

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

UGO SALANITRO

Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita

Il modello legislativo in materia di procreazione assistita, già caratterizzato da profonde incertezze interpretative, è stato investito da plurime sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Strasburgo, le quali hanno demolito i profili più restrittivi della legge n. 40 del 2004. In questo saggio viene esaminata la portata degli interventi giurisprudenziali al fine di porre le premesse per una lettura sistematica della disciplina attualmente vigente.

853

The rules on assisted procreation, already characterized by deep uncertainty in interpretation, was hit by multiple rulings of the Constitutional Court and of the Court of Strasbourg, which demolished the most restrictive profiles of the law no. 40/2004. This essay examines the extent of the juridical decisions in order to lay the foundations for a systematic reading of the rules currently in force.

Sommario: 1. La soggettività del concepito: uno sviluppo inatteso. – 2. Corte di Strasburgo e Corte costituzionale: il dialogo continua? – 3. Il trapianto di “incerti” modelli argomentativi. – 4. Giurisprudenza CEDU e tutela delle situazioni di fatto. – 5. Le nuove Linee guida ministeriali: ancora un passo indietro?

1. - La soggettività del concepito: uno sviluppo inatteso.

La sentenza della Corte di Cassazione 8 agosto 2014, n. 17811 ¹, in tema di scioglimento del fondo patrimoniale, ha accolto una concezione della soggettività del concepito che, forse per la prima volta nella storia della nostra giurisprudenza, pone in crisi il senso della regola fondamentale sull’acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita.

Il giudice di legittimità è intervenuto su una questione già oggetto di divergenze interpretative: se il fondo patrimoniale possa essere sciolto per mutuo consenso dei coniugi, nonostante il silenzio della disciplina del codice civile. In dottrina e nella giurisprudenza di merito non si registrava una opinione consolidata: secondo un primo orientamento, lo scioglimento per mutuo consenso non era ammesso, in mancanza di una disposizione specifica; altro orientamento, che traeva argomento dall’art. 163 c.c., affermava l’opposta tesi dell’ammissibilità dello scioglimento consensuale del fondo patrimoniale; un terzo orientamento ammetteva tale soluzione solo nel caso in cui non vi fossero figli minori, argomentando dall’art. 171² c.c.; un quarto orientamento consentiva lo scioglimento del fondo patrimoniale anche in caso di figli minori, subordinandolo all’autorizzazione giudiziale, in applicazione analogica dell’art. 169 c.c.

La sentenza prende una posizione netta a favore del diritto dei coniugi di sciogliere il fondo patrimoniale, argomentando dalla frammentarietà della disciplina del fondo patrimoniale e dalla conseguente possibilità di applicazione delle regole generali in tema di convenzioni matrimoniali: ma al contempo limita l’esercizio di tale diritto in presenza di figli, non esplicitando tuttavia se occorra attendere che i figli divengano maggiorenni o se si possa effettuare l’atto con l’autorizzazione giudiziale.

Nel caso concreto, invero, ha agito per far dichiarare la nullità dell’atto di scioglimento del fondo patrimoniale, contro gli interessi delle banche

¹ Cass. 8 agosto 2014, n. 17811, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 24 ss., con nota di BALLERINI.

creditrice, il figlio della coppia coniugata, il quale, al momento della stipulazione notarile dell'atto, pur essendo concepito, non era ancora nato. Il giudice di legittimità ha accolto la domanda di nullità, sostenendo che le esigenze di tutela debbano intendersi estese anche ai figli nascituri, traendo argomento non solo dagli articoli 462 e 784 c.c., ma anche dall'art. 1 della l. n. 40 del 2004 che riconosce al concepito la qualifica di soggetto e titolare di diritti.

Le forti ragioni a sostegno della regola che assicura al concepito la capacità di succedere giustificano le incertezze, da sciogliere *ex post* attraverso la presunzione posta dal capoverso dell'art. 462 c.c., che da tale regola possono derivare: ma si tratta di incertezze che incidono su una vicenda quale quella successoria in cui i soggetti interessati non possono fare affidamento sulla trasmissione dei beni ereditari per il rischio di sopravvenienze di ulteriori chiamati all'eredità in via legale o testamentaria (ad es., figli non riconosciuti, eredi vocati da testamenti scoperti successivamente).

Ragioni altrettanto forti da giustificare l'introduzione di incertezza non sussistono nel caso di scioglimento del fondo patrimoniale: se si ritiene che il fondo possa essere sciolto consensualmente, è nell'interesse dei coniugi che i terzi possano sentirsi garantiti senza incertezze dalla riespansione delle regole della responsabilità patrimoniale. Inoltre, è al momento dell'atto di scioglimento che bisogna verificare la sussistenza delle condizioni di validità, le quali non possono dipendere da un fatto privato e incerto (o al più verificabile solo *ex post*) come il tempo del concepimento.

La sentenza sullo scioglimento del fondo patrimoniale fa compiere pertanto un salto di qualità al dibattito sulla questione della soggettività del concepito, dibattito che sino a quel momento non aveva portato a conseguenze operative degne di rilievo.

