferita (lasciata) aperta dalla Riforma del '75 per i figli incestuosi, dal momento che le responsabilità, anche penali, dei genitori incestuosi non giustificano la limitazione dei diritti dei figli, che non possono essere pregiudicati da fatti e da scelte a loro non attribuibili (così Corte cost. n. 494/2002); a maggior ragione nel caso in cui i genitori non possano essere perseguiti per la loro relazione incestuosa⁴², perché non caratterizzata da violenza o perché da essa non deriva pubblico scandalo, perché far ricadere la colpa della loro unione sui figli?⁴³

5. LA PROVA DELLA FILIAZIONE

Tra i *principi* di unificazione dello stato giuridico che trovano spazio nell'ampia delega che l'art. 2 della legge 219 conferisce al Governo per la revisione di tutte le disposizioni in materia di filiazione spiccano quello per cui la filiazione fuori del matrimonio può essere giudizialmente accertata con ogni mezzo idoneo (art. 2, comma 1, lett. c)) e quello della *estensione* della presunzione di paternità del marito rispetto ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio, e la *ridefinizione* della disciplina del disconoscimento di paternità, con riferimento in particolare all'art. 235, comma 1, c.c., alla luce della giurisprudenza costituzionale e nel rispetto dei principi costituzionali (lett. d)).

Quanto al primo dei due principi richiamati, se per un verso la sua formulazione può destare qualche perplessità dal momento che essa riproduce sostanzialmente il dettato dell'art. 269, comma 2, c.c. («La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo»), per altro verso sembra espressione dell'idea di fondo della riforma, che pare volta in ultima istanza a realizzare la piena equiparazione tra filiazione naturale e legittima affermando l'unicità degli *status* e gettando così una nuova luce sull'art. 237 c.c., che nel disciplinare i fatti costitutivi del possesso di *status* –

⁴⁰ Il riconoscimento di un minore è autorizzato dal Tribunale per i minorenni.

⁴¹ Cfr. al riguardo la già richiamata Corte cost. n. 494/02 con cui venne dichiarata incostituzionale la previsione dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui non consentiva indagini sulla paternità dei figli incestuosi.

⁴² Giova ricordare come ai fini della disciplina civilistica si debba prescindere dall'accertamento in sede penale del reato di incesto, ma i presupposti della relazione incestuosa sono mutuati dalla definizione penalistica dell'art. 564 c.p., che pone come condizione di punibilità il pubblico scandalo.

⁴³ Cfr. D. TEGA, *Il principio di verità della nascita e il diritto all'identità personale del «figlio incestuoso»: le colpe dei padri non ricadano sui figli!*, in *Giur. cost.*, 2003, 1076 ss.



quelli cioè che nel loro complesso costituiscono un indice significativo della relazione familiare⁴⁴ – era *fino a ieri* applicabile alla sola filiazione nel matrimonio, come del resto è confermato dall'ulteriore circostanza della collocazione della disposizione nella Sezione II del Capo I (*Delle prove della filiazione legittima*).

Assai delicato appare in prospettiva il ruolo del Governo in ordine al secondo dei principi richiamati, non soltanto per come vorrà modificare l'art. 235, quanto soprattutto in ordine alla estensione della presunzione di paternità, in un contesto – quello complessivo della riforma, più volte sottolineato – che tende alla parificazione tra i figli. In effetti la l. 219 ha sì eliminato la distinzione tra figli legittimi e naturali, ma non quella tra figli nati *nel* matrimonio e figli nati *fuori dal* matrimonio quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative (art. 2, comma 1, lett. a)): il riferimento è da intendersi proprio alle norme che disciplinano la presunzione di paternità e l'azione di disconoscimento. L'estensione della presunzione della paternità⁴⁵ del marito ai figli comunque nati o concepiti durante il matrimonio potrebbe apparire difficilmente conciliabile con quanto previsto dall'art. 232, comma 2, c.c. («La presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale [...]»), rendendo quasi obbligatorio il ricorso all'azione di disconoscimento dei figli nati da donne giudizialmente separate.

In ordine invece alla ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità, il legislatore delegato dovrà adeguare il dato positivo al precetto della Corte costituzionale che con la sent. n. 266/2006 ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 24 Cost., l'art. 235, comma 1 n. 3, c.c., nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, dalle quali risulti che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo

⁴⁴ Ossia il *nomen* (che la persona abbia sempre portato il cognome del padre che essa pretende di avere), il *tractatus* (che il padre l'abbia trattata come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, alla sua educazione e al suo collocamento), infine la *fama* (che sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali).

⁴⁵ In base alle acquisizioni dalle scienze biologiche l'art. 232 c.c. presume come concepito durante il matrimonio il figlio nato dopo centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non oltre trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale ovvero dalla data della comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi siano stati autorizzati a vivere separatamente.

La presunzione del concepimento in questi termini è correlata alla presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. («Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio»): la prima serve ad individuare il periodo del concepimento, la seconda l'autore.

Uno dei problemi pratici più rilevanti, se non il principale, che deriva(*va*) da tale disciplina riguarda(*va*) la possibilità per la donna coniugata di riconoscere come figlio naturale quello nato durante il matrimonio ma concepito con un soggetto diverso dal marito: il mero dato della nascita non comporta che la presunzione operi *ipso iure*, occorrendo l'ulteriore presupposto della dichiarazione come figlio legittimo nell'atto dello stato civile; prima della formazione dell'atto di nascita, dunque, la presunzione non opera, dovendosi perciò consentire alla madre di riconoscere come figlio naturale il figlio nato da un rapporto extraconiugale (così, tra le tante, Cass. civ., 2 aprile 1987, n. 3184; allo stesso modo Corte cost. n. 171/1994 osserva che «qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non volere essere nominata nell'atto di nascita»).

sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie⁴⁶.

Già in altre occasioni la Corte costituzionale aveva avuto modo di definire i contorni dell'azione di disconoscimento: con la sent. n. 170/1999 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 244 c.c., nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare del marito, decorra per questi dal giorno in cui esso sia venuto a conoscenza della propria impotenza e per la moglie dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza del coniuge⁴⁷; nell'occasione la Corte evidenzia come con la riforma del diritto di famiglia si sia superata l'impostazione tradizionale che attribuiva preminenza al *favor legitimitatis* attraverso la equiparazione della filiazione naturale a quella legittima, rendendo di conseguenza omogenee le situazioni che discendono dalla conservazione dello stato ancorato alla certezza formale rispetto a quelle che si acquisiscono con l'affermazione della verità naturale: «anteriormente alla riforma, infatti, la condizione deteriore del figlio naturale, significativamente denominato “illegittimo”, che non poteva nemmeno ottenere il riconoscimento qualora uno dei genitori fosse coniugato, costituiva, unitamente alla riprovazione sociale, una forte remora all'accertamento della verità biologica della procreazione contrastante con quella legale». In particolare la riforma dell'art. 261 c.c., nel senso della attribuzione di pari diritti ai figli naturali rispetto a quelli legittimi, oltre a determinare il venir meno della posizione di privilegio di questi ultimi, «ha consentito l'acquisizione di *status* conformi alla realtà della procreazione, senza più

⁴⁶ Assai esaustivo il passaggio motivazionale per cui «ai fini della decisione della presente questione assumono rilievo: l'ampliamento della legittimazione attiva; i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche od ematologiche, consentono di accertare la esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione; la difficoltà pratica, chiaramente evidenziata dall'ordinanza della Corte di cassazione, di fornire una piena prova dell'adulterio; l'insufficienza di tale prova ad escludere la paternità. Il subordinare – sulla base del diritto vivente [...] – l'accesso alle prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrelevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e alla identità biologica (sentenza n. 50 del 2006)».

La Corte di cassazione aveva sempre ritenuto preliminare rispetto alla prova della incompatibilità genetica quella dell'adulterio (tra le tantissime, Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 1992, n. 2113, 22 ottobre 2002, n. 14887 e 23 aprile 2003, n. 6477).

Sul ruolo delle prove biologiche nell'accertamento della paternità si rinvia a U. ROMA, *Le prove genetiche della paternità*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Tomo I, Milano, 2011, 447 ss.

⁴⁷ La Riforma del 1975 ha legittimato all'azione anche la madre (ovvero il figlio maggiorenne o il curatore speciale in caso di figlio minore), rispetto all'assetto precedente che prevedeva che l'azione di disconoscimento della paternità potesse essere posta in essere solo dal padre. Ricorda A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., 155 come l'estensione anche alla madre della legittimazione dell'azione, anche se da molti venne criticata, rispondeva in modo evidente alle esigenze di tutela del nuovo nato: la legittimazione consentita solo al marito si prestava infatti ad abusi e ricatti; il mancato esercizio dell'azione finiva spesso con l'essere ispirato non dal generoso desiderio di accogliere il figlio come se fosse proprio, ma piuttosto dalla perversa volontà di vendicare sui *figli della colpa* l'affronto subito dalla moglie fedifraga.

tema di gravi conseguenze pregiudizievoli legate alla condizione di sfavore della filiazione naturale»⁴⁸. Ciò ha comportato l'ampliamento delle ipotesi di accertamento della verità biologica, sia mediante l'eliminazione del divieto di riconoscimento dei figli "adulterini", sia attraverso l'estensione della categoria dei soggetti legittimati all'esperimento delle diverse azioni di stato (oltre alle ricordate ipotesi relative al disconoscimento di paternità, l'ampliamento ha riguardato anche l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, consentita anche all'autore in mala fede del falso riconoscimento).

Il dato rilevante di questo percorso è quello per cui «le disposizioni normative che consentono di verificare la conformità dello *status* alla realtà della procreazione hanno quindi comportato l'affermazione del principio della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale, la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini»⁴⁹.

L'ipotetico conflitto tra il *favor veritatis* e il *favor minoris* è dalla Corte risolto nel senso che sì, il perseguimento del valore della verità può determinare il sacrificio della posizione familiare, affettiva e socio-economica acquisita *medio tempore* dal figlio, e «tuttavia, la sofferenza del figlio legittimo consapevole dell'apparenza solo formale del proprio *status*, contro la quale nessuno dei soggetti legittimati abbia reagito, non è meno grave e profonda rispetto a quella di chi sia posto innanzi alla verità della procreazione»⁵⁰. La verità biologica della procreazione, dunque, è ritenuta una componente essenziale dell'interesse del minore, riconoscendosi espressamente l'esigenza di garantire al figlio il diritto alla propria identità «e precisamente all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico [...], rispetto al quale può recedere l'intangibilità dello *status*, allorché esso risulti privato del fondamento della presunta corrispondenza alla verità biologica e quando risulti tempestivamente azionato il diritto»⁵¹.

In precedenza, e sempre sui termini per proporre l'azione di disconoscimento⁵², in Corte cost. n. 134/1985 era stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 244, comma 2, c.c., nella parte in cui non disponeva, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 c.c., che il termine per proporre l'azione di disconoscimento decorresse dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza dell'adulterio

⁴⁸ Sono ancora le parole usate in Corte cost. n. 170/99.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ex art.* 244 c.c. sei mesi dalla nascita del figlio per la madre, un anno per il marito. Per effetto di Corte cost. n. 134/1985 si è ritenuto che il termine annuale per la proposizione dell'azione, in caso di adulterio, decorra dal giorno della scoperta dell'adulterio stesso anziché dalla nascita del figlio, allorché tale scoperta sia successiva alla nascita, mentre la decorrenza resta quella prevista dall'art. 244, comma 2, c.c. nella diversa ipotesi in cui la conoscenza dell'adulterio sia avvenuta anteriormente alla nascita (così Cass. civ., 9 giugno 1990, n. 5626).

È giusto il caso di segnalare per completezza come le implicazioni dei propri precedenti in materia (spec. per l'appunto sent. n. 134/85, ma anche la già ricordata sent. n. 170/99) siano state dalla Corte sviluppate in occasione della recente decisione n. 322/2011 che ha ampliato la tutela degli incapaci naturali, estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 245 c.c. anche alle ipotesi in cui il legittimato all'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità non sia interdetto, pur versando in condizione di abituale grave infermità di mente, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi.



della moglie. Posto pertanto che l'azione di disconoscimento della paternità incide sullo *status* della persona, per cui è logica conseguenza porre un limite alla sua proponibilità, in vista della certezza degli stati giuridici, l'interesse mostrato riguardo alla tutela dei termini di proponimento dell'azione risulta centrale per individuare il punto di equilibrio tra verità biologica e certezza dello *status* come presuntivamente attribuito, visto che i termini di decadenza concorrono, unitamente ai casi in cui l'azione è consentita, a definire l'ambito nel quale il disconoscimento di paternità è esperibile.

Il percorso ha termine con la già richiamata sent. n. 266/06 nella quale la Corte costituzionale elimina l'ultima norma del sistema che attribuiva autonoma rilevanza all'episodio adulterino posto in essere dalla moglie, con un notevolissimo risultato in termini di civiltà giuridica⁵³; in verità la decisione ha richiamato alla memoria di molti una risalente ed isolata pronuncia della Corte di cassazione⁵⁴, in cui si affermava che l'art. 235, comma 1, c.c., che subordina la esperibilità delle prove cosiddette tecniche, sulle caratteristiche genetiche o sul gruppo sanguigno, alla dimostrata ricorrenza dell'adulterio della moglie, non osta a che il giudice del merito, ove ne ravvisi l'opportunità, possa ammettere ed espletare tali prove tecniche contemporaneamente con quelle inerenti all'adulterio, con la conseguenza che, provato l'adulterio, quel giudice può legittimamente ritenere raggiunta la prova per l'accoglimento della domanda di disconoscimento di paternità dal rifiuto ingiustificato della madre e del curatore del minore all'espletamento della prova ematologica, che, a causa del progresso scientifico verificatosi negli ultimi tempi, ha assunto il valore di piena prova della esistenza o non esistenza del rapporto di filiazione. Tale precedente rimase per l'appunto isolato, formandosi come "diritto vivente" quello – già richiamato – per il quale l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, e al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda.

Se la rilevanza del vincolo della derivazione biologica quale elemento fondante del rapporto di filiazione, unitamente alla sostanziale (oggi finalmente piena) equiparazione tra filiazione legittima e filiazione naturale, fanno flettere – senza che tuttavia si spezzi – il *favor legitimitatis* di fronte al *favor veritatis*, va tuttavia rilevato come la giurisprudenza, anche costituzionale, tenda a riconoscere la prevalenza di quello dei due che coincide con l'interesse dei minori: così Corte cost., ord. n. 7/2012, che dichiara la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 263 c.c.

⁵³ Cfr. M. FORTINO, *Diritto di famiglia: il «favor veritatis» vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*, in *Foro it.*, 2007, I, 705 ss., che commentando la decisione osserva: «La rivoluzione attuata con la riforma del '75 e, prima ancora, con la Carta costituzionale mette in profonda crisi l'intera impalcatura su cui era edificato il diritto di famiglia e, in esso, quello della filiazione. Il ruolo primario attribuito ai diritti delle persone all'interno del nucleo familiare si pone in aperto contrasto con la tutela ad oltranza dell'apparenza legale: tramonta il *favor legitimitatis*, sorge e si afferma, quale principio generale, il *favor veritatis*. Solo se è possibile ricostruire la verità i diritti fondamentali dei singoli potranno trovare protezione. Alla concreta possibilità di questa ricostruzione concorre la resistenza sempre più debole che la natura oppone alla ricerca della verità: il travaglio scientifico dell'uomo comincia a forzare lo scrigno entro cui era racchiuso il segreto della paternità».

⁵⁴ Cass. civ., 12 novembre 1984, n. 5687.



nella parte in cui non sottopone ad un termine annuale di decadenza il diritto del genitore di esperire l'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità⁵⁵; ma soprattutto Corte cost. sent. n. 31/2012 che dichiara incostituzionale l'art. 569 c.p. nella parte in cui prevede, come conseguenza automatica della commissione del delitto di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione di stato), la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore: nei passaggi motivazionali la Corte richiama l'interesse del minore «a vivere e crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori». Ma proprio perché la pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale va ad incidere su questo interesse del minore, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., la norma che, ignorando questo interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso.

Una sentenza, la n. 31/12, che dunque consente a chi abbia effettuato il falso riconoscimento di conservare la potestà genitoriale e che è stata richiamata dalla recente Trib. Roma 17 ottobre 2012 relativa all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex art. 263 c.c.*; la decisione dei giudici capitolini ha suscitato un notevole clamore, oltre che per il coinvolgimento di un noto professionista, anche perché ha affermato l'inammissibilità della proposizione dell'azione di impugnazione per difetto di veridicità proposta da chi era consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui, vale a dire da parte di chi, al momento del riconoscimento, era in mala fede, in quanto consapevole della falsità di quanto dichiarava. I giudici sono consapevoli di discostarsi da Cass. civ., 24 maggio 1991, n. 5886, che aveva affermato l'opposto principio della proponibilità dell'azione *ex art. 263 c.c.* anche da parte di chi era pienamente conscio della falsità del proprio riconoscimento, ma ritengono che i principi allora affermati a favore dell'irrelevanza dello stato soggettivo di chi abbia effettuato il riconoscimento, per l'asserita prevalenza del *favor veritatis* in ordine agli stati personali e familiari, debbano essere rivisti alla luce delle successive evoluzioni giurisprudenziali e normative, in relazione sia al diritto interno che internazionale: «sempre meno rilievo», scrive il Tribunale di Roma, «assume il dato formale del rapporto familiare basato sul legame meramente biologico, e la famiglia assume sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità».

Già Corte cost. sent. n. 112/1997 aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del

⁵⁵ Nell'occasione la Corte riprende il passaggio della già richiamata sent. n. 170/99, ritenendo che «la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico».

riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., rilevando che «l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è ispirata al principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere, in quanto nella verità del rapporto di filiazione è stato individuato un valore necessariamente da tutelare» e che «non si può contrapporre al *favor veritatis* il *favor minoris*, dal momento che la falsità del riconoscimento lede il diritto del minore alla propria identità».