In giurisprudenza, in effetti, si era tratto argomento dalla mancanza di capacità giuridica del concepito per negare la risarcibilità del danno da nascita indesiderata² o dal danno da perdita del rapporto parentale prima della nascita³; ma la soluzione negativa sembra essere stata il frutto di una

² Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di A.L. BITETTO.

³ Cass. 28 dicembre 1973, n. 3467, in *Foro it.*, 1974, I, 668 ss.

scelta di politica del diritto, ora in parte superata, piuttosto che la conseguenza dell'accoglimento della concezione tradizionale. A risultati di segno opposto, a favore della risarcibilità, si poteva infatti pervenire, e si è infatti pervenuti ⁴, mettendo in opera la tesi risalente – coerente con la logica dell'art. 1 c.c., che disarticola il momento in cui la condotta lesiva si verifica da quello in cui il soggetto, una volta nato, subisce il danno – con la quale si era già giustificata la soluzione consolidata che ammette il risarcimento del danno alla salute della vittima di un atto illecito avvenuto durante la vita prenatale ⁵.

Né può riconoscersi alcuna incidenza, nel giudizio di comparazione degli interessi, al riconoscimento della soggettività del concepito in sede di disciplina della procreazione medicalmente assistita.

Non si può negare che, coerentemente con le tesi di una certa dottrina ⁶, e di una parte politica, questa disposizione era, nell'intento del proponenti, volta ad incidere sull'interpretazione dell'art. 1 c.c., equiparando la posizione del concepito a quella della madre; in tal modo ponendo in discussione, per la prevalenza del diritto alla vita su quello alla salute, la conformità costituzionale della disciplina sull'interruzione di gravidanza.

Ma l'intento dei promotori non è diventato, né poteva diventare, *ratio legis*

⁴ Sul danno da nascita indesiderata, la soluzione ammissiva è stata sostenuta con dovizia di argomentazioni da Cass. 2 ottobre 2012, n. 16752, in *Dir. fam.*, 2013, II, 120 ss., con nota critica di E. GIACOBBE; la sentenza ha suscitato gli autorevoli rilievi di F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. nascita indesiderata*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1519 ss.; nella stessa prospettiva, vedi anche le critiche di G. BALLARANI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *Dir. fam.*, 2013, 1488 ss. Rilievi e critiche che hanno condotto ad una pronunzia in senso opposto delle Sezioni Unite della Cass. 22 settembre 2015, n. 25767, le quali, nel negare la risarcibilità del danno al nato, hanno tuttavia confermato che tale soluzione non trova argomento nella mancanza di soggettività del concepito prima della nascita, quanto piuttosto nell'insussistenza di un danno ingiusto (per la rilevanza superiore del bene della vita) e del nesso causale tra il comportamento del medico e le conseguenze dannose sofferte dal nato. Sul danno parentale al concepito, v. Cass. 3 maggio 2011, n. 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1270 ss., con nota di PALMERINI; in *Fam. e dir.*, 2011, 1102 ss., con nota di PISANO; in *Danno e resp.*, 2011, 1168 ss., con nota di GALATI; in *Corr. giur.*, 2012, 382 ss., con nota di SUPPA; in *Resp. civ.*, 2012, 276 ss., con nota di MASTROIANNI; in *Dir. fam.*, 2012, 1419 ss., con nota di LANDI.

⁵ Ovviamente, in giurisprudenza si è giustificata anche tale soluzione facendo riferimento alla soggettività del concepito: Cass. 22 aprile 2009, n. 10741, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 706 ss., con nota di VIOLA; anche Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 550 ss., con nota di CARUSI.

⁶ In questa logica si muovono, tra le altre, le ricerche di E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, *passim*.

della disposizione. In primo luogo, perché è stata adottata dal legislatore una formula di compromesso, facendo ricorso al termine “soggetto” e non a quello, di diverso spessore tecnico, di “persona”: formula di compromesso che trova riscontro nella decisione, avvenuta in Aula modificando il testo unificato approvato in commissione, di rinunciare ad attribuire al concepito un diritto alla nascita e di salvaguardare espressamente la disciplina sull'interruzione di gravidanza. In secondo luogo, perché la disciplina posta in sede di legislazione ordinaria non poteva incidere sul bilanciamento già sancito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27) che, con decisione discutibile ma di significato sicuro, pur avendo riconosciuto il concepito quale titolare di diritti fondamentali, ha negato l'equiparabilità tra gli interessi di chi “è già persona”, come la madre, e di chi “*persona deve diventare*”.

Ne discende che non si può che condividere la successiva giurisprudenza costituzionale che, nonostante il riconoscimento legislativo della soggettività del concepito, ha insistito sulla prevalenza del diritto alla salute della donna che accede alla procreazione assistita rispetto al diritto alla vita degli embrioni non impiantati (Corte cost., 1 aprile 2009, n. 151) e ha tratto argomento dalla disciplina dell'interruzione di gravidanza per ammettere le coppie fertili portatrici di malattie genetiche ad accedere alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto (Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96).

Per le medesime ragioni non mi pare da sostenere lo sforzo di altra dottrina⁷ volto a negare la qualificazione di soggetto al concepito: non solo perché tale qualificazione è stata ormai da tempo accolta dalla Corte costituzionale che ha considerato il concepito titolare di diritti fondamentali, seppure secondo una concezione che assicura la prevalenza degli interessi di coloro che sono già nati; ma anche perché la stessa qualificazione può incidere sull'interpretazione delle norme della disciplina sulla procreazione assistita, riconoscendo spazi di tutela al concepito, quanto-

⁷ Per tutti, N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del convegno dei Lincei, 31 gennaio 2005, Roma-Brindisi, 2005, 1 ss. Da ultimo – ma è un *obiter dictum* – Cass., sez. un., 22 settembre 2015, n. 25767, che ritiene di trarre argomenti in tal senso dalla stessa sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975.

meno ogni qualvolta non siano in contrapposizione con le esigenze della coppia che intende accedere alle tecniche.

Da questo punto di vista, mi è parso coerente con la tutela dell'embrione concepito che il divieto di fecondazione eterologa (ora dichiarato incostituzionale) e i limiti soggettivi di accesso alla tecnica assistita siano rivolti alla fase della fecondazione e non a quella dell'impianto dell'embrione fecondato. Si pensi ai casi in cui, dopo la fecondazione, uno dei genitori muoia o la coppia divorzi o smetta di convivere: sarà abilitato il medico a procedere all'impianto ove vi sia la disponibilità della donna? Una valutazione oggettiva dei valori dell'ordinamento non appare risolutiva in quanto, soprattutto nel caso di morte del genitore, vi sono fondati motivi a sostegno sia della soluzione di ammettere, sia di quella di negare l'impianto: in assenza di indicazioni testuali di segno diverso, il riconoscimento al concepito di una posizione di generale tutela, discendente dalla qualificazione di soggetto, può costituire un argomento ulteriore a sostegno della tesi meno restrittiva ⁸.

858

Per le medesime ragioni va ammesso, anche nel silenzio della legge, il diritto della coppia di destinare l'embrione non utilizzato a essere accolto da altra coppia che intenda accedere alla tecnica assistita (c.d. adozione dell'embrione): diritto che non trova più neanche le apparenti preclusioni che potevano derivare dalla sussistenza del divieto di fecondazione eterologa. La soluzione permissiva trova l'autorevole recente avallo della Corte di Strasburgo, con la sentenza della Grande Camera del 27 agosto 2015, *Parrillo v. Italia*, la quale, nel ricondurre il diritto della coppia di decidere la sorte dell'embrione nell'ambito del diritto alla vita privata e familiare, rileva che nel nostro ordinamento la dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa dovrebbe adesso consentire l'adozione degli embrioni soprannumerari secondo le indicazioni del Comitato nazionale di bioetica (§ 157).

⁸ Sulla questione dell'ammissibilità, dopo la morte del padre, dell'impianto dell'embrione fecondato si veda da ultimo Trib. Bologna 21 maggio 2014 (ord.) e 16 gennaio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, 933 ss., con nota di ATTADEMO; la seconda ordinanza si trova anche in *Fam. e dir.*, 2015, 488 ss., con nota di SCALERA.

2. - Corte di Strasburgo e Corte costituzionale: il dialogo continua?

Nel giro di un anno la Corte costituzionale è intervenuta con due sentenze che hanno smantellato i limiti più significativi della l. n. 40 del 2004, eliminando il divieto di fecondazione eterologa e ammettendo alla procreazione assistita le coppie fertili con gravi malattie genetiche trasmissibili.

Entrambe le sentenze riprendono questioni che erano state già sollevate e risolte di fronte alla Corte di Strasburgo: va notato però che mentre in tema di coppie fertili la Corte costituzionale ha (forse, troppo) pedissequamente seguito le argomentazioni e la soluzione della Corte europea, in tema di fecondazione eterologa la soluzione del giudice italiano è stato di segno opposto a quello europeo, il quale aveva riconosciuto al potere legislativo degli Stati ampia discrezionalità.

Il dubbio che il dialogo tra le Corti non si sia sviluppato in tutta la sua potenzialità, perché la Corte costituzionale darebbe rilevanza alle pronunzie di Strasburgo solo se idonee a importare soluzioni diffuse tra gli ordinamenti europei, è stato autorevolmente sollevato e argomentato ⁹.

In altra occasione ho espresso l'idea che se il diritto alla procreazione assistita è considerato costituzionalmente tutelato quale componente essenziale del diritto alla vita privata e familiare così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, non si può negare che esso sia comprimibile, in sede di legislazione ordinaria, da altri interessi considerati rilevanti dalla medesima giurisprudenza europea; sarebbe paradossale infatti ritenere che un diritto con fondamento esogeno, in quanto certamente ignoto al Costituente, possa essere limitato soltanto da interessi che trovino autonomo riconoscimento nella Costituzione ¹⁰.

Va tuttavia ricordato che la sentenza della Grande Camera non chiudeva il discorso sui dubbi di legittimità del divieto di fecondazione eterologa, lasciando aperti ampi margini di intervento, sui quali a mio avviso si è

⁹ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 67 ss.