Pertanto, pur a fronte di un accentuato favore per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione – chiaramente espresso nel progressivo ampliamento in sede legislativa delle ipotesi di accertamento della verità biologica⁵⁶ – il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, ossia tale da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito una portata indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale ma, nel disporre al quarto comma che «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore⁵⁷.

6. FILIAZIONE E TECNICHE DI FECONDAZIONE ASSISTITA CONSENTITE E VIETATE (DONAZIONE DI GAMETI, FECONDAZIONE *POST MORTEM* E MATERNITÀ SURROGATA)

Il ricorrente tema del rapporto tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis*, spesso risolto con esiti non univoci nell'ottica dell'interesse del minore, ha trovato applicazione anche in merito alla disciplina delle tecniche di procreazione artificiale, in particolare per quanto attiene alla nota questione dello *status* del figlio nato a seguito di tali pratiche, specie in connessione al controverso divieto di

⁵⁶ Utili indicazioni sul punto possono anche trarsi ad esempio dalla netta posizione della Corte di Strasburgo che ha in più occasioni rilevato come le procedure per l'accertamento giudiziale della paternità ricadano nell'ambito dell'art. 8 CEDU (v. *Rasmussen c. Danimarca*, 28.11.1984 e *Keegan c. Irlanda*, 26.5.1994), rientrando il diritto di chi chiede di avere accesso ai dati che permettono la conoscenza delle proprie origini nell'ambito del «rispetto» della «vita privata e familiare» (cfr. *Odièvre c. Francia*, 13.2.2003); nel caso *Mikulić c. Croazia*, 7.2.2002, dopo aver riaffermato l'ampiezza della nozione di «vita familiare», nel senso che esso non resta circoscritto alle sole relazioni fondate sul matrimonio, ricomprendendo altri «legami familiari» *de facto*, purché la relazione abbia una dimensione di stabilità e durata, la Corte osserva che l'accesso alle proprie origini genetiche costituisce un essenziale corollario dell'interesse al pieno sviluppo della personalità e della costruzione della propria identità come essere umano. Pertanto, nei giudizi di accertamento della paternità e della maternità naturale nei quali il convenuto rifiuta di sottoporsi alla prova ematologica o genetica non vale a proteggere adeguatamente il diritto del figlio alla propria vita privata e familiare l'assenza di norme processuali utili ad accertare il legame biologico della filiazione, prevedendo ad esempio l'obbligo di sottoporsi ai test genetici o, in caso di rifiuto, disponendo l'automatica attribuzione della paternità.

⁵⁷ Così Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2001, n. 1264. In senso analogo Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2006, n. 20254, Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2007, n. 6302, Cass. civ., sez. I, 23 ottobre 2008, n. 2562, Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2012, n. 5653, Cass. civ., sez. I, 8 giugno 2012, n. 9380.

donazione di gameti⁵⁸. Nella fecondazione resa possibile dalla donazione di gameti *procreazione e filiazione* risultano dissociate, dal momento che il patrimonio genetico del figlio non è il risultato dell'*incontro* dei gameti dell'aspirante padre e dell'aspirante madre; il donatore, pertanto, partecipa al processo procreativo in modo del tutto "irresponsabile".

Per lungo tempo – come è noto – la giurisprudenza ha ritenuto esercitabile ai sensi degli artt. 235 e 244 ss. c.c. l'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che avesse prestato il proprio consenso all'inseminazione della moglie con gamete maschile frutto di donazione.

Il *leading case* in cui la dottrina è solita individuare la prima configurazione del rapporto tra fecondazione artificiale con il seme donato e principi in tema di filiazione naturale è Trib. Roma 19 aprile 1956, che riconobbe la legittimazione ad agire in disconoscimento di paternità al marito affetto da *impotentia generandi* che aveva prestato consenso all'inseminazione artificiale della moglie con seme di un terzo donatore, atteso il principio dell'irrilevanza di quel consenso in precedenza prestato, sul presupposto che la paternità giuridica non può essere disgiunta da quella biologica⁵⁹.

Il contesto normativo e culturale in cui veniva pronunciata la decisione del '56 ha poi subito rilevanti mutamenti, specie a seguito della riforma del diritto di famiglia e degli indirizzi ermeneutici emersi nella prassi giurisprudenziale: innanzitutto il venir meno del notevole peso dell'adulterio, allora penalmente sanzionato; in secondo luogo, con la Riforma del 1975, l'accresciuto ruolo del *favor veritatis* rispetto al *favor legitimitatis*⁶⁰. Tuttavia il dibattito sulla rilevanza da assegnare al consenso prestato dal marito all'inseminazione della consorte attraverso un gamete donato, al fine di verificare l'ammissibilità della successiva azione di disconoscimento proposta dallo stesso, ha continuato ad incentrarsi sulla natura giuridica della relazione di paternità (più precisamente sulla presunta identificazione della stessa con il solo rapporto biologico), per essere poi scandito da altri interventi giurisprudenziali. Molti anni dopo la pronuncia del 1956 quell'orientamento venne ripreso e confermato da Trib. Cremona 17 febbraio 1994 che invocava

⁵⁸ Si preferisce parlare di "donazione di gameti" anziché di fecondazione "eterologa", dal momento che l'aggettivo *eterologa* indica etimologicamente che la sostanza organica proviene da una *specie* diversa da quella in oggetto. L'espressione è dunque fuorviante e con tutta probabilità – benché invalsa nel linguaggio comune, oltre che legislativo e giurisprudenziale – *serve* ad ingenerare l'idea che tale pratica presenti più di un tratto di *bestialità*.

⁵⁹ Secondo il giudice capitolino anche nell'ambito della fecondazione artificiale a cui devono applicarsi gli stessi principi della filiazione in generale, «la volontà e il consenso dei soggetti intervenuti all'operazione non hanno alcuna incidenza sull'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione che deriva all'opposto esclusivamente dalla discendenza biologica della donna che ha partorito e dall'uomo che ha dato il seme fertile».

⁶⁰ Cfr. la già ricordata Corte cost. sent. n. 134/85 sulla decorrenza del termine per l'azione di disconoscimento spettante al marito in caso di adulterio della moglie, come anche Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 1992, n. 11073, secondo cui la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. resterebbe affidata alla decisione della madre, nel senso che essa non opera per il semplice fatto della procreazione da donna coniugata, ma solo quando vi sia anche un atto di nascita di figlio legittimo o, in difetto, il relativo possesso di stato, mentre, quando risulti che la madre abbia dichiarato il figlio come naturale, difettando l'operatività di detta presunzione e dello *status* di figlio legittimo, non è necessario il disconoscimento ai sensi dell'art. 235 c.c., né si frappone alcun ostacolo all'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità naturale di persona diversa dal marito.



proprio il *favor veritatis* a fondamento della ammissibilità dell'azione, con conseguente irrilevanza del consenso prestato in precedenza.

Sarà poi la Corte costituzionale nella sent. n. 347/1998 – pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 comma 1, n. 2, c.c. (nella parte in cui consentirebbe l'azione di disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale della moglie con materiale genetico esterno alla coppia), in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost., in quanto la norma impugnata concerne esclusivamente le ipotesi in cui la generazione segua ad un rapporto adulterino – ad evidenziare la presenza di una lacuna normativa nella materia *de qua* con implicazioni costituzionali, nonché la necessità che preminenti siano le garanzie per il nuovo nato. È su questa scia che si è poi mossa, nell'affermare il principio per cui *consensus facit filios*, la notissima Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, ad avviso della quale il consenso preventivo, libero e valido, del marito all'inseminazione della moglie con il seme donato ha carattere impeditivo della successiva azione di disconoscimento della paternità; legittimare la situazione opposta – continuando ad aderire all'orientamento pregresso – avrebbe significato privare il minore del diritto «di essere assistito, mantenuto e curato, da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglierlo quale padre “di diritto”, in ossequio ad un parametro di prevalenza del *favor veritatis*, che è privo [...] di valore assoluto».

I concetti giuridici di *paternità* e *maternità* vengono pertanto ricostruiti secondo un doppio binario che li ricollega al dato biologico nella procreazione naturale e al consenso nella procreazione artificiale⁶¹. Il principio espresso dalla Cassazione del 1999 è stato accolto dalla l. 40/2004 che afferma in modo netto il divieto di far ricorso a tecniche di fecondazione assistita «di tipo eterologo» (artt. 4, comma 3 e 12, comma 1), senza però prevedere alcuna sanzione per chi decida, comunque, di farvi ricorso (art. 12, comma 8), oltre a disciplinare compiutamente all'art. 9 le conseguenze a cui vanno incontro coloro che in violazione del divieto facciano ricorso a tecniche che prevedano l'impiego di materiale biologico estraneo alla coppia: l'art. 9, infatti, detta indicazioni per la determinazione dello *status* del figlio nato da procreazione assistita vietata dall'ordinamento italiano, un'ipotesi tutt'altro che di scuola, visto l'alto numero di coppie che in questi anni, onde aggirare il divieto della legge italiana, si dirige verso Paesi che quelle pratiche consentono, dando vita ad una vera e propria “emigrazione riproduttiva”⁶².

Alla luce della previsione dell'art. 9, comma 1, l. 40⁶³ e in virtù dell'esigenza preminente più volte affermata in giurisprudenza di tutelare la posizione del nascituro “incolpevole” (e confermata

⁶¹ E. GIACOBBE, *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. famiglia*, 2006, 761.

⁶² Indagini recenti valutano in almeno 15mila le coppie – beninteso anche omosessuali – che ogni anno si recano all'estero per accedere alle tecniche di fecondazione assistita: Svizzera, Spagna e Belgio sono le mete preferite di questo turismo della speranza, seguite da Slovacchia e Repubblica Ceca. A questo riguardo si preferisce parlare di *emigrazione* anziché di *turismo procreativo*, per sottolineare come questi spostamenti non siano affatto supportati dalla motivazione dello svago e dell'evasione, essendo piuttosto legati alla *ricerca* di un *diritto* in patria impossibile da realizzare.

⁶³ «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

dalla intenzione del legislatore della legge 40 che ha collocato la disposizione in questione all'interno del Capo III, quello che detta *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*), si ritiene applicabile estensivamente ai nati a seguito di fecondazione artificiale «di tipo eterologo» l'art. 8 della legge stessa⁶⁴. Si tratta di un evidente temperamento imposto dal principio del *favor veritatis* nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi del figlio. Nessuna relazione giuridica parentale acquista invece col nuovo nato concepito mediante fecondazione assistita il donatore di gameti, né può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (così l'art. 9, comma 3).

La stessa applicabilità dell'art. 8 va in ogni caso invocata per decidere lo stato giuridico di chi sia nato in violazione di altri divieti (oltre a quello di inseminazione con materiale biologico esterno alla coppia) di cui è costellata la l. 40⁶⁵: nei casi di difetto del consenso per l'accesso alle tecniche, così come nell'ipotesi in cui esso sia stato “mal prestato”; o anche in caso di accesso alle tecniche in mancanza però dei requisiti oggettivi e soggettivi. Tutti casi – unitamente alla violazione del divieto di ricorso alla fecondazione tramite donazioni di gameti – nei quali la ricerca della soluzione andrà orientata verso la “stella polare” del superiore interesse del bambino, dal quale dovrà farsi dipendere il suo *status filiationis*, tranne però che nell'ipotesi-limite in cui la fecondazione avvenga col seme del *partner*, in precedenza prelevato e crioconservato, ma a sua insaputa, senza cioè che egli abbia manifestato alcuna volontà al riguardo: mancando in questo caso il “consenso della coppia”, la delineazione dello *status filiationis* del nato sarà soggetta alle regole codicistiche del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale⁶⁶.

Recentemente Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2012, n. 11644, ritornando sulla questione del disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito di «inseminazione artificiale eterologa» della moglie, pare essersi discostata dalla “storico” precedente del 1999: i giudici di merito avevano dichiarato inammissibile, in base all'art. 244 c.c., l'azione *ex art. 235 c.c.* esercitata dal marito ad oltre un anno di distanza dalla compiuta conoscenza dell'intervenuta procreazione assistita (e quindi della non paternità), conoscenza acquisita dopo la nascita della figlia. Per i giudici di legittimità tra

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».

⁶⁴ Intitolato *Stato giuridico del nato*: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

Anche in questo caso, ai sensi dell'art. 2, l. 219/12, il legislatore delegato dovrà sostituire il riferimento ai figli legittimi e a quelli riconosciuti con quello ai *figli*.

⁶⁵ Cfr. in tema E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1537 ss.

⁶⁶ È quanto osserva P. SANNA, *Modelli extramatrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro*, cit., 405, il quale, nell'ipotesi invece della mancanza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche, suggerisce come la ricerca di soluzioni adeguate imponga il delicato bilanciamento tra il principio della migliore tutela del nato e la tutela degli interessi di cui sono portatori gli altri soggetti coinvolti: così nella pur remota ipotesi del consenso proveniente da una coppia di minorenni, il loro interesse sarà recessivo rispetto a quello del minore di vedersi attribuito lo *status filiationis ex art. 8*, e lo stesso varrà nel caso di coppie non conviventi o che non lo siano stabilmente. Sul punto cfr. anche U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, 489 ss.



il 1999 (epoca a cui risale il precedente da cui si discostano) e tempo della loro decisione «sono intervenuti significativi mutamenti, sia nel clima culturale, sia in ambito giurisprudenziale, sia, infine, nel quadro normativo», che «a seguito dell'introduzione della l. n. 40 del 2004, per come formulata e per come interpretabile alla luce delle sempre più incisiva affermazione del principio del *favor veritatis*, si è arricchito di una nuova ipotesi, per certi versi tipica, di disconoscimento», che si aggiunge a quelle previste dall'art. 235 c.c., e che si fonda sulla esigenza sempre più avvertita di affermare la primazia del *favor veritatis* rispetto al *favor legitimatis*, corrispondendo oltretutto il primo all'interesse dei minori assai più del secondo. Vi è però – prosegue la Cassazione – una deroga alla proponibilità dell'azione: l'accertamento del consenso del marito – anche tacito – «alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, l. 40); una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 9 della l. 40 dovrebbe indurre a ritenere che il legislatore abbia inteso stabilire un preciso limite al *favor veritatis*: in luogo di un divieto generalizzato di disconoscimento del figlio nato da inseminazione artificiale a seguito di donazione dei gameti, si è introdotta una specifica eccezione in tema di legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 235 c.c., escludendola nelle sole ipotesi in cui, anche per fatti concludenti, sia desumibile il consenso del coniuge che tale azione intenda esperire al ricorso alle tecniche di fecondazione assistita.

Concludendo sul punto, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni in ordine allo *status* del figlio nato a seguito di fecondazione *post mortem* e nell'ipotesi di maternità surrogata. In merito alla prima fattispecie, le suggestioni provenienti da una celebre decisione anteriore alla l. 40⁶⁷ sembrerebbero spazzate via dall'art. 5 della disciplina del 2004 che ammette alle tecniche coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, *entrambi viventi*. Come opportunamente osservato, quello della contemporanea esistenza in vita costituirebbe in rapporto agli altri un requisito superfluo, dal momento che davvero non si vede come i membri della coppia potrebbero essere in età potenzialmente fertile senza essere vivi, né si vede, del resto, come potrebbe parlarsi di “coppia”, laddove uno dei due componenti della stessa fosse deceduto⁶⁸. Se dunque si voleva vietare la fecondazione *post mortem*, non sarebbe stato forse preferibile prevederlo espressamente, magari all'art. 9?

Ma anche a voler tralasciare questi aspetti di coerenza interna del testo di legge, la formulazione dell'art. 5 in ordine al requisito della contemporanea esistenza in vita dei membri della coppia lascia più di un dubbio circa il momento della procedura nel quale deve esigersi, anche nell'ottica di un

⁶⁷ Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, facendo leva sulla preminenza del diritto alla nascita del nuovo individuo e su quello dell'aspirante genitore superstite a non veder interrotto – almeno senza il proprio giustificato consenso – quel processo vitale innescato anche con l'apporto dei propri gameti, disponeva in via cautelare urgente che il centro medico dovesse procedere al trasferimento degli embrioni nel corpo della *partner* superstite. Pertanto il divieto di eseguire la PMA *post mortem* di uno dei due *partners*, previsto all'epoca solo da una norma deontologica del codice nazionale di autoregolamentazione della PMA, non valeva a giustificare, pur in mancanza di una legge in materia, il rifiuto opposto da un centro medico alla richiesta di una donna vedova di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati ottenuti in provetta, quando il marito era ancora in vita.

⁶⁸ È quanto osservato da E. LAMARQUE, *Il progetto di legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (dicembre 2002).



contemperamento con il divieto di soppressione degli embrioni di cui all'art. 14, comma 1, della legge. Quale soluzione adottare nel caso in cui uno dei componenti della coppia, dopo avere espresso il consenso alla procreazione, muoia e successivamente la struttura sanitaria, non informata del decesso, proceda ugualmente alla fecondazione dell'embrione? La struttura sanitaria deve effettuare l'impianto dell'embrione, rispettando l'art. 14, comma 1, o deve astenersi essendo venuto meno il requisito di cui all'art. 5?⁶⁹

La dottrina ritiene senza particolari esitazioni che il requisito di cui all'art. 5 debba sussistere al momento della formazione dell'embrione, perciò se la morte dell'uomo sopraggiungesse dopo quel momento, la procedura non potrebbe essere arrestata; se la morte del convivente fosse successiva alla prestazione del consenso ed alla formazione dell'embrione, ma precedente all'impianto in utero, nulla dovrebbe essere di ostacolo all'attribuzione automatica dello *status filiationis ex art. 8* (in quel caso il rapporto di filiazione col genitore premorto si fonderebbe sul consenso)⁷⁰.

Pur non introducendo una specifica fattispecie sanzionatoria in relazione a pratiche di surrogazione di maternità⁷¹, l'art. 12, comma 6, l. 40 ne punisce la realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

I problemi posti dalla condivisione di un progetto procreativo da parte di più donne pone diversi problemi, oltre all'interrogativo di fondo su chi debba considerarsi madre; notissimo il caso di *Baby M.*, deciso dalla Corte Superiore del New Jersey nel marzo del 1987, che accolse il ricorso presentato dai coniugi che chiedevano che venisse eseguita la promessa della madre portante (c.d. madre biologica) di consegnare il bambino alla donna (c.d. «initiating mother») legalmente unita in matrimonio con la persona (padre biologico) con il cui seme era stato fecondato l'ovocita della madre biologica, deliberando conseguentemente di assegnare alla coppia la custodia della piccola Melissa e dichiarando nel contempo cessati i diritti della madre biologica⁷².