¹⁰ U. SALANITRO, *La diagnosi genetica nel diritto italiano ed europeo*, in D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo. Vite nascenti e autodeterminazione procreativa. Atti del convegno di Genova (24 marzo 2013)*, Torino, 2015, 75, nota 7.

innestata, seppure non in forma esplicita, la decisione della Corte costituzionale ¹¹.

La sentenza europea del 3 novembre 2011 ¹² ha negato infatti l'ammissibilità di un divieto assoluto della tecnica fecondativa in base a motivi di carattere etico e morale, richiedendo la sussistenza anche di interessi di natura oggettiva: al contempo, la stessa sentenza non ha esplicitato in modo chiaro quali motivi vadano qualificati etici e quali oggettivi, limitandosi a ricondurre tra questi ultimi la tutela della salute e della dignità dei terzi donatori ed i rischi di conflitto tra la madre genetica e la madre naturale. L'argomento principale della sentenza europea, che ha considerato legittima la disciplina austriaca, muoveva dal rilievo che tale disciplina – distinguendo tra donazione di gameti femminili e di gameti maschili e tra fecondazione *in vitro* e fecondazione *in vivo* e ammettendo la fecondazione eterologa all'estero – aveva adottato una soluzione equilibrata tra le esigenze di tutela della coppia e i principi ispiratori della regolamentazione legislativa.

La diversa soluzione accolta dalla Corte costituzionale ¹³ trova ragione in

¹¹ Avevo argomentato la possibilità di una pronuncia d'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, pur coerente con le argomentazioni della Grande Camera, in U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 636 ss.

¹² Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 224 ss., con nota di MURGO; in *Foro it.*, 2012, IV, 209 ss., con nota di NICOSIA. Si segnalano tra i vari commenti: R. CHIEPPA, *Fecondazione eterologa e Corte europea CEDU: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni e altri profili processuali di costituzionalità*, in *Dir. mercato tecnologia*, 2012, 1, 72 ss.; F. VARI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa*, ivi, 107 ss.; L. BEDUSCHI-A. COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *www.penalecontemporaneo.it*; A. VIVIANI, *Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, 196 ss.; S. PENASA, *Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'articolo 8 della CEDU*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 88 ss.

¹³ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. e dir.*, 2014, 753 ss., con nota di CARBONE; in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di FERRANDO; in *Eu. e dir. priv.*, 2014, 1105 ss., con nota critica di CASTRONOVO; in *Foro it.*, 2014, I, 2325 ss., con note di ROMBOLI e CASABURI; in *Dir. fam.*, 2014, 973 ss., con nota di D'AVACK; in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 825 ss., con nota di VALLINI; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1, 473 ss., con nota di RISICATO; in *Giur. cost.*, 2014, 2563 ss., con nota critica di TRIPODINA; in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014, con nota di TIGANO; in *Giur. it.*, 2014, 2827 ss., con nota di Em. LA ROSA.

Sulla sentenza si vedano anche i commenti di: G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, II, 393 ss.; C. CICERO-E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice*

primo luogo nell'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa nella legislazione italiana (non essendo ammessa neanche la fecondazione *in vivo* di gameti maschili), che non ne consente la giustificazione con motivi etici o di accettabilità morale o sociale: la possibilità di fare ricorso alla fecondazione all'estero – reputata nel modello europeo di stampo liberale un temperamento all'assolutezza del divieto – non è considerata rilevante dal giudice italiano, che ne ha sottolineato il contrasto con i principi solidaristici della nostra Costituzione (§ 13). Al contempo, il Giudice delle leggi ha posto in rilievo che nell'ordinamento italiano, a differenza che in quello austriaco, il divieto non era il frutto di un ampio convincimento etico, né di una scelta consolidata nel tempo, poiché introdotto tra forti polemiche e in contrasto con le prassi consolidate (§ 5).

Non credo sia dubbio che il percorso argomentativo appena illustrato, che riprende testualmente frammenti della motivazione, sebbene formulati quali *obiter dicta*, giustifichi, anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, la decisione della Corte costituzionale di restringere la valutazione comparativa degli interessi a quelli considerati di natura oggettiva: anche

legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero sia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino, in *Dir. fam.*, 2014, 1290 ss.; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Questioni costituzionali*, 2014, 639 ss.; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sentenza n. 162/2014)*, in *Consulta on line*, 2014; Giac. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, *ivi*, 663 ss.; R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi indirizzi operativi della Conferenza delle regioni*, in *Studium iuris*, 2014, 1243 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1716 ss.; M. CASINI, *Il «figlio a tutti i costi» e la «procreazione medicalmente assistita». Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori* *La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 2014, 67 ss.; A. QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 469 ss.; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e dir. intern.*, 2014, 238 ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, 1123 ss.; A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in *Dir. e proc.*, 2014, 161 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1669 ss.; M.A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta*, in *Corr. giur.*, 2015, 64 ss.; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 223 ss.; P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 307 ss.

se va tenuto presente che non sembra siano stati compresi tra i motivi oggettivi – raccogliendo implicitamente un ambiguo suggerimento della Grande Camera – quelli volti a negare la conformità della tecnica eterologa con la tutela della dignità umana in senso ampio, con la protezione dell’astratto benessere del bambino e con la delimitazione del rischio di abusi eugenetici.