⁶⁹ U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 498.

⁷⁰ L'analisi è sviluppata da P. SANNA, *Modelli extramatrimoniali e filiazione tra passato, presente e (possibile) futuro*, cit., 410 s.

⁷¹ Costituisce anch'essa una delle spinte alla "emigrazione riproduttiva" verso quei Paesi dove è consentita (con sfumature e accenti diversi Gran Bretagna, Belgio, Grecia e soprattutto California). Si tratta di un fenomeno nella pratica assai multiforme, che può svolgersi essenzialmente secondo due diverse modalità: quella della surrogazione del concepimento e della gestazione, ossia la situazione in cui l'aspirante madre demanda ad un'altra donna sia la produzione di ovociti, sia la gestazione, non fornendo alcun apporto biologico; e quella della surrogazione della sola gestazione, comunemente detta "utero in affitto", ossia la situazione in cui l'aspirante madre produce l'ovocita che, una volta fecondato dallo spermatozoo dell'aspirante padre, viene impiantato nell'utero di un'altra donna che fungerà esclusivamente da gestante.

Non configura pertanto maternità surrogata la donazione di ovuli, mancando in questo caso l'elemento caratterizzante consistente nel portare avanti la gravidanza e nel parto di un figlio "non per sé" (lo evidenzia I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1480).

⁷² A distanza di quasi un anno (3 febbraio 1988) la Corte Suprema del New Jersey dichiara nullo il *surrogacy contract* per contrarietà alle norme sull'adozione e per contrasto con l'ordine pubblico. Pur decidendo di affidare la bambina al padre, in quanto rispondente all'interesse della minore, la Corte invalida sia l'estinzione dei diritti che

Nel nostro Paese sono state rare le pronunce giudiziali in tema di maternità surrogata, ma hanno sempre suscitato vasta eco e polemiche⁷³.

Gli aspetti di maggiore problematicità sono legati alla attribuzione della maternità tra le donne coinvolte in eventuali accordi surrogatori. In base all'art. 9, comma 2, l. 40, è fatto divieto alla madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di dichiarare la volontà di non essere nominata (possibilità riconosciuta ad ogni madre naturale dall'art. 30, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396); tale divieto parrebbe precludere l'attribuzione della maternità alla donna committente, ma il divieto è subordinato alla circostanza che sia reso noto che la gravidanza è il risultato dell'utilizzo della tecnologia riproduttiva e ciò accade quando l'intervento medico avviene nelle strutture nazionali autorizzate; tuttavia, in presenza di un accordo tra la coppia committente e la madre sostituta, ben potrebbe darsi che la madre sostituta non dichiari la propria maternità, che il padre riconosca il figlio, e che la moglie

spettano alla madre quale genitrice naturale (c.d. diritti parentali) sia l'adozione del bambino da parte della moglie "matrigna", riattribuendo pertanto i diritti parentali alla madre surrogata.

⁷³ Oltre alla pronuncia capostipite in materia che dichiarò nullo perché contrario a norme imperative e ai *boni mores* il contratto di maternità con cui una donna consente di essere inseminata artificialmente e di portare a termine la gravidanza, consegnando il nato alla coppia committente, verso un corrispettivo in denaro (Trib. Monza, 10 ottobre 1989), è il caso di ricordare in anni più recenti Corte App. Bari, 25 febbraio 2009, secondo la quale per il giudice chiamato a riconoscere un provvedimento straniero attributivo di maternità, a valle di un contratto di maternità surrogata, deve ritenersi che il solo fatto che la legislazione italiana (odiernamente vigente, ma non all'epoca della nascita dei bambini) vieti la tecnica della maternità surrogata e sia ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale" non determini contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni di altri Stati europei che prevedono deroghe a tale principio; ciò tanto più allorché il giudice sia chiamato a valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale (Regno Unito) e protrattasi per oltre dieci anni, poiché in tali ipotesi – dovendosi valutare gli effetti e le ricadute concrete del riconoscimento, o del suo diniego – diviene evidente, per il gravissimo pregiudizio che altrimenti i bambini subirebbero, l'esigenza di dare loro certezza formale in Italia circa il proprio *status* di figli della madre surrogata, in modo da evitare la paradossale situazione per cui gli stessi risultino, sul piano formale, figli di madri diverse nel Regno Unito ed in Italia. In argomento v. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, 358 ss.; M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, 2010, 20 ss.

Va segnalato anche il decreto di Trib. Napoli, 1 luglio 2011, che ha ordinato all'Ufficiale di stato civile di trascrivere gli atti di nascita di bambini nati ricorrendo alla tecnica della surrogazione della maternità nello Stato del Colorado da parte di un padre *single*. Il giudice, chiarito come l'oggetto del giudizio fosse da individuarsi nella possibilità di dare ingresso in Italia, tramite la trascrizione dei certificati di nascita, alla legge straniera che consente la fecondazione a seguito di donazione di gameti, ai soli fini del rapporto di filiazione, ha affermato che non sussiste alcuna violazione dell'ordine pubblico nella trascrizione dei certificati. Si decide pertanto che «la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini nati con la fecondazione eterologa non è in contrasto con l'ordine pubblico ideale poiché, nel nostro ordinamento, il principio guida è quello della responsabilità procreativa finalizzato a proteggere il valore della tutela della prole, principio che è assicurato sia dalla procreazione naturale che da quella medicalmente assistita ove sorretta dal consenso del padre sociale. Pertanto, l'ingresso della norma straniera, ovvero dei suoi effetti, non mette in crisi uno dei principî cardine dell'ordinamento ben potendo coesistere ed armonizzarsi il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa in Italia con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre sociale ed il nato a seguito di fecondazione eterologa negli Stati Uniti».



richieda successivamente l'adozione del figlio del marito, come forma di adozione speciale *ex art.* 44, comma 1, lett. *b*), l. 184/1983⁷⁴.

Nei casi di maternità surrogata – che possono essere dei più diversi, sia in ragione del luogo in cui si perfezionano, sia in virtù della composizione soggettiva della coppia committente, sia poi a seconda che la “madre” committente mantenga o meno un legame genetico col “figlio” – pare vacillare la stessa “stella polare” che deve sempre orientare l'attribuzione dello *status* di figlio, il suo interesse: se da un lato la presunzione di maternità in capo alla partoriente (art. 269, comma 3, c.c.) rischia di veder attribuita la maternità ad una donna che, benché partecipi al processo procreativo, non ha intenzione di assumere alcuna responsabilità genitoriale verso un figlio che non considera come suo, dall'altro l'interesse del minore non pare sufficiente, nel contesto normativo attuale, ad identificare la maternità legale in capo alla “madre sociale”⁷⁵.

Questi temi, e le relative risposte che ad essi il diritto cerca di dare, pongono tra l'altro l'accento sulla questione che riguarda le possibilità che le applicazioni scientifiche e tecnologiche offrono oggi alla procreazione.

Muovendo dall'idea che l'essere umano nella sua dimensione corporea costituisca il *luogo privilegiato* per l'incontro degli sviluppi tecnico-scientifici e dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici, nelle pagine che seguono si tenterà di riflettere su talune scelte riproduttive che se da un lato hanno il loro “motore” nella libertà della ricerca scientifica, dall'altro costituiscono il “cuore” della personalità di ognuno che trova, sia pure con sfumature e accenti diversi, (i suoi principali?) modi di esplicazione nella sessualità, nella procreazione, nella genitorialità.

7. LA PROCREAZIONE COME DIRITTO

«La lotta per i diritti ha avuto come avversario prima il potere religioso, poi il potere politico, infine il potere economico. Oggi le minacce alla vita, alla libertà e alla sicurezza possono venire dal potere sempre più grande che le conquiste della scienza e delle applicazioni che ne derivano danno a chi è in condizione di usarne. Siamo entrati nell'era che viene chiamata post-moderna, ed è caratterizzata dall'enorme progresso, vertiginoso e irreversibile, della trasformazione tecnologica e conseguentemente anche tecnocratica del mondo»⁷⁶.

⁷⁴ Così I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 1490 ss.

⁷⁵ Ivi, 1492.

⁷⁶ N. BOBBIO, *I diritti dell'uomo, oggi*, in *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 267. È noto che la riflessione bobbiana sui diritti umani poggia sulla critica all'ipotesi *fondazionista* e, in particolare, al razionalismo etico che pretende di dare un *fondamento* ultimo ed universale ai diritti umani, critica che conduce Bobbio a formulare il suo paradosso: nonostante la crisi attuale che investe i loro fondamenti (e che genera, a sua volta, la ricerca spasmodica del fondamento assoluto), i diritti umani sono maggiormente garantiti e attuati nella nostra epoca che non nelle epoche in cui si riteneva di aver trovato un argomento irresistibile per fondarli. Per questo Bobbio esorta a prendere come punto di riferimento necessario la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, la quale da un lato ha fatto perdere al problema dei fondamenti dei diritti umani gran parte della sua importanza, ma dall'altro ha generato un nuovo problema, ben più serio del precedente, ovvero quello delle condizioni e degli strumenti per garantire in maniera efficace i diritti



È innegabile che la scienza degli ultimi trent'anni abbia ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi rientravano, collegando le conseguenze di quelle scelte all'agire umano e dunque alla responsabilità individuale; ecco che espressioni come *scelte procreative* o *scelte riproduttive* hanno progressivamente assunto nuove sfumature di significato, non più legate soltanto alla dimensione naturalistica dell'*an*, venendo piuttosto a declinarsi in funzione dei progressi scientifici che spingono la riflessione sul terreno sempre più controverso del *quomodo*.

Occuparsi delle questioni etiche derivanti dai mutamenti che la medicina e la biologia hanno prodotto nelle condizioni relative al nascere, al morire e alla cura degli esseri umani costituisce il cuore della bioetica⁷⁷; tuttavia lo scontro ideologico e politico a cui si assiste quando si tenta di definire principi, regole e criteri da far valere in un'etica rivolta ad eventi umani primari che suscitano interrogativi riguardo alle più recenti acquisizioni della scienza, al rispetto per la persona e la natura, al senso stesso della nostra identità, ha storicamente impedito di convergere su norme giuridiche condivise⁷⁸; un dibattito in campo bioetico che, a rischio di grossolane semplificazioni, vede contrapporsi fondamentalmente una morale laica ed una cattolica, un'etica che ammette la possibilità di disporre della vita umana nei modi più utili all'uomo ed una che esalta la "sacralità" della vita, indisponibile per questo a qualsivoglia manipolazione.

Non si può né si vuole qui entrare nella complessa ricostruzione delle "visioni etiche" della vita umana, ma è chiaro che la dialettica tra l'etica della *sacralità* della vita e l'etica della *qualità* della vita (con la conseguente accusa di *relativismo etico*) dà il senso di una contrapposizione che appare insanabile e che porta ad interrogarci sulla unicità o sulla pluralità di valori ultimi.

Ha scritto Gustavo Zagrebelsky: «La ragione della temuta "esplosione" soggettivistica dell'interpretazione è dunque ancora una volta da rintracciare nel carattere pluralistico della società attuale e di quella società parziale che è la comunità dei giuristi e di coloro che operano attraverso il diritto. Essi rappresentano diversi "punti di vista", che non possono non riflettersi nella loro opera, e questa diversità viene esaltata dalla novità dei problemi che l'evoluzione della scienza, della tecnica e dell'economia continuamente e pressantemente propone. La causa dell'incertezza nei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso»⁷⁹.

Se è vero che l'etica condivide con il diritto alcune norme fondamentali per la vita sociale – ad esempio il divieto di uccidere – differenze sostanziali attengono – è notorio – alla loro portata e alla loro cogenza: mentre la norma morale *tende* ad essere universale, a valere per tutti indistintamente, quella giuridica *pretende* di valere per tutti i cittadini di un determinato territorio soggetto alla

dell'uomo così proclamati. Di fronte a questo problema quello dei fondamenti perde, se non d'interesse e di validità, quanto meno di *attualità*, tanto che Bobbio è indotto a concludere affermando: «Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico» (ID., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, cit., 16).

⁷⁷ Per un complessivo inquadramento si rinvia alla recente ampia riflessione di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012.

⁷⁸ Cfr. M. FARRI MONACO, *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, in *Min. e giust.*, 2005, vol. 2, 36 ss.

⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 201.



sovranità di uno Stato, i quali la osserveranno perché per la sua violazione è prevista una pena, laddove invece una norma morale è seguita non per timore della sanzione prevista dal diritto, ma per intima convinzione da cui deriva il rimorso in caso di trasgressione, per la paura dunque di una sanzione – per così dire – “privata”.

Pur con àmbiti normativi diversi, dunque, regole morali e regole giuridiche sono rivolte a realizzare un controllo nei rapporti tra individuo e società, ma è proprio sul terreno della bioetica che la conciliazione tra regole morali e regole giuridiche appare assai delicata e complessa.

La complessità di questioni etiche circa la scelta di metodi procreativi naturali o artificiali, o circa l’incidenza delle forme di fecondazione sulla famiglia, o ancora in merito alle questioni – in parte già richiamate – della maternità surrogata o della donazioni di ovociti o di seme non cresce in relazione alla complessità tecnica necessaria alla pratica della fecondazione in questione, ma attiene alla possibilità di riconoscere quello *alla procreazione* come un *diritto*⁸⁰.

La riflessione sulla rilevanza della procreazione come diritto si è sviluppata dietro la spinta di due fattori che hanno consentito di sciogliere l’endiadi sessualità-riproduzione: da un lato la diffusione su larga scala della contraccezione negli anni ’60 ha fatto sì che si potesse discutere di una “sessualità senza procreazione”, dall’altro l’impiego a partire dalla fine del decennio successivo delle tecniche di procreazione artificiale ha aperto la strada ad una “riproduzione senza sessualità”⁸¹.

Non può non concordarsi con quanti hanno sottolineato che la questione etica non consiste nel garantire all’individuo le condizioni per avere un figlio *comunque*, come se quella ad aver garantita una propria discendenza fosse un’esigenza morale e giuridica da soddisfare *senza limiti e ad ogni costo*⁸². Ecco che in questo senso si preferisce distinguere tra il *diritto a procreare* e un *diritto di libertà procreativa*, ponendosi in questo caso l’accento sulla necessità di limiti relativi ai modi e ai tempi della procreazione; Eugenio Lecaldano definisce quello *a procreare* come il *diritto* di ciascuno ad avere una propria discendenza geneticamente collegata a cui corrisponda *l’altrui dovere* – di privati e istituzioni pubbliche – di rendere effettivo questo diritto, osservando invece rispetto al *diritto alla libertà procreativa* che: «Una confusione tra questi due diritti è presente in molte delle argomentazioni contro l’uso delle tecniche più sofisticate della procreazione assistita che si oppongono ad esse sottolineando che le persone si comportano come se pretendessero di essere soddisfatte comunque nei loro desideri procreativi. [...] Ma laddove si tenga ferma la distinzione, la questione che si pone è se e fino a che punto sia legittima una libertà nei modi e nei tempi della procreazione, ovvero il riconoscimento di un qualche diritto alla libertà procreativa, e non già di procreare comunque, agli esseri umani. Il diritto alla libertà procreativa è proprio la negazione alla

⁸⁰ Così M. FARRI MONACO, *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, cit., 41.

⁸¹ Cfr. più diffusamente G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2008, come anche le riflessioni di L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it (aprile 2006).

⁸² Cfr. A. D’ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1342, che al riguardo ragionano di un *diritto positivo a procreare*.



radice di un diritto a procreare perché uno tra i modi in cui il primo può essere realizzato è proprio rifiutandosi completamente di procreare»⁸³.

È di tutta evidenza come la distinzione proposta si muova (anche) lungo il sottile crinale di un principio di responsabilità quando ci si riferisce a forme di procreazione assistita: «Il riconoscimento del principio della disponibilità alla nascita richiede infatti l'elaborazione di un'etica che si fa certamente più complessa qualora a presiedere la procreazione siano metodi artificiali, uteri affittati, embrioni congelati, fecondazioni dopo la morte del partner, maternità solitarie e quant'altro non attiene alle forme naturali»⁸⁴. L'alterazione del processo riproduttivo non interessa solo gli spazi, i tempi e i modi della fecondazione, dal momento che il diritto alla procreazione – come ogni altro diritto, ma forse nessun altro come esso – deve confrontarsi con altri diritti ed altri interessi vivendo in una dimensione relazionale di reciproco riconoscimento⁸⁵.

Spostando l'analisi sul versante legislativo, non sono molte le disposizioni che si riferiscono specificamente alla procreazione in termini di diritto: i più “forti” ed inequivoci riferimenti in tal senso si rinvengono nell'art. 1, comma 1, l. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, secondo cui lo Stato, che riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana fin dal suo inizio, deve garantire il «diritto alla procreazione cosciente e responsabile»⁸⁶, e nell'art. 1, lett. b), l. 405/1975 sull'istituzione dei consultori familiari, che annovera tra le finalità dell'assistenza prestata da questi presidi «la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti»⁸⁷.

Ma procediamo per gradi: come è noto, nel riferimento alla «procreazione cosciente» di cui all'art. 1 della legge 194 taluni commentatori hanno colto l'affermazione di un principio di autodeterminazione della donna che le conferirebbe una “libertà negativa di procreare” consistente nella libertà di porre fine anche ad una gravidanza iniziata; una diversa interpretazione, che legga in modo sistematico il riferimento in questione con il secondo comma della disposizione che esclude che l'aborto possa fungere da «mezzo di controllo delle nascite», porta a considerare l'interruzione volontaria della gravidanza come momento «eccezionale» che vede prevalere la salute della donna, ex art. 32 Cost., sulla vita prenatale (la cui tutela – come ricordato – è garantita fin «dal suo inizio»)⁸⁸; secondo questa linea interpretativa il diritto alla procreazione cosciente e responsabile si riferirebbe ai servizi di assistenza, educazione, informazione, somministrazione di mezzi

⁸³ E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, 137-138.

⁸⁴ È ancora quanto osservato da M. FARRI MONACO, *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, cit., 42.

⁸⁵ Cfr. ancora A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1343.

⁸⁶ Tra i tanti possibili riferimenti si rinvia più diffusamente a B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1655 ss.; in particolare, sulla disposizione di apertura, cfr. F.D. BUSNELLI, *sub Art. 1*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di) *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1593 ss.

⁸⁷ Cfr. ancora la riflessione di L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit.

⁸⁸ Ricostruisce la differenza di posizioni F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 130 ss.



anticoncezionali prestati dai consultori familiari (art. 1 l. 405) e si sostanzierebbe nel «diritto soggettivo ad avvalersi dei servizi medesimi essendo questo il significato e il contenuto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile»⁸⁹.

Appare evidente come la legge 194 disciplini quella fase in cui alla donna è attribuito il diritto di decidere in ordine alla propria sfera procreativa⁹⁰; una libertà di scelta, pur limitata e regolamentata, frutto dell'autodeterminazione della donna non solo garantita come valore in sé, ma anche come «metodo di assunzione di responsabilità nella soluzione del conflitto tra diritto alla vita del feto e diritto alla salute della madre»⁹¹. La garanzia del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, il riconoscimento del valore sociale della maternità, la tutela della vita umana fin dal suo inizio rappresentano principi che costituiscono «una conferma e/o uno sviluppo di altrettanti principi dettati dalla Costituzione»⁹².

Riprendendo per un momento la distinzione proposta da Lecaldano tra *diritto a procreare* e *diritto alla libertà procreativa*, se quest'ultimo trova nella scelta di non procreare il suo connotato distintivo, di quella scelta un momento centrale è senza dubbio costituito dall'interruzione volontaria della gravidanza; la dottrina ha più volte messo in evidenza il carattere «compromissorio» tra beni costituzionali della mediazione operata dalla legge 194 tra il diritto alla procreazione cosciente e responsabile e la tutela della vita umana fin dal suo inizio⁹³; la mente non può non andare alla decisione «storica» (aggettivo spesso abusato, non certo però in quel caso) della Corte costituzionale sulla parziale depenalizzazione del reato di aborto (delitto contro la integrità e la sanità della stirpe), che riconobbe come la tutela del concepito avesse fondamento costituzionale (l'art. 31, comma 2 e, più in generale, l'art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali deve collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito; una premessa questa a cui però si accompagna la considerazione che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri

⁸⁹ Ivi, 134.

⁹⁰ Di recente in tema S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012.

⁹¹ Così G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 242. Cfr. anche A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1347 che precisano come il modello teorico-assiologico a cui guarda la legge 194 non sia quello statunitense dell'aborto come espressione del *right to privacy* della donna (caso *Roe c. Wade* deciso dalla Corte Suprema il 22 gennaio 1973), una scelta personale tendenzialmente libera della donna, sganciata da una serie di presupposti e condizioni di praticabilità; per il legislatore italiano l'aborto non è un diritto, ma un fatto che l'ordinamento sceglie di non sanzionare solo quando alla base vi siano ragioni gravi tali da giustificare il sacrificio della «vita nascente».

Rispetto al caso *Roe* si deve ricordare come ad una sua parziale «erosione» abbia provveduto la decisione sul caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey* del 29 giugno 1992, che supera la divisione della gravidanza in trimestri (che è poi lo schema accolto anche dalla legge italiana) e la nozione che rileva, al fine di valutare la legittimità dell'intervento regolatore dello Stato, è esclusivamente quella di *viability*, ossia la capacità di vita autonoma del feto al di fuori del grembo materno. Il risultato di questa interpretazione è che il legislatore può proibire l'aborto – salvo il caso di pericolo per la salute o la vita della donna – solo dopo la *viability*, mentre, nel periodo precedente, tale diritto non può essere soppresso.

⁹² È l'osservazione di F.D. BUSNELLI, *sub* Art. 1, cit., 1595.

⁹³ Cfr. da ultimi A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1345 ss.



beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, 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» [sent. n. 27/1975)]⁹⁴.

Il bilanciamento operato dalla Corte in quell'occasione si fondò sulla separazione giuridica – in natura come è ovvio impossibile – tra la donna e *il suo* embrione, contrapponendo i loro rispettivi diritti; se l'autonoma tutela del concepito va ricondotta all'art. 2 Cost., la tutela della donna si apprezzerrebbe al riparo dell'art. 32⁹⁵. Una opzione fatta propria poi dal legislatore del '78 che ha ammesso la prevalenza nel bilanciamento dell'interesse costituzionalmente tutelato alla salute psico-fisica della gestante su quello alla vita futura, un contemperamento che si fa più rigoroso dopo i primi novanta giorni, dovendo sussistere, ai fini della decisione interrutiva, un grave pericolo *per la vita* oltre che per la salute psico-fisica della donna determinato da processi patologici accertati (non più il *serio pericolo* per la sua salute psico-fisica, elemento centrale per fondare la scelta nei primi tre mesi⁹⁶), anche a carico del nascituro per rilevanti anomalie o malformazioni.

Se dunque il diritto alla procreazione cosciente e responsabile pare in qualche modo ricondurre l'interruzione della gravidanza alla sfera dell'autodeterminazione della donna, la situazione giuridica del concepito (nella lezione della Corte – giova ripeterlo – *soggetto giuridico e non persona*) implica la sottrazione di quel *bene* alla libera disponibilità della donna⁹⁷.

Altrettanto “forti” le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza: Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2008 ha stabilito che in tema di ordinamento penitenziario, il detenuto può proporre reclamo all'autorità giudiziaria avverso le decisioni dell'amministrazione penitenziaria che ne

⁹⁴ Non è questa la sede per entrare nello spinoso dibattito su quale sia la *natura dell'embrione*; più avanti si tenteranno alcune considerazioni legate alla tutela che all'embrione accorda la legge 40/2004. Per adesso sia consentito soltanto il richiamo alle parole di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 351 s.: «[...] dire che l'embrione è una persona non è un'asserzione, ma una prescrizione; non un giudizio di fatto ma un giudizio di valore, come tale né vero né falso ma rimesso alla valutazione morale e alla libertà di coscienza di ciascuno. Una sola cosa è pacificamente condivisa: una “persona”, in senso morale non meno che giuridico, sicuramente esiste al momento della nascita, la quale richiede la gestazione e il parto ad opera di una donna». Per opportune e condivisibili precisazioni si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., vol. I, 49 ss.

⁹⁵ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit. e S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, ivi, (maggio 2005).

⁹⁶ Osserva S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita indesiderata*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (novembre 2012), come l'ampiezza dei criteri dettati abbia posto una serie di dubbi interpretativi, che tuttavia non privano di rigore il complesso della disciplina, la quale rinviene nella clausola generale del “serio pericolo” l'architrave per strutturare il richiamato giudizio di bilanciamento, «senza lasciare che la tutela dell'autonomia possa trascendere in una forma di “diritto egoista” che non richiede la sussistenza di una giusta causa per essere esercitato».

⁹⁷ Il difficile e doloroso bilanciamento tra le istanze di tutela dell'integrità psico-fisica e della libertà di scelta della donna con l'aspettativa a svilupparsi e crescere del nascituro concepito hanno fatto ragionare la dottrina di un vero e proprio «conflitto di un valore con se stesso», dal momento che il conflitto non si snoda tra *valori diversi* ma tra un valore *e se stesso*, poiché se ne fanno portatrici *soggettività diverse*, meritevoli tutte di tutela: è il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza «dove il diritto alla vita del figlio è drammaticamente e, direi, innaturalmente messo a confronto col diritto alla vita [...] della madre. Qui, il *bene* costituzionale è uno solo» (così A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 50).

limitano le situazioni giuridiche soggettive, sia quelle riconosciute dalle norme penitenziarie che quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l'interesse della singola persona, pur se detenuta⁹⁸: nel caso di specie il detenuto, soggetto al regime speciale *ex art. 41 bis* ord. penit., aveva chiesto di essere autorizzato al prelievo del liquido seminale, per consentire alla moglie – affetta da patologia comportante l'infertilità – di accedere alle tecniche di fecondazione assistita⁹⁹; all'iniziale autorizzazione del g.u.p. aveva fatto seguito l'opposizione del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria che aveva negato il proprio consenso al prelievo, con decisione confermata dal magistrato di sorveglianza, che si era dichiarato anzi incompetente a provvedere, essendo appunto la materia rimessa al D.a.p.; tale provvedimento – in quanto si risolve nel diniego di tutela giurisdizionale ad un'indubbia situazione giuridica soggettiva del detenuto (il diritto alla paternità) – viene pertanto annullato dalla Cassazione¹⁰⁰.

Molto nota, sempre a questo riguardo, Corte cost. sent. n. 332/2000 con cui – a partire dalla disposizione della legge n. 64/1942, nella parte in cui includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel corpo della Guardia di finanza, l'essere senza prole – vengono annullate tutte le norme che, in violazione dei diritti fondamentali della persona, quale il diritto fondamentale di procreare e la libertà di autodeterminarsi nella sfera privata, limitano l'accesso ai corpi di polizia e militari, non ritenendo prevalenti su quella sfera di diritti le peculiari esigenze di organizzazione del settore. In particolare precisa la Corte: «Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 Cost. l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata. [...] Il contrasto della disciplina impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione sussiste, non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione».

Assai netta la posizione espressa da Trib. Genova, 28 settembre 2002, per il quale «è difficile non ravvisare nel “diritto alla procreazione responsabile”, riconosciuto in esordio della legge

⁹⁸ La decisione dei giudici di legittimità fa applicazione del principio espresso da Corte cost. sent. n. 26/1999, che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 35 e 69 ord. penit., nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

⁹⁹ La Corte richiama al riguardo un proprio precedente, Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2007, che però aveva negato la sussistenza del diritto del detenuto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita perché non ricorrevano (o piuttosto non erano stati provati) i presupposti di applicazione della legge 40, ossia «l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione», cioè limitatamente «ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

¹⁰⁰ Cfr. in ambito sovranazionale il caso *Dickson c. Regno Unito* [GC], 4.12.2007 deciso dalla Corte di Strasburgo nel senso della applicabilità dell'art. 8 CEDU nel caso di rifiuto delle autorità nazionali di consentire il ricorso alla fecondazione artificiale ad un detenuto e a sua moglie, dal momento che il rispetto della «vita familiare» include anche il diritto di diventare genitori biologici. Per un maggiore approfondimento anche su questo punto si rinvia al contributo di S. TALINI, *Famiglia e carcere*.



sull'i.v.g., un diritto fondamentale della persona che direttamente si radica nell'art. 2 della Carta Costituzionale, espressione puntuale e specifica della libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il corpo, la salute, le opzioni di vita. [...] Ma "diritto alla procreazione responsabile" significa anche diritto a procreare senza il deterrente di quelle situazioni – menzionate nell'art. 4 della legge n. 194/1978 – che possono risolversi in un potenziale pregiudizio per la salute della gestante: vi è, in questa nozione di *procreazione responsabile*, un connotato insieme di responsabilità e di libertà, che non è un mero "doppione" della tutela dell'integrità psicofisica ma che mette al centro dell'attenzione le determinazioni consapevoli della gestante sulle sorti della gravidanza. La legge n.194 del 1978 ha raggiunto il difficile punto di equilibrio tra diritto del nascituro e diritti della gestante realizzando una tutela avanzata della madre, per cui non si richiede una concreta ed attuale patologia di quest'ultima per legittimare l'i.v.g., ma solo il rischio del suo verificarsi: a tali condizioni, la volontà della donna di non proseguire nella gravidanza va recepita e resa effettiva».

Il carattere strettamente esistenziale delle scelte operate configura il diritto alla procreazione cosciente e responsabile come un diritto di natura personale, che trova un riconoscimento al riparo dell'art. 31, comma 1, Cost., la cui garanzia è ispirata dal principio di uguaglianza, nel senso che la mancanza di assistenza e di informazioni costituisce un ostacolo che, limitando di fatto la libertà della donna, impedisce il pieno sviluppo della persona umana¹⁰¹.

8. LA NASCITA INDESIDERATA E IL PARADOSSO DELLA NON-NASCITA

Il diritto (*rectius*, la facoltà) di abortire presenta una indubbia interazione – forse la più estrema – con la mancata diagnosi di malformazioni a carico del nascituro¹⁰².

Detto in altre parole, in che termini la procreazione può costituire un fattore di danno e di responsabilità civile?

L'interrogativo se esista o meno un *diritto a non nascere*, o meglio un diritto a non nascere *se non sani*¹⁰³, con la conseguente risarcibilità del *danno da vita indesiderata/ingiusta/sbagliata*

¹⁰¹ Cfr. M.R. SPALLAROSSA, *La procreazione responsabile*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1373 ss.

Ecco così emergere con forza il ruolo del consultorio familiare, vero nodo sociale, diffuso sul territorio, punto di riferimento gratuito e aperto a tutti «per ogni questione relativa alla cura del proprio corpo, sessualità e vita procreativa» (così L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., che opportunamente evidenzia come oggi siano soprattutto le donne migranti a rivolgersi ai consultori, che diventano così presidii decisivi di "sopravvivenza" prima ancora che di accoglienza e integrazione, non solo per il ricorso alla interruzione volontaria di gravidanza, ma anche come sostegno alla volontà delle donne migranti di sottrarsi e di sottrarre le loro figlie alle pratiche di mutilazione genitale).

¹⁰² Una tematica sulla quale v. diffusamente A. FERRARIO, *Il danno da nascita indesiderata*, Milano, 2011 e F. CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in A. Belvedere, S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina. Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 371 ss.



schiede dinanzi a noi scenari dalle implicazioni eccezionali, dal momento che l'eventuale esistenza di un tale diritto ci porterebbe a mettere a confronto la *vita*, la *vita sbagliata* e la *non-vita*. Ci chiediamo perciò, se la madre decidesse di portare a termine una gravidanza di cui conosce perfettamente le conseguenze, il figlio potrebbe per questo agire contro di lei?¹⁰⁴ Non verrebbe forse così a configurarsi un *diritto ad essere abortito*, in base al quale quella che il legislatore italiano ha previsto come una facoltà a tutela della salute della gestante diverrebbe un comportamento dovuto?

La pretesa del risarcimento della *vita sbagliata* poggia sull'idea per la quale l'*inesistenza* costituisca un "male minore" rispetto ad una vita gravemente malata: in una logica risarcitoria nella quale l'evento lesivo non sarebbe rappresentato dalla malattia ma dalla *vita malata*, la vita sarebbe *degnata di essere vissuta* solo se si è in presenza/possesso di requisiti che vengano a renderla *degnata*. Ma quando una vita è degna di essere vissuta? Riaffiora in controluce la contrapposizione già richiamata tra l'etica della *qualità* della vita in contrapposizione all'etica della sua *sacralità*: la *qualità* che assurge a *discrimen* della *dignità* porta quest'ultimo concetto a subire un'inaccettabile torsione: la dignità passerebbe così dall'essere oggetto della tutela a divenirne la *condizione*¹⁰⁵.

Il danno da procreazione costituisce un tema relativamente recente per la giurisprudenza italiana, mentre altri ordinamenti – specie anglosassoni – da più tempo si interrogano sulla percorribilità della via indicata¹⁰⁶. Notissimo il caso deciso dalla *Cour de cassation* francese il 17 novembre del 2000 (*arrêt Perruche*), in cui veniva ammesso a chiedere il risarcimento del danno, derivante dalla esistenza menomata, il bambino affetto da sindrome di Gregg a causa della rosolia non diagnosticata alla madre durante la gravidanza¹⁰⁷.

La giurisprudenza italiana si è attestata su posizioni di netta chiusura circa la configurabilità di un diritto siffatto: rispetto a precedenti pronunce (in particolare Cass. 8 luglio 1994, n. 6464 e 1 dicembre 1998, n. 12195)¹⁰⁸, è da riconoscere a Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735 la

¹⁰³ Cfr. F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di "diritto a non nascere"*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, 155 ss.

¹⁰⁴ A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto e impr.*, n. 1/2005, 1 ss.

¹⁰⁵ Cfr. ancora la riflessione di F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di "diritto a non nascere"*, cit., 167.

¹⁰⁶ Utili indicazioni si trovano in A. D'ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in Id. (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, 165 ss.; L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli USA*, ivi, 179 ss.; A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1364 ss.

¹⁰⁷ In tema v. di recente. M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, in www.dirittifondamentali.it (maggio 2012).

¹⁰⁸ Secondo le quali il medico risponde dei danni conseguenti alla violazione, per negligenza, del dovere di informazione del paziente al quale egli è tenuto in ogni caso ed in special modo in quello di interruzione volontaria della gravidanza, in cui il diritto della paziente alla informazione è espressamente sancito dall'art. 14 l. 194/78 (Cass. n. 6464/1994); pertanto, sussistendo tutti gli elementi previsti dalla legge perché la gestante possa esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza, risultando pertanto provato che la gestante, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto, avrebbe effettivamente esercitato tale diritto, il medico che non abbia adempiuto il

riconduzione della questione relativa alla scelta se interrompere o no la gravidanza al piano del nesso causale, escludendo che la stessa possa rilevare come criterio di selezione dei danni risarcibili.

È però in due decisioni pressoché coeve che la Cassazione indica le coordinate principali del tema della risarcibilità del danno per nascita indesiderata: in Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488 l'errore medico è commesso nella consulenza genetica, anteriore al concepimento, come sovente è prescritta alle coppie afflitte da rischi di trasmissione di malattie ereditarie all'eventuale concepito¹⁰⁹. Ad avviso dei giudici del Supremo collegio, in caso di gravi malformazioni fetali, è da assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante, se informata correttamente e tempestivamente sulla gravità delle patologie cui va incontro il nascituro, interrompa la gravidanza; allo stesso modo si deve ritenere che il difetto d'informazione da parte del medico per omessa diagnosi prenatale impedisca l'esercizio del diritto all'aborto: ne discende che il medico che abbia omesso di diagnosticare rilevanti patologie del feto è responsabile dei danni, patrimoniali e non, che siano conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento. Tuttavia, qualora la mancata informazione del medico sulla possibilità di gravi malformazioni fetali abbia determinato l'impossibilità per la gestante dell'esercizio del diritto di scegliere se interrompere o meno la gravidanza, non sussiste il diritto al risarcimento per "vita ingiusta" del bimbo concepito se il suo handicap non è stato provocato, aggravato dall'errore del ginecologo o se in ogni caso non poteva essere evitato. Nel secondo caso (di poco anteriore), quello deciso da Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, l'errore coinvolge la diagnosi, a gravidanza ormai avviata, idonea in astratto a riconoscere le patologie dell'embrione o del feto.