Una volta che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l’interesse della coppia alla procreazione eterologa è riconducibile al diritto alla vita privata e familiare, al pari dell’interesse alla procreazione omologa, la Corte costituzionale non ha avuto altra scelta che far propria, e giustificare con i parametri interni, questa valutazione, concentrando la riflessione sulla verifica della sussistenza d’interessi contrapposti di carattere oggettivo.

Secondo la sentenza italiana, il divieto di fecondazione eterologa, nella sua assolutezza, ha costituito un limite incidente su due differenti diritti della persona umana, costituzionalmente rilevanti: la libertà di autodeterminazione e il diritto alla salute. La scelta di ricorrere alla procreazione eterologa viene, perciò, ricondotta nell’ambito della libertà di autodeterminazione nella vita privata e familiare, seguendo un modello parallelo a quello già accolto dalla Corte di Strasburgo: concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, anche se riguardante una coppia assolutamente sterile, la volontà di avere un figlio attraverso la fecondazione eterologa viene considerata incoercibile e non limitabile da un divieto assoluto, ove non leda altri interessi costituzionalmente tutelati (§ 6). La fecondazione eterologa viene altresì considerata, secondo le valutazioni riservate alla scienza medica, una terapia per le patologie psichiche derivanti dalla sterilità: ne consegue che il divieto, investendo le coppie la cui patologia è più grave, limita il diritto fondamentale alla salute, occorrendo perciò che sia giustificato dalla tutela d’interessi di pari rango (§ 7).

Riconosciuto che il divieto limita diritti costituzionalmente rilevanti, la sentenza interna ha rilevato l’irrazionalità del bilanciamento d’interessi effettuato dal legislatore. Per un verso, ha negato – «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica» – che sussistano rischi per la salute dei donanti e dei donatari, eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché l’intervento sia eseguito all’interno di strutture autorizzate e controllate e in applicazione dei protocolli medici (§ 9). Per altro

verso, ha constatato che il diritto del nato da procreazione eterologa alla certezza del rapporto genitoriale e alla conoscenza delle proprie origini è altrimenti garantito dall'ordinamento: garanzia che discende direttamente dalle regole sui rapporti genitoriali con la coppia che ha espresso il consenso alla procreazione assistita e dalla negazione di rapporti con il donatore (artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004) (§ 11), nonché, seppure indirettamente, dalle regole e dalla giurisprudenza in materia di adozione, applicabili in via analogica per consentire in particolari circostanze l'accesso ai dati del donatore (§ 12).

Neanche in sede di bilanciamento d'interessi, si può ravvisare discontinuità tra le argomentazioni delle Corti: la Corte europea, infatti, attribuendo rilevanza all'interesse alla tutela della salute delle donatrici, ha ammesso che siffatta valutazione, condotta per il tempo in cui le coppie austriache intendevano accedere alla pratica, restava soggetta all'evoluzione della scienza medica; mentre la Corte nazionale ha escluso che l'interesse alla salute delle donatrici costituisca una ragione ostativa alla fecondazione eterologa, assumendo che i rischi non debbano essere considerati elevati alla luce delle notorie (ed attuali) risultanze della scienza medica. Nella medesima prospettiva è stata esclusa la rilevanza dei motivi oggettivi individuati dalla Corte di Strasburgo a tutela del diritto del minore alla ricerca delle proprie origini e alla certezza dell'identità familiare, giacché la Corte costituzionale ha ritenuto che tali interessi trovino già tutela nella disciplina degli artt. 8 e 9 della l. n. 40 del 2004 e nell'applicazione analogica delle regole in materia di adozione sull'accesso ai dati genetici.

In effetti, la Corte costituzionale, omettendo di valutare la conformità del divieto con l'art. 117 Cost., ha potuto esprimere le proprie argomentazioni senza metterle a confronto con quelle della Grande Camera: in tal modo ha seguito un percorso apparentemente più lineare, perché non ha dovuto sostenere sino in fondo lo sforzo di spiegare la diversità degli esiti. Tuttavia, come si è dimostrato in queste pagine, il dialogo tacito tra le Corti emerge a un attento esame e consente di giustificare una soluzione che sarebbe rimasta altrimenti difficilmente comprensibile.

3. - Il trapianto di “incerti” modelli argomentativi.

Un ulteriore momento di dialogo tra le Corti ha avuto quale oggetto la valutazione della legittimità della disposizione che limitava l'accesso alle tecniche alle sole coppie sterili: disposizione che, pur non dotata di sanzione penale o amministrativa, poneva il dubbio sulla validità dei contratti aventi ad oggetto l'accesso alle tecniche da parte di coppie fertili con malattie genetiche trasmissibili.

L'assunto che la procreazione assistita tuteli il diritto alla salute psichica della coppia – fatto proprio dalla Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa, ma già presupposto nella qualificazione legislativa della tecnica quale terapia per la sterilità – solleva il dubbio sulla legittimità del limite di accesso alle sole coppie infertili: sarebbe stato compito del Giudice delle leggi valutare se tale diritto possa essere compresso per evitare il rischio, posto a giustificazione della soluzione legislativa, di una selezione sistematica degli embrioni al fine di eliminare quelli malati.