Il ragionamento seguito dalla Cassazione nella decisione del luglio è lungo ed articolato: pur constatando che l'ordinamento tutela l'embrione fin dal concepimento e pur potendosi parlare di un *diritto a nascere sani*, secondo i giudici tale locuzione va intesa nella sua portata positiva e non in quella negativa: «il "diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale" (cfr. Cass. 589/99), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana». Non significa invece, che il feto che presenti gravi anomalie genetiche non deve essere lasciato nascere. Pertanto, il diritto del nascituro a nascere sano viene riconosciuto in virtù degli artt. 2 e 32 Cost., escludendo però che il concepito, una volta nato, possa esigere il risarcimento del danno perché la madre non è stata posta nella condizione di interrompere la gravidanza¹¹⁰. Nel decidere quindi sulla domanda di risarcimento del danno

dovere di informazione incorre in responsabilità contrattuale e deve risarcire non solo il danno alla salute in senso stretto, ma anche il danno biologico in tutte le sue forme e il danno economico, che sia conseguenza diretta ed immediata del proprio inadempimento, in termini di causalità adeguata (Cass. n. 12195/1998).

¹⁰⁹ Cfr. su questa pronuncia A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in www.costituzionalismo.it (marzo 2005).

¹¹⁰ Cfr. più diffusamente S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita indesiderata*, cit. e M. CAVINO, *Il diritto a non nascere tra giudici e legislatore: Italia e Francia a confronto*, cit.



avanzata da parte di due coniugi affetti da beta-talassemia, anche a nome della figlia (affetta da talassemia *maior*), la Corte accoglie solamente la domanda dei genitori rigettando quella della figlia, riconoscendo la non risarcibilità del danno da nascita malata lamentato in proprio dalla neonata.

Particolarmente significativa la tappa segnata da Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741: in quel caso a causare il danno non era stata un'erronea diagnosi prenatale, con la conseguente preclusione della facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza, ma l'incauta somministrazione di farmaci per favorire il concepimento non presentati come pericolosi, ma rivelatisi poi tali determinando l'insorgenza di gravi malformazioni del nascituro. La violazione del diritto del neonato a nascere sano – a giudizio della Corte – è fonte di un'autonoma voce di danno patrimoniale condizionata (per la titolarità) dall'evento nascita e la relativa azione risarcitoria è esperibile dagli esercenti la potestà genitoriale. Per poter giungere a tale conclusione i giudici di legittimità operano una scissione tra *soggettività* e *capacità giuridica*: «[...] il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita [...] è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori»; «deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita *ex art. 1, 1° comma, c.c.*), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia “perfetta” sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale “imperfetta” sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi». La Corte ammette così la domanda presentata in nome e per conto del figlio.

È stata però Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754 a riconoscere per la prima volta al soggetto che, al momento della nascita, presenti gravi patologie destinate a menomarlo per l'intera esistenza, la legittimazione a far valere il “danno da vita malformata”, riconducibile ad un'omessa o errata diagnosi prenatale. Come ha già avuto modo di chiarire nei precedenti del 2002 e del 2004, la Corte di cassazione ribadisce che ai fini del risarcimento del danno non si richiede alla donna di dimostrare che, se fosse stata esattamente informata dal medico, avrebbe effettivamente esercitato il diritto di interrompere la gravidanza: la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei diritti conferiti dalla legge 194 si ritiene idonea a fondare il nesso di causalità tra l'inadempimento del sanitario e il precluso diritto di interrompere la gravidanza.

L'*iter* argomentativo seguito porta il Collegio a sconfessare “l'artificio” giuridico del 2009, rilevando come la protezione del nascituro non passi necessariamente attraverso la sua istituzione a *soggetto* di diritto, ovvero attraverso «la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a “non nascere se non sano”, locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto [...]». È tanto



necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all'essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette».

Il vivere una vita malformata è di per sé una situazione esistenziale negativa. La lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita; il diritto tutelato non è quello a nascere sano, ma il diritto alla salute: «Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento»¹¹¹.

Nell'occasione la Cassazione pare evidenziare come l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non sia ad esclusivo appannaggio della madre, ma anche del bambino, «e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno»¹¹²; non ci sarebbe quindi alcun bisogno di riconoscere l'esistenza, in capo al nascituro, di un *diritto a non nascere se non sano*, né l'interesse in capo alla madre di esercitare il diritto all'interruzione di gravidanza «ricadendosi, in tal caso, nel circolo vizioso del diritto a non nascere»¹¹³, «bensì di sancire la meritevolezza di tutela dell'interesse del nascituro a che la madre compia una scelta consapevole e responsabile, e dunque per prima cosa informata, circa la gravidanza, il parto e la maternità»¹¹⁴.

9. LA FECONDAZIONE ASSISTITA E LA LIBERTÀ PROCREATIVA

La *Rivoluzione dei diritti* che attraversa tutti gli anni '70 è soprattutto animata – è superfluo ricordarlo – dalla consapevolezza che le scelte riguardanti il corpo, la sessualità, la procreazione dovessero essere governate dalla libera autodeterminazione del singolo. Una siffatta consapevolezza emergeva con forza tanto nel dibattito sull'introduzione dell'aborto e del divorzio, così come nelle successive campagne referendarie, «quando fu presto chiaro che il punto non era affermare una propria convinzione personale, ma garantire la libertà di ciascuno circa il modo di risolvere la propria crisi coniugale ovvero riconoscere alle donne la libertà di compiere una scelta comunque difficile e dolorosa»¹¹⁵.

¹¹¹ Conclude S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita indesiderata*, cit. nel senso che il cuore del problema non sta tanto nel discutere della meritevolezza o meno di una vita handicappata, ma di una vita che merita di essere vissuta meno disagiamente: «Questa condizione, invero, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita del minore, dei suoi genitori e familiari più stretti, i quali si trovano a dover misurare la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze determinate dalla condizione di vita menomata, con tutti gli ovvi sacrifici che ne derivano».

¹¹² Così F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e Resp.*, 2010, 2, 152.

¹¹³ Ancora S. ROSSI, *La Cassazione e la nascita indesiderata*, cit.

¹¹⁴ F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di cassazione in vena di revirement?*, loc. ult. cit.

¹¹⁵ M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in www.costituzionalismo.it (maggio 2005).



L'immagine del "grande deserto" in cui vagherebbero oggi *i diritti* (e con essi il Paese) è certamente efficace¹¹⁶, rivelatrice di un percorso interrotto, di un filo che si è perduto (sia pure con apprezzabili eccezioni – verrebbe da chiamarle "oasi" – come la legge 219/2012), di una "prigione", quella della regressione culturale e politica.

Benché non possano qui indagarsi con profondità le ragioni di un simile inaridimento, non si può però sfuggire dalla constatazione di quello che deve considerarsene il principale effetto, tutt'altro che collaterale: la "migrazione" della tutela dei diritti dalle aule parlamentari a quelle dei tribunali e delle corti, nazionali e sovranazionali, che quando non hanno dovuto supplire all'inerzia della "politica" dinanzi a domande e rivendicazioni di civiltà, hanno provveduto a smantellare gli aspetti più odiosi di un attivismo legislativo degno forse di miglior causa. La sorte della già richiamata legge n. 40 del 2004 è da questo punto di vista emblematica.

Quando si vuol sostenere la bontà di un intervento normativo volto a comprimere lo spazio di autonomia dei singoli, soprattutto in ordine alle scelte *personalissime* tanto dell'inizio-vita quanto del fine-vita, spesso (verrebbe da dire sempre) si evoca uno scenario che ci è reso familiare dalla letteratura e soprattutto dal cinema, il *far west*: quella disciplina non sarebbe più rinviabile perché altissimi sono i rischi dell'anomia, su tutti l'anarchia, il *far west* appunto¹¹⁷.

L'efficace sintesi di chi sostiene che piuttosto che una cattiva legge è meglio non averne alcuna (l'espressione può ovviamente essere ribaltata per sostenere l'esatto contrario) fotografa perfettamente la vicenda della legge 40, un testo che ha segnato una pericolosa inversione di tendenza nel modo di intendere le libertà personali e gli stessi rapporti fra individuo e Stato, un provvedimento che ha colpito la libertà di autodeterminazione delle donne e degli uomini, e che ha discriminato gli individui sulla base della loro condizione personale¹¹⁸.

¹¹⁶ S. RODOTÀ, *Il grande deserto dei diritti*, in *la Repubblica*, 3 gennaio 2013.

¹¹⁷ Fino al 2004 la materia della fecondazione artificiale non era disciplinata per legge ma era tutt'altro che anomica: la nota circolare del 1° marzo 1985 del Ministro della Sanità Degan in tema di "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale" vietava la fecondazione impropriamente detta *eterologa* nei centri pubblici, permettendola di fatto solo nelle strutture private. Con un'ordinanza del 5 marzo 1997 il Ministro Bindi disponeva il divieto di clonazione riproduttiva, di commercializzazione, di importazione e di esportazione di gameti ed embrioni; si procedeva altresì al censimento di tutte le strutture sanitarie impegnate nelle tecniche di fecondazione artificiale; inoltre il Codice di deontologia medica (1995) all'art. 42 si faceva divieto al medico, anche nell'interesse del bene del nascituro, di attuare forme di maternità surrogata, forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili, pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce, forme di fecondazione assistita *post mortem* (a quest'ultimo riguardo si è in precedenza richiamata la decisione di Trib. Palermo, 8 gennaio 1999).

¹¹⁸ È il netto (e condivisibile) giudizio di M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, cit. Ancor più affilata è la valutazione complessiva che del provvedimento dà E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1598: «Dietro lo schermo di un'entità evanescente come la "dignità della procreazione" si cela spesso la "naturalità della procreazione": si cela cioè un atteggiamento aprioristicamente ostile alla fecondazione assistita, che ha portato il legislatore italiano a vietare tecniche del tutto lecite in altri Paesi, e ampiamente praticate – in passato anche in Italia – secondo le indicazioni dell'arte medica. Ciò che – laicamente – dovrebbe essere rimesso a scelte individuali è oggetto invece, sistematicamente, di divieti legali modellati su un'etica religiosa, secondo linee di politica del diritto penale proprie, soltanto, di uno Stato confessionale».



Ha scritto Letizia Gianformaggio: «Oggi, alcune forme di gestione autonoma del corpo, una volta impensabili, decise sulla base di scelte di valore operate nella propria coscienza, sono rese possibili dalle tecnologie fornite dal progresso scientifico; ma proprio per questo richiedono l'intervento di professionalità e di apparati. Hanno dunque un costo, e comportano la messa in gioco di interessi (economici o professionali) che non sono necessariamente tali da servire esclusivamente gli interessi dell'individuo coinvolto. Ne consegue che il diritto con le sue regolamentazioni non può astenersi dall'interferire. Ma deve farlo senza limitare, o meglio – si dovrebbe dire – proprio al fine di garantire, l'inviolabilità del corpo e la libertà di coscienza»¹¹⁹. E la riproduzione attraverso le tecniche di fecondazione artificiale costituisce senz'altro una delle forme di gestione autonoma del corpo oggi possibile, e dunque «il diritto non può astenersi dal regolarla, ma facendolo rischia proprio di entrare in quella sfera intima delle persone che, alla luce del principio di laicità, gli è sottratta: la sfera della libertà personale, della genitorialità, dei rapporti affettivi, della nascita, della salute riproduttiva, della autodeterminazione delle donne»¹²⁰.

Se la legge 194 disciplina le modalità interruttive di una gravidanza non voluta (o pericolosa per la gestante), la legge 40 disciplina – potremmo dire – un desiderio di genitorialità che non può trovare soddisfazione attraverso un concepimento naturale; entrambe poggiano sulla ricordata scissione fittizia tra l'embrione e il corpo della donna¹²¹. Con una sostanziale differenza però, che è ancora Gianformaggio a mettere in luce: «Se la legge n. 194 ha riconosciuto la decisione *di non mettere al mondo* come decisione autonoma della donna, la legge sulla riproduzione medicalmente assistita che si sta discutendo tende a sottrarre alla donna la decisione autonoma *di mettere al mondo*. La donna insomma può decidere di abortire, ma non può decidere di avere un figlio»¹²².

10. CONCEPITO O EMBRIONE?

È noto che uno dei punti qualificanti (se non *il* punto qualificante) della legge 40 risieda nella norma di apertura, relativa alla tutela (tra gli altri) del concepito (*rectius*, dei suoi diritti), qualificato addirittura come *soggetto*¹²³; come ha evidenziato Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398 in nessuna altra parte della legge si parla più di “concepito”, bensì solo di “embrione” (artt. 11-14), senza che però la legge definisca né l'uno né l'altro. Si deve quindi ritenere che il legislatore, quando parla di “concepito” abbia in realtà inteso riferirsi all' “embrione”, «sulla base di un'equivalenza perfetta, ancorché implicita, tra i due termini. Quanto alla definizione di “embrione” e all'assenza di una qualunque disposizione nella l. n. 40 del 2004 al riguardo, deve ritenersi che

¹¹⁹ L. GIANFORMAGGIO, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (postumo).

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cfr. ancora L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit. e S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, cit.

¹²² L. GIANFORMAGGIO, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, cit. (i corsivi sono originali).

¹²³ Si rinvia, a proposito dell'artificio della soggettività, a quanto evidenziato al § 8 circa la recente giurisprudenza della Cass. civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754.



con tale termine s'intenda fare riferimento ad un significato dell'embrione, appunto, il più ampio possibile, vale a dire alla situazione che si determina a partire dalla fecondazione dell'ovulo».

La coincidenza tra embrione e concepito porta a ritenere l'embrione «come il risvolto procedurale e oggettivo-scientifico del concepito (quale, cioè, *oggetto* della tutela) o, il che è lo stesso, il concepito quale *status* giuridico soggettivo dell'embrione impiantato (come *soggetto* di protezione)»¹²⁴. Senza addentrarci in ostici dettagli, la letteratura scientifica parla di “embrione” con accezioni molto diverse e anche distanti tra esse: se il momento in cui l'embrione *diventa* feto è pacificamente collocato all'ottava settimana di gestazione, altrettanta condivisione non si ritrova attorno alla individuazione del momento in cui si forma l'embrione¹²⁵. Sinteticamente, e senza pretesa di completezza, di “embrione” si parla alludendo all'ovocita al momento dell'attivazione (ossia del primo contatto col gamete maschile), o al momento della sua penetrazione da parte dello spermatozoo, o alla fusione dei due pronuclei maschile e femminile (ossia la cellula uovo fecondata, lo zigote), o all'avvio della divisione cellulare, o all'annidamento in utero, o ancora alla comparsa dei caratteri antropomorfi, e così via¹²⁶.

La legge 40 fa propria una nozione di “embrione” talmente ampia che arriva a riferirsi all'ovocita *attivato*, o quantomeno *penetrato*, impedendo di conseguenza – nella versione originaria

¹²⁴ È quanto osserva S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., vol. I, 74. Ha scritto acutamente T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in www.costituzionalismo.it (maggio 2005): «[...] la prima mossa nella soggettivazione [dell'embrione] è l'assunzione dello statuto di vittima. All'epoca della battaglia sull'aborto, vittime erano le donne, per via dei rischi degli aborti clandestini. Poi, lo sono diventati gli uomini e infine gli embrioni: vittime dell'onnipotenza e dell'egoismo femminile, di queste “nuove” donne ormai padrone della vita e della morte, che non si sa perché e come decidano, e che comunque non devono vedersi riconosciuta la responsabilità in merito alla procreazione». Cfr. altresì sul punto M. MANETTI, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, ivi, (giugno 2005).

¹²⁵ Cfr. diffusamente C. FLAMIGNI, *Il biologo parla al giurista. Introduzione* a E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 9 ss.

¹²⁶ Nella giurisprudenza di Strasburgo si ricorderà il caso *Evans c. Regno Unito*, 10.4.2007: ad avviso dei giudici della Grande Camera gli embrioni generati *in vitro* non hanno un autonomo diritto alla tutela della propria vita *ex art. 2 CEDU*, mancando un consenso unanime a livello europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita umana. Più netta l'indicazione che proviene da Lussemburgo qualche anno dopo nel noto caso *Brüstle c. Greenpeace eV*. (CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10), su un profilo “tangente” rispetto alla questione dell'inizio della vita umana, quello della brevettabilità nel settore delle biotecnologie quando l'invenzione implichi l'utilizzo, in particolare la distruzione, dell'embrione umano; secondo la Corte di Giustizia l'interpretazione di “embrione umano” ai sensi della direttiva europea in materia di brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche (dir. Ce Consiglio 6 luglio 1998 n. 44/98 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche) «non può che essere europea e unitaria», dovendosi pertanto considerare embrioni umani ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva «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». Viene tuttavia lasciato al giudice nazionale il compito di stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza (vale a dire, di volta in volta) se una cellula staminale umana ricavata da una blastocisti costituisca embrione umano. Ad avviso della Corte, quindi, l'esclusione dalla brevettabilità relativa all'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali enunciata dalla direttiva riguarda anche 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 (su questa pronuncia cfr., tra i tanti, P. DE PASQUALE, *Sull'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2012, 216 ss.).

dell'art. 14, commi 2 e 3 – la fecondazione *in vitro* di più di tre ovociti o la crioconservazione di ootidi (ossia l'ovocita con due nuclei, fase immediatamente precedente al passaggio allo zigote)¹²⁷.

Non può negarsi che una simile posizione risenta delle indicazioni della Chiesa cattolica i cui insegnamenti recenti – è notorio – collocano l'inizio della vita umana all'attivazione dell'ovocita; l'embrione sarebbe dunque persona fin dal primo contatto tra gamete femminile e gamete maschile¹²⁸.

Tornando alla disposizione di apertura della legge 40, la logica sinonimica del legislatore del 2004 avrebbe potuto condurlo ad includere tra i soggetti i cui diritti sono tutelati dal provvedimento l'embrione stesso, ma quell'eventuale menzione – lì collocata – è con tutta probabilità parsa eccessiva anche a quel legislatore *cieco*¹²⁹, che ha dunque optato per il “più prudente” riferimento al “concepito”. Un riferimento inutile e vuoto: inutile, non essendo immaginabile una legge che non assicuri i diritti di tutti i soggetti coinvolti nelle pratiche che regola; vuoto, dal momento che al concepito la legge 40 non attribuisce alcun diritto e, dunque, i diritti del concepito non possono che essere i soli diritti patrimoniali subordinati all'evento della nascita secondo le (altre) norme vigenti¹³⁰.

11. UNA LEGGE SOTTO ASSEDIO

Il favore per la tutela dell'embrione (*rectius*, del concepito) si manifesta attraverso una serie di divieti e sanzioni che pervade l'intero testo, nonché tramite l'individuazione di criteri di accesso alle tecniche di fecondazione assistita particolarmente rigidi: oltre al già richiamato divieto di donazione di gameti (*supra*, § 6), è vietato l'uso per la ricerca scientifica degli embrioni in sovrannumero, la crioconservazione degli embrioni, l'accesso alle tecniche ai portatori fertili di malattie genetiche, ai single¹³¹, agli omosessuali¹³² e ai minori¹³³.

¹²⁷ Così E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1544. Al riguardo S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., vol. I, 75 ricorda che nell'ordinamento tedesco, pur vigendo il divieto di produrre più di tre embrioni, è comunque consentito fecondare un numero superiore di ovociti, purché se ne arresti lo sviluppo, tramite congelamento, in una fase anteriore alla fusione dei nuclei.

¹²⁸ È ancora E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1546 a ricordare i riferimenti: nell'istruzione della Congregazione per la dottrina della fede *Dignitas personae* si legge che «ad ogni essere umano, dal concepimento alla morte naturale, va riconosciuta la dignità di persona» e che «l'embrione umano ha fin dall'inizio la dignità propria della persona»; ne discende che «l'embrione, poiché fin dal concepimento deve essere trattato come una persona, dovrà essere difeso nella sua integrità, curato e guarito, per quanto è possibile, come ogni altro essere umano» (così il Catechismo della Chiesa al n. 2274).

¹²⁹ L'aggettivazione è tratta dalla recente pubblicazione di F. GALLO e C. LALLI, *Il legislatore cieco*, Roma, 2012.

¹³⁰ L. GIANFORMAGGIO, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, cit.

¹³¹ L'esclusione delle donne non coniugate, né conviventi dall'accesso alle tecniche in esame desta più di una perplessità, dal momento che non è previsto alcun controllo per le coppie di fatto (che invece sono prese in considerazione dalla legge) circa l'effettività e la stabilità della convivenza (la c.d. convivenza qualificata, quella cioè “provata”, requisito ad esempio richiesto dalla legge francese). Alla donna single è così «preclusa la possibilità di utilizzazione di talune tecniche mediche soltanto in base ad una “condizione personale”, in violazione di quanto è



Fallito il tentativo referendario del 2005, l'opera di "accerchiamento" delle disposizioni più odiose della legge 40 si è trasferita nelle aule di giustizia, arrivando a demolire alcuni dei capisaldi di quel provvedimento¹³⁴.

È forse utile ripercorrere le tappe di questo "assedio", ricordando quali sono stati i profili che hanno maggiormente impegnato i giudici nazionali e sovranazionali.

Cronologicamente la questione che si è posta per prima è stata quella del (supposto) divieto di diagnosi genetica preimpianto (di seguito DGP), procedura che consiste, al fine di accertare lo stato di salute dell'embrione, nel prelievo di una o più cellule da esso prima del suo trasferimento nel corpo della donna. "Supposto divieto" dal momento che – come è noto – la legge 40 non vieta la DGP, divieto invece espressamente previsto dalle linee guida ministeriali approvate con d.m. 21 luglio 2004, che consentivano sull'embrione solo indagini di tipo osservazionale¹³⁵. A prendere

esplicitamente previsto dall'art. 3 Cost.» (così S. RODOTÀ, *Introduzione a C. VALENTINI, La fecondazione proibita*, Milano, 2004, 17).

Ad avviso di P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, 1358 la previsione contenuta nel d.m. del 2004 – poi ribadita nel testo del 2008 – secondo cui, almeno per gli embrioni crioconservati prima dell'entrata in vigore della legge 40, «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», consente l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita alla donna single, contrariamente al testo della legge.

¹³² Corte cost. n. 138/2010 ha sì confermato la validità costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio, ma ha anche rivolto al legislatore il richiamo – ribadito con certa forza dal Presidente Gallo in occasione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2012 (aprile 2013) – ad approntare una regolamentazione che garantisca alcuni diritti alle unioni tra persone dello stesso sesso (anche per le unioni omosessuali si rinvia alla Relazione di L. CONTE, *Le unioni non matrimoniali*). Crediamo che tra questi diritti possa rientrare anche il diritto ad essere genitori (*rectius*, a provare ad essere genitori) attraverso l'accesso alle pratiche adottive (a questo riguardo si rinvia al contributo di B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*) e alle tecniche di fecondazione assistita attraverso la donazione dei gameti.

¹³³ E ciò anche se il minore ultrasedicenne può riconoscere il figlio (riconoscimento che a seguito della ricordata recente modifica dell'art. 250, u.c., c.c. il giudice può autorizzare anche per il genitore infrasedicenne «valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio») e il minore emancipato può essere ammesso al matrimonio.

¹³⁴ Sui vari profili di criticità ed illogicità di quella disciplina cfr. diffusamente i contributi presenti in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008.

¹³⁵ Si ricorderà su questo profilo la prima pronuncia in ordine di tempo, l'ordinanza del Trib. Catania, 3 maggio 2004 che rigetta la richiesta di una coppia di coniugi portatori sani di una grave malattia genetica di poter accedere alla DGP per selezionare gli embrioni affetti da malattie genetiche da quelli sani, allo scopo di conseguire l'impianto solo di questi ultimi; ad avviso del giudice etneo, che così attribuisce rilevanza interpretativa pressoché assoluta ai lavori parlamentari, la legge 40 consente le pratiche di fecondazione assistita per rimuovere le cause di sterilità, mettendo però la coppia che vi accede nella stessa condizione di partenza delle coppie fertili senza la possibilità di selezionare i nascituri in sani e malati: «Sicché, si dà l'impressione suggestiva di voler tutelare la salute del figlio, ma siccome il figlio tutelato non è quello reale, ma quello virtuale, non si difende in realtà alcun figlio, ma la propria volontà di averne uno conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difformi che venissero nel frattempo».

Sulla praticabilità della DGP avrebbe potuto pronunciarsi anche la Corte costituzionale, investita della questione da Trib. Cagliari, ord. 16 luglio 2005; con una motivazione che ha suscitato più di una perplessità, Corte cost., ord. n. 369/2006 ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. 40, nella



decisamente posizione sulla questione è il Tribunale di Cagliari, che nella sent. del 24 settembre 2007¹³⁶ decide di non sollevare la questione di legittimità costituzionale ma di garantire direttamente il diritto, interpretando le norme della legge 40 in senso costituzionalmente conforme: i giudici fissano perciò il perimetro della legittimità della DGP, potendosi ad essa ricorrere quando a richiederla siano i soggetti indicati dalla legge 40, quando abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno, quando sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e, infine, quando sia finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di fecondazione assistita un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. Alla mancanza di un esplicito divieto nella legge consegue la disapplicazione, perché illegittima, della disposizione delle linee guida ministeriali del 2004 che consentono solo indagini di tipo osservazionale; a risultare decisiva è l'affermazione del diritto dei futuri genitori ad avere piena consapevolezza in ordine ai trattamenti sanitari (c.d. consenso informato), che deve operare anche con riferimento all'impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*. Sarà poi Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398 a stabilire che solo la legge poteva delimitare l'ambito oggettivo della disciplina della PMA e che, pertanto, le linee guida, atto amministrativo, restringendo gli interventi terapeutici sull'embrione oltre i limiti stabiliti dall'art. 13 della legge stessa, incorrono nel vizio di eccesso di potere, e – *in parte qua* – sono dunque annullate¹³⁷. Nell'aggiornamento delle linee guida (d.m. 11 aprile 2008) la previsione sulle indagini osservative è definitivamente scomparsa.

parte in cui fa divieto di sottoporre l'embrione, prima dell'impianto, a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie, in quanto lo stesso giudice rimettente, contraddittoriamente, assume che tale divieto sarebbe desumibile anche da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost. (cfr. A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) [novembre 2006], e L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, 1618 ss.). Una decisione che se si vuole è coerente con la pronuncia con cui l'anno precedente la Corte aveva dichiarato inammissibile il quesito referendario volto ad abrogare l'intera legge 40, in base alla circostanza – si ricorderà – che esso aveva ad oggetto una normativa costituzionalmente necessaria, trattandosi «della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» (Corte cost. n. 45/2005).

¹³⁶ Poi confermata da Trib. Firenze, 17 dicembre 2007 e da Trib. Bologna, 29 giugno 2009: secondo quest'ultima la DGP è un esame che ha lo scopo di proteggere la futura gestante, scongiurando il pericolo per la sua salute che può provenire dalla presenza di malattie o di malformazioni del feto; infatti vi è una netta distinzione tra la nozione di «ricerca clinica e sperimentale» vietata dall'art. 13, comma 2, l. 40, e quella di «diagnosi preimpianto», in quanto, pur coinvolgendo entrambe l'embrione, generano conflitti di interessi distinti; ne consegue che è ammissibile la DGP, nonché il diritto di abbandonare l'embrione risultato malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano.

¹³⁷ Oltre a rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, l. 40, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.



A poco più di cinque anni dalla sua entrata in vigore, una decisa risposta alle troppe contraddizioni della legge 40 arriva da Corte cost. n. 151/2009¹³⁸. L'intervento demolitorio della Corte si appunta anzitutto sull'art. 14, comma 2, che della legge 40 era senza dubbio una delle previsioni più qualificanti e discusse¹³⁹, eliminando l'obbligo di unico e contemporaneo impianto, di un numero di embrioni comunque non superiore a tre. La Corte muove dal rilievo che la stessa legge 40 non riconosce una tutela assoluta all'embrione, in quanto cerca di individuare «un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione» (pare “sentirsi l'eco” della sent. n. 27/75)¹⁴⁰; la limitazione ad un massimo di tre del numero di embrioni che possono essere prodotti, e che per di più devono essere oggetto di unico e contemporaneo impianto, è del tutto incoerente ed illogica, senza alcuna considerazione per la situazione concreta, e quindi in contrasto con il canone di ragionevolezza (e di eguaglianza) di cui all'art. 3 Cost.

Con passaggi chiari e lineari la Corte osserva come il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determini la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza: «Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza». Il divieto, dunque, rendendo necessario il ricorso alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia esito, comporta l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate, oltre ad esporre ad «un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto»¹⁴¹.

All'ombra della sentenza n. 151 si rinsalda dunque l'alleanza medico-paziente, in ordine a scelte che devono compiersi secondo i principi della medicina e non in astratto dal legislatore: «[...] 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». Lo ha scritto chiaramente Michela Manetti commentando una pronuncia che «sembra dunque ricondurre

¹³⁸ Tra i tanti commenti alla decisione v. S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (settembre 2009).

¹³⁹ «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

¹⁴⁰ Come osservano A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1360, in base alla sent. n. 151 la libertà di procreare mediante tecniche di fecondazione artificiale si inserisce nella sfera del diritto alla salute della donna come espressione della facoltà di non accettare di avviare una gravidanza che potrebbe comprometterne l'equilibrio fisico e mentale.

¹⁴¹ Leggendo i dati della Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge 40 (disponibile sul sito istituzionale del Ministero), presentata nel giugno 2012, emerge con chiarezza come a partire dal 2010 sia diminuita la percentuale dei parti multipli.



felicemente all'armonia situazioni che dal punto di vista esistenziale non sono contrapposte (come la legge n. 40 lasciava intendere), bensì coincidenti: allo scopo di dare vita ad una progenie, da un lato, corrisponde la realizzazione del proprio intrinseco scopo di vita, dall'altro. Al sacrificio della donna che si sottopone ad una terapia impegnativa e rischiosa dal punto di vista tanto fisico quanto mentale corrisponde il sacrificio di uno o di alcuni embrioni. Per constatare questi fatti non è necessario stabilire quale definizione – in termini di aspettative, o di diritti – tali scopi meritino dal punto di vista giuridico, e tanto meno è necessario stabilirne una gerarchia. Il giudice delle leggi ne dà conferma oggi, accantonando le astratte dispute ideologiche e rivolgendo la propria attenzione alle questioni che affliggono la vita delle persone. Questioni reali e palpitanti, come è attestato dalle ordinanze di rinvio non meno che dalla sofferta giurisprudenza formatasi in questi anni sull'applicazione della legge n. 40»¹⁴².

Fino alla sent. n. 151, perciò, a commettere il delitto di cui all'art. 14, comma 2 (e ad andare incontro alle sanzioni di cui al comma 6) era il medico che produceva *in vitro* un numero di embrioni superiore a quelli che si proponeva di trasferire in un unico ciclo o comunque un numero di embrioni superiore a tre; dall'aprile 2009 quel reato è commesso dal medico che produce un numero di embrioni superiore a quello *necessario* per portare *quella* donna alla gravidanza¹⁴³.

La sentenza ha poi dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, il dubbio di costituzionalità dell'art. 14, comma 1, quanto al divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, se non in ipotesi eccezionali¹⁴⁴. In realtà la pronuncia sul comma 2 produce – ad avviso della Corte – effetti sul comma 1 e sul comma 3: è la stessa Corte ad osservare come le conclusioni raggiunte sul limite dei tre embrioni «introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna»¹⁴⁵.

11.1 (SEGUE): IL DIRITTO AL FIGLIO

Il tema della DGP sull'embrione *in vitro* viene ripreso da Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010 che, investito di un ricorso cautelare *ex art.* 700 c.p.c. proposto da una coppia di coniugi entrambi

¹⁴² M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in www.costituzionalismo.it (maggio 2009).

¹⁴³ E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., 1549.

¹⁴⁴ La questione era stata sollevata da Trib. Firenze, ordd. 12 luglio e 26 agosto 2008.

¹⁴⁵ Sul punto cfr. D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra «detto» e «non detto». Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla l. n. 40/2004*, in *Giur. it.*, 2010, 289 ss.



portatori di una grave patologia geneticamente trasmissibile¹⁴⁶, è chiamato a decidere sul trattamento da riservare a coppie non sterili né infertili¹⁴⁷ (quindi non aventi i requisiti per l'accesso alle procedure di fecondazione assistita)¹⁴⁸, ma nelle quali uno o entrambi i *partners* soffrano (o siano portatori sani) di determinate patologie.

Fino all'entrata in vigore della legge 40 chi veniva a trovarsi in questa condizione clinica spesso faceva ricorso a tecniche di fecondazione assistita, così da creare embrioni *in vitro* da sottoporre poi a DGP alla ricerca della presenza di eventuali malattie; conosciuto lo stato di salute dell'embrione, decideva in modo informato e consapevole circa il prosieguo o meno delle pratiche riproduttive, ferma restando la possibilità a gravidanza avviata di ricorrere all'aborto terapeutico, nel rispetto dei requisiti di cui alla legge 194, appresa attraverso una diagnosi prenatale la presenza dell'eventuale patologia a carico del feto non diagnosticata attraverso la DGP¹⁴⁹.

Nell'accogliere il ricorso il giudice campano valorizza molto le “nuove” linee guida del 2008 che, da un lato, consentono un più ampio accesso alle pratiche di fecondazione assistita, attraverso l'estensione della nozione di “infertilità”, fino a ricomprendervi coppie in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (in particolare del virus Hiv e di quelli delle epatiti B e C), riconoscendo che tali condizioni siano assimilabili ai casi di infertilità, dall'altro, eliminano – come ricordato – proprio in ordine alla DGP, la disposizione che voleva praticabili sull'embrione indagini esclusivamente di tipo osservazionale. In questo modo la DGP diviene, al pari della altre diagnosi prenatali, una normale forma di monitoraggio con finalità conoscitiva della salute dell'embrione.

Il Tribunale salernitano ha ben presente anche la sent. n. 151 della Corte costituzionale che, benché non faccia esplicito riferimento alla DGP, opera tuttavia un «riassetto della disciplina» in virtù del quale «la salute della madre assume un ruolo dominante, muovendo dal rilievo che la stessa l. n. 40 del 2004 non riconosce una tutela assoluta all'embrione, in quanto cerca di

¹⁴⁶ L'atrofia muscolare spinale che nel 25% dei casi può trasmettersi alla prole; la coppia richiedente era già andata incontro a quattro gravidanze: la prima culminata, nel 2003, con la morte a sei mesi della figlia, a causa della trasmissione della malattia genetica di cui i genitori sono portatori; la seconda e la quarta, nel 2004 e nel 2008, culminate con l'interruzione della gravidanza di feti risultati affetti dalla malattia; la terza, nel 2005, a seguito della quale era nato un bambino, che dall'indagine prenatale non era risultato affetto dalla malattia.

¹⁴⁷ I concetti di “sterilità” e di “infertilità” sovente vengono confusi e sovrapposti, probabilmente in ragione di una contaminazione con la lingua inglese che si riferisce alla sterilità con il termine *infertility*; tuttavia la “sterilità” consiste nella incapacità di iniziare o di fare iniziare una gravidanza dopo una serie di rapporti non protetti eseguiti per un periodo di tempo che cambia in rapporto all'età, in particolare a quella della donna (si definisce “secondaria” la sterilità di una coppia che in precedenza è riuscita a concepire); l' “infertilità” è invece la condizione della donna o della coppia che, pur essendo in grado di concepire, non riesce a dare alla luce figli vivi e capaci di sopravvivere (classico sintomo di infertilità sono i ripetuti aborti).