La Corte costituzionale, nella recente sentenza del 14 maggio 2015, n. 96 ¹⁴, ha tuttavia adottato un diverso modello argomentativo, ripreso in larga misura dal precedente della Corte di Strasburgo.

Secondo la sentenza europea del 28 agosto 2012 ¹⁵ la disciplina italiana violava il diritto alla vita privata e familiare, in quanto non consentiva alle coppie fertili di accedere alla procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto per selezionare gli embrioni sani da impiantare, nonostante tale selezione fosse consentita alla coppia che accede alla diagnosi prenatale per avvalersi della disciplina dell'interruzione di gravidanza.

L'argomentazione, tutt'altro che raffinata, può essere giustificata assu-

¹⁴ Corte cost., 14 maggio 2015 (5 giugno 2015), n. 96, in *Giur. cost.*, 2015, 789 ss., con note di IADICICCO e IANNUZZI. Sulla sentenza si veda il commento di G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 582 ss.

¹⁵ Corte EDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, n. 54270/10, in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 66 ss., con nota di PARDINI, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 221 ss., con nota di MELIS; la sentenza è stata confermata dalla Grande Chambre l'11 febbraio 2013. Si vedano anche i commenti di: V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, 669 ss.; P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. it.*, 2012, 1993 ss.; L. POLI, *La diagnosi genetica preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 119 ss.

mendo che la Corte di Strasburgo, nella sua funzione di guardiano internazionale dei diritti, non può evitare di censurare la compressione del diritto alla vita privata e familiare da parte di un ordinamento nazionale ogni qualvolta tale compressione sia affermata per la tutela di interessi che lo stesso ordinamento nazionale non è in grado di proteggere “*in concreto*” qualora l’aggressione sia condotta con altra modalità.

Tuttavia, siffatto modello argomentativo non appare giustificabile ove adottato dalla Corte costituzionale, la quale, secondo la propria tradizione, avrebbe dovuto piuttosto valutare se la norma interposta, ossia la disciplina sull’interruzione di gravidanza, fosse rivolta a consentire la selezione sistematica degli embrioni: pervenendo per tale via a una soluzione di segno negativo, in quanto, come è noto, la disciplina sull’interruzione di gravidanza non ha una ratio selettiva e si limita a tutelare il diritto alla salute della donna e, solo nel caso di una sua lesione, ammette la pratica abortiva ¹⁶.

Il ricorso della Corte costituzionale al medesimo modello argomentativo della Corte europea appare perciò sorprendente: né si può sostenere che la debolezza dell’argomentazione trovi in questo caso giustificazione nella bontà della soluzione. Anche perché alla medesima soluzione la Corte italiana sarebbe potuta pervenire in applicazione dell’art. 117 Cost., limitandosi ad affermare che il presupposto della sterilità per accedere alla procreazione assistita era già stato considerato illegittimo dalla Corte di Strasburgo: percorso argomentativo che, per quanto lineare e dignitoso, potrebbe non essere stato seguito proprio per non suggerire l’idea di una funzione servente dell’organo costituzionale rispetto alle decisioni dei giudici europei ¹⁷.

Sotto un diverso profilo, va segnalato che lo sviluppo coerente delle argomentazioni della Corte di Strasburgo avrebbe dovuto portare all’accoglimento di un criterio flessibile, tale da consentire l’accesso alla tecnica

¹⁶ In tal senso da ultimo Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2015, n. 25767, in relazione al diverso problema del danno da nascita indesiderata.

¹⁷ Va ricordato che in un successivo passaggio argomentativo la Consulta si distacca dalle motivazioni del Giudice europeo, rilevando che la norma censurata sarebbe altresì illegittima poiché non consente alla donna di acquisire un’informazione sulla salute dell’embrione che le permetterebbe di evitare di assumere in un momento successivo una decisione, quella abortiva, ben più pregiudizievole per la sua salute.

procreativa a tutte le coppie le cui donne sarebbero state ammesse alla diagnosi prenatale funzionale all'eventuale interruzione di gravidanza: la soluzione accolta dalla Corte costituzionale, invece, è nel senso che l'accesso alla procreazione assistita deve essere consentito soltanto alle coppie che presentino patologie trasmissibili che, se riscontrate sul nascituro, avrebbero reso lecita l'interruzione di gravidanza anche dopo i novanta giorni di gestazione, rinviando alla discrezionalità del legislatore per "l'auspicabile individuazione" (con aggiornamenti periodici) di siffatte patologie, delle correlative procedure di accertamento e delle forme di autorizzazione e controllo delle strutture abilitate.

È possibile che la Consulta abbia evitato la soluzione meno restrittiva perché avrebbe prodotto l'effetto di una sostanziale liberalizzazione della procreazione assistita, in tal modo consentita anche alle coppie fertili che non presentino un rilevante grado di rischio di essere portatrici di malattie genetiche invalidanti: ma la liberalizzazione non avrebbe comportato, se adeguatamente gestita, il rischio che la procreazione assistita potesse essere utilizzata quale strumento eugenetico positivo¹⁸ (volto a determinare le caratteristiche del nascituro su determinati parametri stabiliti dai genitori) in quanto, in ogni caso, il diritto di informazione dei genitori sulle caratteristiche genetiche sarebbe rimasto limitato, dal disposto normativo, ai soli profili attinenti alla salute dell'embrione (*ex art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004*). L'adozione dell'opzione più liberale, d'altra parte, si sarebbe potuta difendere rilevando che la soluzione accolta, apparentemente più ragionevole, è in realtà in contrasto con i principi di gradualità e di proporzionalità, richiamati anche dalla Corte di Strasburgo, in quanto finisce per produrre il paradossale risultato di proteggere l'embrione più di quanto l'ordinamento tuteli il feto.

La disciplina a tutela del diritto delle coppie fertili di accedere alla procreazione assistita è stata infine adeguata, anche sotto il profilo penale, con la sentenza della Corte costituzionale 21 ottobre 2015, n. 229, che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che vietava la condotta selettiva del sanitario se volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero

¹⁸ Rischio segnalato da G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 519.

di embrioni afflitti da malattie genetiche accertate da apposite strutture pubbliche. La Corte ha disposto anche che l'accertamento delle malattie genetiche dell'embrione sia effettuato da un'apposita struttura pubblica, seguendo la stessa regola che il Giudice costituzionale aveva ritenuta idonea ad accertare la sussistenza della malattia genetica nella coppia fertile¹⁹. L'intervento appare coerente con l'idea che il riconoscimento del diritto di accesso anche alle coppie fertili abbia comportato l'applicazione della procreazione assistita quale tecnica sistematica di selezione embrionaria, richiedendo pertanto una correzione anche della norma penale che vieta la selezione eugenetica²⁰.

¹⁹ Lo sottolinea M.P. IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, 797 ss.

²⁰ La Corte costituzionale avrebbe potuto rigettare la questione di costituzionalità, adottando l'interpretazione costituzionalmente orientata, già accolta dal c.d. "diritto vivente", nel senso di escludere dal divieto di selezione eugenetica la condotta selettiva del medico conseguente alla diagnosi di malattie genetiche degli embrioni in vista dell'impianto nell'utero della donna.

Si potrebbe ritenere che la Corte abbia preferito dichiarare l'incostituzionalità della norma, ammettendo pertanto la riconducibilità di tale comportamento nell'ambito della selezione eugenetica: la scelta – per quanto contrastante con i principi praticati dalla Corte, rigorosi nel dichiarare inammissibili i ricorsi nel caso in cui sia possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata – può risultare opportuna, anche alla luce della rilevanza penale della materia, al fine di garantire agli operatori quella certezza del diritto che una sentenza interpretativa di rigetto non avrebbe potuto offrire. Al contempo, la scelta si rivela indovinata nella misura in cui, delimitando espressamente il divieto di selezione eugenetica, fa venire definitivamente meno la fondatezza di eventuali tentativi – come quello avvenuto in sede di Linee guida (*infra*) – di utilizzare il divieto di selezione eugenetica per limitare le aperture giurisprudenziali.

Si può tuttavia dare una diversa interpretazione della sentenza della Corte, ossia ritenere che la condotta selettiva assimilabile alla selezione eugenetica sussista soltanto quando l'accesso alla procreazione assistita sia stata chiesta da una coppia fertile la cui malattia genetica sia stata accertata da apposite strutture pubbliche e non anche nel caso in cui la coppia abbia avuto accesso alla procreazione assistita in quanto sterile e abbia "occasionalmente" chiesto l'effettuazione della diagnosi preimpianto al fine di impiantare solo embrioni sani, facendo ricadere tra i soprannumerari quelli malati. In tal senso depone la motivazione della stessa sentenza della Corte, che giustifica la decisione quale diretta conseguenza del precedente con il quale è stato riconosciuto il diritto alla procreazione assistita alle coppie fertili; nello stesso senso depone la coerenza con gli orientamenti giurisprudenziali – ed in particolare con la giurisprudenza del Tribunale di Cagliari – che ammettevano già la legittimità della diagnosi preimpianto per le coppie sterili, giustificando al contempo con preoccupazioni eugenetiche il divieto legislativo di accesso alle coppie fertili.

L'adozione di tale linea interpretativa appare coerente con l'esigenza di non introdurre un limite al diritto di informazione della coppia sterile, limite che deriverebbe dal dettato della Corte che impone l'accertamento della malattia genetica dell'embrione presso apposite strutture pubbliche. Nella misura in cui si qualifica la condotta selettiva del medico, che decide quale embrione impiantare (scartando quelli malati) come "selezione eugenetica", ne discenderebbe che il mancato ricorso a tali "apposite strutture pubbliche" per l'individua-

4. - Giurisprudenza CEDU e tutela delle situazioni di fatto.