¹⁴⁸ Ai sensi del già richiamato art. 1 l. 40: «1. 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.

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità».

¹⁴⁹ R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., Tomo II, 1521.



individuare “un giusto bilanciamento” con la tutela delle esigenze della procreazione». Se alla madre è riconosciuto il diritto di abortire il feto malato, deve parimenti tutelarsi il diritto della madre a conoscere se il feto sia malato (tramite appunto DGP), «senza arriversi irragionevolmente alla conseguenza di impiantare il feto malato per poi abortirlo».

La decisione è in ultima analisi ricondotta al “diritto della donna al figlio”, «diritto soggettivo, da ascrivere tra quelli inviolabili “della donna” ai sensi dell’art. 2 Cost. Conseguentemente, anche le scelte consapevoli relative alla procreazione vanno inserite tra i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Di più, il diritto di autodeterminazione nelle scelte procreative fa parte dei diritti fondamentali e personalissimi di entrambi i genitori congiuntamente, in maniera da garantire la pariteticità della tutela alla libera ed informata autodeterminazione di procreare tanto della madre che del padre. Il diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute dei soggetti coinvolti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedisse il ricorso alla tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili»; il riconoscimento di tale diritto, e di quello alla salute dei soggetti coinvolti, impone pertanto una ri-lettura costituzionalmente orientata delle norme della legge 40, in particolare dell’art. 13, che non può che consentire l’impianto dei soli embrioni sani, individuabili attraverso la DGP¹⁵⁰.

Sul tema della legittimità o meno della DGP – così come su quello della fecondazione c.d. “eterologa” – i profili di diritto interno si sono saldamente collegati (non senza contraddittorietà) a quelli di diritto sovranazionale. La decisione resa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, 28.8.2012, ha costituito la prima sentenza con cui i giudici di Strasburgo hanno valutato la compatibilità della legge 40 con i diritti della CEDU, stabilendo che il divieto italiano di DGP, pur richiesta da coppia portatrice di malattia genetica, cui però è successivamente offerta la possibilità di procedere all’aborto del feto risultato malato, è contraddittorio e si risolve pertanto in una illecita ingerenza nella vita familiare e privata, lesiva dell’art. 8 della Convenzione¹⁵¹; la contrarietà del divieto di DGP rispetto all’art. 8 si regge quindi sulla constatazione della incoerenza della legge italiana, che continua a consentire l’aborto (*ex art. 4 l. n.*

¹⁵⁰ C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it (marzo 2010) critica la scelta del giudice di riconoscere direttamente l’esistenza di un diritto di accesso alle tecniche di PMA e alla DGP per le coppie fertili a rischio di trasmissione di patologie genetiche (a ciò ostando la lettera degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. 40), anziché sollevare questione di legittimità costituzionale, “puntando” ad una declatoria di illegittimità costituzionale e così rimuovere il divieto di accesso alle tecniche di PMA e di DGP per quelle stesse coppie, «avanzando l’impossibilità di trarre dal testo della legge un’interpretazione adeguata a costituzione sotto questo profilo».

¹⁵¹ Cfr. sulla pronuncia C. NARDOCCI, *La corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria della gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in www.rivistaaic.it (marzo 2013), E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, ivi, (settembre 2012).



194) del feto risultato affetto da malattia genetica, malattia che però non si era potuta diagnosticare precocemente sull'embrione a causa del "supposto" divieto di DGP contenuto nella legge 40).

La Corte sceglie in questo modo di dare copertura convenzionale a «*le désir*» della coppia di procreare un figlio non affetto dalla patologia di cui i genitori sono portatori: a ricevere tutela nell'ambito dell'art. 8 CEDU¹⁵² non è soltanto la decisione di diventare genitori biologici, ma anche quella di diventare genitori di un bambino non affetto dalla tara genetica di cui sono portatori i genitori e di ricorrere, a tal fine, alla fecondazione assistita e alla DGP. La circostanza per cui un tale diritto sia dalla Corte riferito ai "ricorrenti" e non alla "coppia", potrebbe ricevere applicazione anche nei riguardi del singolo individuo che intenda diventare genitore mediante donazione di gameti: «Ciò non esclude, ovviamente, che in una dimensione di coppia gli effetti di un tale riconoscimento vadano a vantaggio di entrambi i soggetti, per la natura relazionale che un tale diritto assume nel contesto di una "vita familiare" da tutelare»¹⁵³.

12. IL DIVIETO DI DONAZIONE DEI GAMETI

Il divieto di fecondazione c.d. "eterologa"¹⁵⁴ costituisce il profilo ormai più discusso (e discutibile) della legge 40 – dopo che le giurisprudenze ordinaria, amministrativa, costituzionale (e sovranazionale) hanno provveduto a "riscrivere" le disposizioni più controverse –, l'ultimo muro

¹⁵² Si è in precedenza ricordata (§ 5) la particolare "ampiezza" che la giurisprudenza di Strasburgo riconosce alla nozione di "vita privata" ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, ricomprendendo, tra gli altri, il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (*Niemietz c. Germania*, 16.12.1992), il diritto allo «sviluppo personale» (*Bensaïd c. Regno Unito*, 44599/98), il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, 2346/02); nella sfera personale tutelata dall'art. 8 rientrano anche fattori come l'identificazione, l'orientamento e la vita sessuale (*Dudgeon c. Regno Unito*, 22.10.1981, e *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, 19.2.1997, così come il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (cfr. la già cit. decisione nel caso *Evans c. Regno Unito* e quelle rese nei casi *A, B e C c. Irlanda*, 16.12.2010, e *R.R. c. Polonia*, 26.5.2011); sotto la tutela dell'art. 8 la Corte di Strasburgo ha inoltre ricondotto il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori genetici (*Dickson c. Regno Unito*, cit.) ed ha concluso per l'applicazione dell'articolo in materia di accesso alle tecniche di procreazione artificiale con donazione dei gameti a fini di fecondazione *in vitro* (*S.H. ed altri c. Austria* [GC], 3.11.2011).

¹⁵³ Così F. BIONDI DAL MONTE, *Famiglia, fecondazione eterologa e diritti in bilanciamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in corso di pubblicazione nell'opera curata da A. Cossiri e G. Di Cosimo, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*.

¹⁵⁴ Tra le tante riflessioni sul divieto si vedano quelle di C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della l. n. 40 del 2004 recante «norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 501 ss.; B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 777 ss. e della stessa A., *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it (settembre 2012). Di ampio respiro sono M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, e F. Vari (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012.



che resta in piedi dinanzi alla (quasi) definitiva “umanizzazione” di un testo in molte delle sue previsioni originarie odioso e antiscientifico¹⁵⁵.

Si è già ricordato (§ 6) come il divieto di cui all’art. 4, comma 3, del cristallo ha sì la limpidezza della formulazione ma forse anche la fragilità della sostanza, se è vero che il legislatore stesso, dopo aver affermato con nettezza che «è vietato il ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo», disciplina in modo organico le conseguenze del ricorso alla pratica vietata: oltre a tutelare la posizione del nascituro “incolpevole” (art. 9) e a prevedere espressamente la non punibilità dei genitori (*ex art. 12, comma 8* «l’uomo e la donna ai quali sono applicate le tecniche»), per i medici che trasgrediscano il divieto prevede una sanzione pecuniaria amministrativa abnormemente gravosa ed irragionevolmente sproporzionata che va da trecentomila a seicentomila euro (art. 12, comma 1), a cui si accompagna come sanzione accessoria, la sospensione dall’esercizio della professione sanitaria (art. 12, comma 9).

È dalla lettura del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell’art. 12 che però emerge la reale finalità del divieto di cui all’art. 4, comma 3: per il legislatore del 2004 la PMA c.d. “eterologa” praticata ad una coppia coniugata o convivente integra un illecito più grave rispetto alla medesima pratica applicata a single o a una coppia omosessuale o a un minore o a non coniugati o a non conviventi, se è vero che il secondo comma dell’art. 12 in questi casi prevede la sanzione pecuniaria da duecentomila a quattrocentomila euro. Oltre a trasparire la logica vetusta dell’assimilazione della fecondazione c.d. “eterologa” all’adulterio¹⁵⁶, emerge prepotentemente la volontà dell’ordinamento di riconoscere “cittadinanza” ad un solo modello di famiglia¹⁵⁷, quello costituito dalla coppia stabile ed eterosessuale, possibilmente coniugata¹⁵⁸.

Della valutazione in ordine alla legittimità costituzionale del divieto di donazione dei gameti è oggi investita la Corte costituzionale¹⁵⁹, all’esito di un procedimento – lo si ricorderà – avviato dal Tribunale di Firenze (ord. 13 settembre 2010), dal Tribunale di Catania (ord. 21 ottobre 2010) e da quello di Milano (ord. 2 febbraio 2011), che hanno sollevato, in riferimento agli artt. 117, comma 1, e 3 Cost. – in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU così come interpretati dalla sentenza della Prima

¹⁵⁵ Ha scritto in proposito M. D’AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008, 40 s.: «Tutta l’impostazione della legge si fonda sull’affermazione che i diritti dell’embrione devono ricevere una tutela più forte, rispetto agli altri soggetti coinvolti, proprio perché l’embrione è il soggetto più debole. Da questa scelta di principio [...] della legge, che “assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”, discendono una serie di divieti, molto rigidi, alcuni dei quali in profonda contraddizione con molte opinioni scientifiche».

¹⁵⁶ V. ancora § 6.

¹⁵⁷ Cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 523 ss., R. BIN, *Il figlio di Lady Chatterley*, ivi, 2002, 793 s.; sui “modelli” di famiglia cfr. più diffusamente la Relazione di F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*.

¹⁵⁸ Cfr. M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, cit.

¹⁵⁹ Presso la Corte costituzionale sono attualmente pendenti altre due questioni di legittimità costituzionale relative alla legge 40, sollevate dal Tribunale di Firenze, ord. 12 dicembre 2012, sull’art. 13, nella parte in cui pone il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, in riferimento agli artt. 9, 32 e 33, comma 1, Cost., e sull’art. 6, comma 3, nella parte in cui pone il divieto assoluto di revoca del consenso da parte della donna dopo l’avvenuta fecondazione dell’ovulo, in riferimento agli artt. 2, 13 e 32 Cost.



Sezione della Corte di Strasburgo *S.H. e altri c. Austria*, 1.4.2010 – nonché agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost. (Catania e Milano) ed all'art. 29 Cost. (Milano), questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, legge 40 (Firenze, Catania e Milano), e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente all'inciso «in violazione del divieto di cui all'art. 4, terzo comma», e 12, comma 1, (Catania e Milano). La Corte costituzionale ha restituito gli atti ai giudici *a quibus* (ord. n. 150/2012)¹⁶⁰, perché procedessero ad un nuovo esame delle questioni, a seguito della sentenza del 3 novembre 2011 con cui la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha fornito una diversa interpretazione – rispetto a quella seguita sullo stesso caso dalla Prima Sezione nell'aprile del 2010 e posta a fondamento delle questioni di costituzionalità.

Il diritto a formare una famiglia e quello alla genitorialità costituiscono i principali riferimenti degli snodi motivazionali dei giudici remittenti. Se per il Tribunale di Firenze¹⁶¹ questi aspetti vengono trattati alla luce della lettura che di essi ha dato la giurisprudenza di Strasburgo, nell'ordinanza catanese¹⁶² e ancor più in quella meneghina¹⁶³ il diritto alla procreazione trova riconoscimento. In particolare, ad avviso del giudice siciliano «quello alla creazione di una famiglia costituisce un diritto fondamentale oltre che interesse pubblico riconosciuto e tutelato ex artt. 2 e 31 Cost., come affermato dalla stessa Corte costituzionale (n. 46 del 1993), dunque, la soluzione dei problemi riproduttivi mediante la procreazione medicalmente assistita è una situazione immediatamente riconducibile nell'alveo di tale diritto fondamentale e del diritto alla maternità/paternità»; questi ed altri riferimenti costituzionali valgono per il giudice milanese che rintraccia nell'art. 2 Cost. il fondamento del diritto della persona di formare una famiglia: «Non può ritenersi casuale che la Carta, dopo aver trattato del matrimonio [...], abbia ritenuto necessario occuparsi al successivo art. 30 della giusta e doverosa tutela garantita ai figli [...], passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio». Tali norme afferiscono ai «concetti di famiglia e genitorialità», i quali «non possono considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore», dovendo «essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi». Il divieto della legge 40 contrasta – a giudizio del Tribunale di Milano – anche con l'art. 31 Cost. che tutela la maternità intesa nell'ampia accezione di genitorialità e, pertanto, la creazione di una famiglia, inclusa la scelta di avere figli, costituisce un diritto fondamentale della coppia, rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli artt. 2, 29 e 31 della Costituzione.

In verità la questione sulla legittimità costituzionale del divieto assoluto di donazione di gameti posto dalla legge 40 era stata per la prima volta posta nel corso di un procedimento in via d'urgenza

¹⁶⁰ Commentando la decisione R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2012, I, 2249 ss. osserva come il fatto che il *novum* sia rappresentato dalla sopravvenuta decisione della Grande Camera segna una indubbia valorizzazione del diritto giurisprudenziale, dal momento che una modificazione di un indirizzo giurisprudenziale viene ritenuta come modificazione di una disposizione integrante il parametro o che modifica il quadro normativo.

¹⁶¹ Il caso riguarda una coppia in cui l'uomo è privo di spermatozoi a causa di terapie effettuate durante l'adolescenza.

¹⁶² In questo caso l'infertilità della coppia è originata dalla menopausa precoce della donna.

¹⁶³ Nel caso di specie la donazione di gamete maschile è necessitata dalla infertilità assoluta dell'uomo.

presso lo stesso Tribunale di Milano, ma era stata rigettata (ord. 23 novembre 2009): la coppia ricorrente, afflitta da una sterilità incurabile, aveva richiesto il riconoscimento del diritto di ricorrere alla donazione di gameti esterni, unica possibilità di ottenere una gravidanza e, in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale sulla disposizione, per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non si prevede un'eccezione al divieto di fecondazione eterologa per quelle coppie che, pur potendo accedere alle tecniche assistite nei limiti imposti dall'art. 5, presentano un grado di sterilità o di infertilità non superabile attraverso le tecniche omologhe. Il Tribunale di Milano rigettava il ricorso, osservando che la decisione di porre in termini assoluti il divieto di procreazione tramite donazione rientra nella sfera della discrezionalità legislativa; in particolare – secondo i giudici lombardi – il legislatore avrebbe inteso così assicurare una tutela esclusiva per un tipo di genitorialità strettamente biologica, tesa a garantire al nascituro il diritto alla propria identità biologica e una duplice figura genitoriale di tipo eterosessuale¹⁶⁴.

Un simile orientamento è stato superato a seguito della già richiamata decisione della Corte di Strasburgo (Prima Sezione della Corte di Strasburgo *S.H. e altri c. Austria*, 1.4.2010), che si è pronunciata sulla compatibilità con la CEDU della legislazione austriaca (l. 1 luglio 1992, n. 275)¹⁶⁵: secondo la Corte, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare; pertanto i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale (fecondazione *in vitro* con seme di terzo; fecondazione con donazione di ovociti), nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Circa la configurabilità di un diritto alla procreazione e del corrispondente diritto di accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, i giudici di Strasburgo richiamano la nozione particolarmente “ampia” del concetto di “vita privata” ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, desumendone «il

¹⁶⁴ Commenta la decisione B. LIBERALI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, cit., 777 ss.

¹⁶⁵ La legge sulla medicina riproduttiva austriaca (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) – è opportuno ricordarlo – prevede un divieto parziale in merito alla pratica in questione: il divieto è assoluto per la donazione di gameti femminili, mentre, in relazione alla donazione di gameti maschili, essa è consentita per le tecniche di fecondazione *in vivo* e non anche per quelle *in vitro*. La decisione della Corte di Strasburgo origina dal ricorso di due coppie eterosessuali, impossibilitate a concepire figli in modo naturale a causa di problemi di salute diversi, ma che avrebbero potuto concepire figli, dei quali almeno un *partner* di ciascuna coppia fosse anche il genitore biologico, solo ricorrendo a tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo *in vitro* (con donazione di spermatozoi nel primo caso, di ovuli nel secondo) vietate però dalla legge austriaca. Dopo aver lamentato senza successo l'incompatibilità di tale divieto normativo con i loro diritti sanciti negli artt. 8 e 12 CEDU davanti alla Corte costituzionale austriaca (la legge costituzionale n. 59/1964 ha costituzionalizzato la CEDU nell'ordinamento austriaco), la quale aveva concluso che la legislazione austriaca in materia era il risultato di un accettabile bilanciamento tra i confliggenti interessi coinvolti, cioè dignità umana, diritto alla procreazione e benessere dei nascituri, le due coppie avevano presentato ricorso alla Corte europea. Per una ricostruzione del caso ed un'analisi approfondita della decisione v. A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 13 ss.



diritto al rispetto per le decisioni sia di avere che di non avere un figlio»¹⁶⁶, e quello «al rispetto della decisione di diventare genitori genetici»¹⁶⁷, e ritenendo pertanto che «il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale fine rientra nella sfera di applicazione dell'articolo 8», essendo ogni scelta al riguardo «chiara espressione della vita privata e familiare». Dalla decisione emerge il riconoscimento di un diritto alla procreazione in base all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte, anche se riferito alla coppia e non al singolo (v. le considerazioni in precedenza svolte sul caso *Costa e Pavan*).

Storicamente l'esistenza di un diritto a procreare garantito dalla CEDU – è stato ricordato¹⁶⁸ – veniva ricondotta all'art. 12, relativo al diritto a formare una famiglia, diritto riferito però dalla lettera della disposizione all'uomo e alla donna; il mantenimento di quel riferimento alla luce di un progresso in campo procreativo, che ha sensibilmente modificando i concetti di famiglia e filiazione, avrebbe escluso dall'applicazione del diritto le coppie omosessuali e i single, laddove il riferimento all'art. 8 della Convenzione «si porrebbe come parametro in grado di superare detti limiti e di spostare il diritto a procreare da una dimensione di responsabilità familiare a una dimensione di mera autodeterminazione individuale, incidendo dunque anche sulla titolarità del diritto stesso»¹⁶⁹.

Come si è visto, la decisione sul caso austriaco ha esercitato grande influenza sui giudici comuni che tra la fine del 2010 (tribunali di Firenze e Catania) e l'avvio del 2011 (Tribunale di Milano) avevano sollevato i dubbi di costituzionalità in precedenza ricordati, vedendosi poi restituire gli atti dalla Corte costituzionale in virtù della decisione definitiva della Grande Camera nel caso austriaco (*S.H. e altri c. Austria*, [GC], 3.11.2011), la quale – come è noto – ribaltando quanto deciso dalla Prima Sezione e pur confermando che il divieto assoluto di fecondazione eterologa nella forma *in vitro* costituisce un'interferenza con il diritto di ognuno al rispetto alla vita privata e familiare (ex art. 8 della Convenzione, che è riconosciuto applicabile al caso di specie¹⁷⁰), conclude però nel senso che tale interferenza risulta giustificata e proporzionata alla luce dell'ampio margine di apprezzamento che – in materie eticamente sensibili e controverse soggette a un rapido progresso scientifico, in relazione alle quali non si è consolidato un sentire comune a livello europeo – spetta al legislatore nazionale¹⁷¹. Una pronuncia questa che – come ricordato – ha fondato la decisione

¹⁶⁶ Cfr. il già ricordato caso *Evans c. Regno Unito*.

¹⁶⁷ Cfr. il già cit. caso *Dickson c. Regno Unito*.

¹⁶⁸ A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, cit., 22.

¹⁶⁹ Ivi, 23. L'A. evidenzia come però la Corte non porti a termine in modo coerente la premessa, dal momento che struttura il diritto alla procreazione come un diritto che rimane, di fatto, un diritto *di coppia* e non *del singolo*, come invece imporrebbe il testo dell'art. 8 («Ogni persona ha il diritto al rispetto della propria vita personale e familiare»).

¹⁷⁰ Ribadendo quanto già evidenziato dalla Prima Sezione, così la Grande Camera al par. 82: «La Corte, quindi, considera che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare».

¹⁷¹ Commenta in modo sinottico le due pronunce S. PENASA, *Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'art. 8 della CEDU*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2012, 88 ss., secondo il quale è possibile rintracciare nella decisione della Grande Camera «una dimensione scientifica del principio di ragionevolezza, in base al quale le opzioni politiche contenute in una legge



della Corte costituzionale di restituire gli atti ai giudici di Firenze, Catania e Milano¹⁷². Il Tribunale di Milano (ord. 29 marzo 2013) è tornato a riproporre la questione alla Corte costituzionale¹⁷³, evitando però di percorrere la strada della “contrapposizione frontale” sostenendo che la pronuncia di Strasburgo non riguardasse l’Italia¹⁷⁴ (dopo che peraltro alla decisione della Prima Sezione tanto risalto era stato dato nella “prima” proposizione della questione); nell’ordinanza viene richiamata la decisione della Grande Camera, decisione in cui la Corte EDU, pur approdando ad una pronuncia di rigetto, «per la prima volta ed in assenza di precedenti giurisprudenziali», ha affermato la necessità per il legislatore nazionale di «conoscere e utilizzare il progresso della scienza e il consenso della società», in una «prospettiva dinamica», dovendo essere «ancorati al dato temporale di riferimento, con la conseguente necessaria presa d’atto da parte del Legislatore, e di conseguenza dell’interprete, dei loro mutamenti e delle progressioni maturate con il decorso del tempo». Se, dunque, la Corte ha «“assolto” gli impugnati divieti in vigore presso lo Stato austriaco, esprimendo un giudizio “ora per allora”, nella sostanza affermando che al momento dell’entrata in vigore delle norme contestate [...] le stesse non violavano i principi enunciati dalla Convenzione, il Giudice europeo di secondo grado non ha però «verificato se nel proseguo di tempo lo Stato nazionale avesse [...] mantenuto in vita una legislazione non armonica con il progredire delle scienze mediche e il mutamento della sensibilità sociale dei cittadini, requisiti che, se non rispettati, porterebbero il Legislatore nazionale – secondo le indicazioni formulate dalla stessa Corte – a violare il principio di proporzionalità richiesto dall’art. 8 della Convenzione, rendendo al contempo non invocabile il margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni singolo Stato»¹⁷⁵.

devono trovare una necessaria corrispondenza nello “stato dell’arte” medico-scientifica che caratterizza il contesto da regolare» (99), dal momento che l’incessante progresso medico-scientifico ed il mutare delle risposte sociali alle questioni etiche sollevate dalla medicina riproduttiva, se da un lato impediscono il formarsi di un «chiaro consenso» tra gli Stati, ampliando di fatto la discrezionalità politica dei legislatori nazionali, dall’altro finirebbero per ri-orientare – continua l’A. – le «modalità di esercizio del potere normativo statale. [...] Spetta al legislatore prevedere dei meccanismi decisionali e normativi, i quali consentano la valutazione periodica degli eventuali progressi scientifici, in modo da adeguare l’impianto normativo ai medesimi» (98).

¹⁷² Ad inserirsi nella «partita a tre» (così, commentando il provvedimento, G.M. SALERNO, *Nel contrasto tra normativa interna e Cedu un ruolo decisivo è assegnato ai giudici*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 39, 65 ss.) – avviata e come visto non ancora conclusa – tra giudici ordinari, giudice nazionale delle leggi e giudice europeo dei diritti in ordine al divieto di fecondazione con donazione di gameti, è stata l’ordinanza del Tribunale di Salerno del 10 luglio 2012 secondo la quale il divieto di cui all’art. 4, comma 3, l. 40 non eccede in sé il margine di discrezionalità consentito al legislatore nazionale dall’art. 8 CEDU, rigettando di conseguenza la domanda cautelare, proposta da una coppia di coniugi, volta a far dichiarare il loro diritto a ricorrere alle metodiche di PMA utilizzando il materiale genetico di un terzo donatore anonimo.

¹⁷³ Nel corso del mese di aprile lo stesso hanno fatto anche i Tribunali di Catania e Firenze.

¹⁷⁴ Così E. MALFATTI, *Ancora una questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, tra incertezze generate dalla Corte costituzionale (ord. n. 150/2012) ed esigenze del “seguito” alle pronunce di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it (aprile 2013).

¹⁷⁵ Parla di «singolare palingenesi della questione» E. MALFATTI, op. ult. cit., non incidendo più su di essa «il “precedente” austriaco, almeno dal punto di vista dell’oggetto e della sua invocata violazione dell’art. 117 Cost., [...] ma peseranno semmai le argomentazioni spese a Strasburgo, in rapporto agli ulteriori parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo*».



Sono quindi proprio i criteri sottolineati dalla Grande Camera – conclude il Collegio milanese – a dover costituire il fondamentale canone interpretativo che deve essere utilizzato dalla Corte costituzionale per verificare la corrispondenza della norma impugnata ai valori fondamentali della persona convenzionalmente tutelati, così come richiamati dalla nostra Costituzione.

13. FILIAZIONE SENZA PROCREAZIONE

Si sono finora dedicati pochi riferimenti alla c.d. *filiazione civile* contemplata dalla disciplina dell'adozione (l. n. 184/1983 poi in parte riformata dalle leggi n. 476/1998 e n. 149/2001), che pure tanto “materiale di principio” ha fornito agli interpreti impegnati nell'opera di edificazione della figura del minore come soggetto di diritto¹⁷⁶. Come è noto, l'istituto dell'adozione si è conformato – nel corso della sua evoluzione legislativa, come interpretata dalla giurisprudenza – al riconoscimento del diritto del minore ad una famiglia – ad una famiglia idonea – a prescindere dalle sue origini biologiche e dal suo patrimonio genetico¹⁷⁷.

Anteriormente alla disciplina del 1983¹⁷⁸ – lo si ricorderà – la principale riforma in questo campo fu senza dubbio rappresentata dalla l. n. 431/1967, che inserì nel Titolo VIII del Libro I del Codice civile un nuovo Capitolo terzo intitolato *Dell'adozione speciale*¹⁷⁹. È opinione largamente condivisa tra i commentatori ritenere che la riforma del '67 abbia spostato il centro di gravità dell'adozione

¹⁷⁶ Per un inquadramento della disciplina si rinvia a M. DOGLIOTTI, *Adozione. I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, P. MOROZZO DELLA ROCCA e L. FADIGA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* diretto da G. Ferrando, Bologna, 2007, III, 587 ss.

Per un'ampia ricostruzione storico-normativa dell'istituto si rimanda anche a Corte cost. n. 11/1981.

¹⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti in materia si rinvia al già richiamato contributo di B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali* e a quello di M. NISTICÒ, *Kafala islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafala nell'ordinamento italiano*.

¹⁷⁸ Come è noto, prima della riforma del 1983 il Codice civile disciplinava un'unica forma di adozione sia per maggiorenni sia per minorenni, di tradizione romanistica, che consentiva alle persone che avessero compiuto il cinquantesimo anno di età (o il quarantesimo, con l'autorizzazione della Corte d'Appello) e che non avessero avuto figli, di poterne adottare. La finalità dell'istituto era quella di assicurare la continuità del nome e del patrimonio familiare: l'adottante trasmetteva all'adottato i propri beni e il proprio nome; l'adottato manteneva i rapporti giuridici con la sua famiglia d'origine mentre nessun vincolo di parentela si stabiliva con i parenti dell'adottante (cfr. § 3).

¹⁷⁹ «Questo complesso normativo, chiaramente indirizzato alla tutela dell'interesse del minore infraotenne in stato di abbandono, interesse considerato in posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri, compresi quelli dei genitori naturali, si caratterizza per alcuni tratti decisamente innovatori: a) ampi poteri degli organi giurisdizionali cui spetta accertare lo stato di abbandono del minore, adottando i migliori mezzi per porvi rimedio; b) applicazione più conseguente del criterio della imitazione della natura, intendendosi offrire al minore una famiglia sostitutiva che, per completezza di ruoli materno e paterno e per l'età degli adottanti, meglio supplisca la famiglia di origine; c) miglior garanzia di riuscita dell'inserimento del minore nella nuova famiglia, giacché il provvedimento di adozione speciale deve essere preceduto da un periodo di affidamento preadottivo, di natura esplicitamente sperimentale; d) scelta degli adottanti più idonei in base ad un giudizio attitudinale tra le coppie disponibili all'adozione speciale; e) tra gli altri effetti della adozione speciale, acquisto dello stato di figlio legittimo degli adottanti e cessazione dei rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine (salvi i divieti matrimoniali e le norme penali fondate sul rapporto di parentela)» (è ancora Corte cost. n. 11/81).



dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato: è innegabile che a livello di legislazione ordinaria la legge 431 abbia alterato a favore del minore l'equilibrio che poteva ormai riconoscersi, nell'adozione ordinaria per i minori, tra l'interesse di chi "si continua" attraverso un figlio-erede e l'interesse del minore ad essere allevato ed educato in condizioni più vantaggiose. Ma lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, commi 1 e 2, Cost., i quali, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, fanno assurgere «a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli. Ma la finalità di una educazione sostitutiva al meglio comporta la soddisfazione del bisogno di famiglia avvertito con forza dal minore, che richiede per la sua crescita normale affetti individualizzati e continui, ambienti non precari, situazioni non conflittuali» (così Corte cost. n. 11/81). Questa decisione avrebbe costituito il precedente su cui fondare, nella successiva evoluzione giurisprudenziale, il riconoscimento di un vero e proprio diritto del minore ad una famiglia¹⁸⁰; come è stato osservato, la lettura del primo comma dell'art. 30 Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost. fa acquisire a tale disposizione una valenza autonoma dal contesto in cui è situata e «da principio interno alla materia della filiazione diventa punto di appoggio per la costruzione di un[o] [...] "statuto dei diritti costituzionali del minore"»¹⁸¹.

In questa lettura coordinata delle richiamate norme costituzionali la Corte intravede un aspetto fondamentale del diritto del minore ad una famiglia: il principio del preminente interesse del minore; una lettura congiunta delle norme costituzionali da cui discendono «il carattere "funzionale" del diritto dei genitori del sangue, che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione; il carattere di "effettività" che deve rivestire l'assolvimento dei compiti stessi, non delegabili ad altri e dunque da svolgersi con impegno personale e diretto; infine il carattere di "adeguatezza" [...] che deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva quando trovi applicazione l'art. 30, secondo comma, della Costituzione, il che comporta la ricerca della soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"».

Facendo applicazione del principio del preminente interesse del minore, la successiva giurisprudenza costituzionale¹⁸² ha svolto un ruolo insostituibile nella promozione dell'istituto della

¹⁸⁰ S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it (settembre 2012).

¹⁸¹ Così E. LAMARQUE, *sub* Art. 30, cit., 630.

¹⁸² Tra le tante Corte cost. nn. 197, 198, 199/1986, 182, 183/1988, 27/1991 e 148/1992.



adozione, «considerato attuazione delle norme costituzionali»¹⁸³; il riferimento – pressoché obbligato – va alle decisioni sul divario minimo e massimo di età tra adottanti e adottati¹⁸⁴, nelle quali la Corte non “scioglie le catene” dell’adozione, ma bilancia il diritto del minore ad una famiglia con l’interesse all’adozione degli aspiranti genitori che non viene in considerazione, non dovendo il limite di età stabilito dalla legge essere valutato in relazione all’interesse ed alla posizione dell’adottante, giacché l’intero sistema dell’adozione di minori è incentrato sulla valutazione e sulla protezione della personalità e dell’interesse del minore; è dunque giustificata la deroga al criterio rigido del divario di età quando l’inserimento in quella specifica famiglia adottiva risponde al preminente interesse del minore e dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per lo stesso.

Questa giurisprudenza, unitamente a quella richiamata nella prima parte di questo lavoro, segnano in modo indelebile quel percorso – a com il quale è intervenuta la legge n. 219 del 2012 – «che inizia da una visione del minore come oggetto di protezione da parte di una legislazione assistenziale, in un contesto di diritto di famiglia incentrato sulla tutela (dei membri) della famiglia legittima, per giungere all’emersione di un diritto vero e proprio del minore ad avere una famiglia in cui sviluppare in modo sereno ed armonioso la propria personalità, fino al diritto in sé di vedersi riconoscere come figlio».

Concludendo, la dottrina ha messo in evidenza come progressivamente, rispetto alla percezione dell’istituto, si sia assistito – e la tendenza prosegue – ad un suo sostanziale mutamento (ripetiamo, percettivo) indotto dalla spinta esercitata dalla prepotente evoluzione dei comportamenti e dei “bisogni” sociali, che ha condotto l’adozione legittimante, alla quale si attribuiva in principio uno scopo pressoché esclusivamente assistenziale, verso una dimensione definita come “adozione demografica”¹⁸⁵: «Alla base di questo mutamento, [...] v’è il prolungamento dell’età giovanile – del resto coerente con il progressivo prolungarsi della vita nelle società opulente – il rinvio nel tempo delle scelte matrimoniali o di coppia e, comunque, il procrastinarsi delle scelte sulla prole, con il conseguente proporsi di una maggiore difficoltà procreativa e l’aumento delle coppie sterili desiderose di avere un figlio»¹⁸⁶.

Nel dibattito sulla fecondazione assistita, in particolare in merito al superamento del divieto di donazione di gameti, viene sovente richiamata la disciplina dell’adozione: è senz’altro vero che in entrambi i casi la filiazione avviene mediante un “innesto”, in un caso fisico, nell’altro sociale e affettivo; in entrambe le vicende, inoltre, viene in considerazione una filiazione che supera e risolve l’ostacolo dell’infertilità della coppia¹⁸⁷. Tuttavia non credo che ci si possa spingere oltre le

¹⁸³ Ancora E. LAMARQUE, *sub* Art. 30, cit., 634, ma anche EA., *I diritti dei figli*, cit., 295.

¹⁸⁴ Corte cost. nn. 148/1992, 303/1996, 349/1998 e 283/1999. quelle indicazioni sono poi recepite dal legislatore della l. 149/01.

¹⁸⁵ L. FADIGA, *L’adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, II, cit., 796 ss. e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. famiglia*, 2005, 211 ss.

¹⁸⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, cit., 212.

¹⁸⁷ È riscontrabile, perciò, una certa “incoerenza” nell’art. 6, comma 1, l.40/04 che, tra gli obblighi informativi che gravano sul medico nei confronti della coppia che chiede di accedere alle tecniche di fecondazione assistita, prevede la



semplici similitudini. Nell'adozione il sistema ruota intorno al principio di solidarietà¹⁸⁸, l'istituto tende cioè a non appagare esclusivamente il desiderio di avere una discendenza come invece il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, ma alla realizzazione del diritto del minore, dichiarato in stato di abbandono, a ricevere risposte ai suoi bisogni di cura e protezione, trovando un valido inserimento familiare.

La genitorialità non è legata ad un mero evento biologico, ma è un fatto morale, perché anzitutto assunzione di responsabilità, e culturale; ancor di più nel caso dell'adozione.

prospettazione della possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento, in una logica dunque di alternative tra procedure diverse tra loro, finendo col configurare una sorta di “adozione medicalmente assistita”.

¹⁸⁸ Ad avviso di C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, cit., 214, il diritto del figlio alla propria famiglia ha una sua autonoma rilevanza come diritto di solidarietà, come diritto del minore a che la famiglia riceva dalle istituzioni pubbliche l'aiuto necessario per permetterle di assolvere il suo compito assistenziale, individuando la legge, in capo allo Stato, alle Regioni e gli Enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, il dovere di sostenere «con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia» (così l'art. 1, comma 3, l. 184/83 come riformato dalla l. 149/01). Per quanto riguarda le politiche promozionali della famiglia si rinvia alle Relazioni di L. PRINCIPATO e di M. TROISI, dedicate rispettivamente alle misure di sostegno previste da *La legislazione nazionale* e da *La legislazione regionale*.