Il divieto di maternità surrogata – impedendo alle coppie, la cui sterilità dipende da gravi difetti dell'apparato riproduttivo femminile, di accedere all'esperienza procreativa – pone un limite rigoroso al diritto alla salute della coppia di accedere a una possibile terapia per le patologie psichiche connesse con la condizione d'infertilità, nonché alla libertà di autodeterminazione nella sfera privata e familiare: alla luce delle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità della fecondazione eterologa, potrebbe sorgere il dubbio se sussistano ragioni oggettive a supporto del divieto di surrogazione ²¹.

Invero, la diversità di trattamento può essere fondata su una pluralità di ragioni. Va osservato in primo luogo che, rispetto alla donazione di gameti, è molto più elevato il sacrificio che si chiede alla donna impegnata a portare a termine la gravidanza: mentre la donazione di gameti (anche femminili) può trovare giustificazione nella solidarietà sociale (e il rischio di sfruttamento economico si presenta solo eventuale), il sacrificio non remunerato della donna disposta alla surrogazione di maternità si può spiegare solo in casi marginali, ove vi siano intensi rapporti di amicizia o familiari ²². Al di fuori di tali casi è presumibile che un sacrificio di tale portata sia regolarmente legato a ragioni di tipo economico, anche indirette, con pericolo di sfruttamento. La valutazione del fenomeno è resa ancora più controversa dalla circostanza per cui – mentre il donatore di gameti resta anonimo e non ha rapporti né con la coppia, né con il nato – i contatti tra la coppia e la donna che si è impegnata nella surrogazione di maternità non possono essere impediti, accentuando ulteriormente i rischi di contaminazioni economiche: si aggiunga, in questo quadro, la

zione della malattia, costituirebbe presupposto sufficiente per escludere l'applicazione dell'esimente riconosciuta dalla sentenza *de qua* e per la riconduzione dell'attività medica nella fattispecie di reato: per cui, in mancanza di una regolamentazione amministrativa che individui le strutture pubbliche autorizzate ad accertare la malattia genetica dell'embrione, il principio introdotto dalla Corte non rappresenterebbe un'apertura, quanto piuttosto una forte limitazione, che inciderebbe gravemente sulle prassi attualmente considerate legittime per le coppie sterili.

²¹ Cfr. M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615 ss., 643.

²² Cfr., in diversa prospettiva, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 193 ss.

difficoltà di rendere coercibile l'obbligo di cedere il nato dopo il parto, nel caso in cui la donna ospite manifesti un ripensamento (ricollegabile – e non sarebbe facile distinguere – o a ragioni strumentali o all'instaurarsi di legittimi legami affettivi con il nascituro nel corso della gravidanza). La complessità della vicenda e il timore di ripensamenti, anche in assenza di pretese economiche, andrebbero a incidere direttamente sulla costituzione del rapporto di filiazione, creando conflitti di *status* di non facile soluzione, e sul potenziale benessere del minore.

In via di principio, le ragioni indicate non escludono che uno Stato possa ammettere la surrogazione di maternità e predisporre un apparato amministrativo o giudiziale volto a gestire le singole vicende, prevenendo i rischi e risolvendo i conflitti ²³: si tratterebbe tuttavia di una scelta normativa complessa e onerosa che, seppur giustificata dalla volontà di riconoscere la piena attuazione del diritto alla procreazione, non sembra possa essere generalizzata e imposta quale meccanica applicazione del principio di non discriminazione.

Il quadro normativo ha avuto una decisa evoluzione a seguito di due pronunzie gemelle della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno condannato la Francia per non avere riconosciuto, violando il diritto alla vita privata del minore, il rapporto di filiazione tra il nato da surrogazione di maternità e il partner maschile della coppia committente che aveva messo a disposizione i gameti ²⁴: le pronunzie, sotto questo profilo, non sono innovative nell'ordinamento italiano, dove si riconosce senza difficoltà la giuridicità del legame genetico tra padre biologico e figlio da surrogazione ²⁵. Deve essere tuttavia sottolineato che, nelle stesse pronunzie, la Corte di Strasburgo ha reso evidente l'ampia portata che può

²³ È la scelta adottata, ad esempio, nel Regno Unito: cfr. B. MOLASCHI, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparativo tra Italia e Inghilterra*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 524 ss.

²⁴ Corte EDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. France*; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, quest'ultima pubblicata in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, 1122 ss., con nota di Campiglio. Si veda anche A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*, in *Fam. e dir.*, 2015, 306 ss.

²⁵ Ovviamente, la soluzione vale soltanto se la madre gestazionale non sia coniugata o comunque, se coniugata, non compaia nel certificato di nascita, poiché in caso diverso sorgerebbe automaticamente il rapporto di filiazione con il coniuge della madre. Altra soluzione si configura nell'ordinamento francese, in cui l'illiceità della surrogazione di maternità priva di effetti giuridici anche il legame genetico tra il nato e il padre committente.

assumere il diritto alla vita privata e familiare conseguente alla surrogazione di maternità: in particolare, mentre il diritto alla vita privata è fondato sull'eventuale legame genetico, il diritto alla vita familiare può trovare legittimazione nel rapporto di fatto instaurato tra il nato e la coppia committente. Anche se la Corte europea ha riconosciuto ampia discrezionalità agli ordinamenti nazionali nella regolazione della materia – per la sua rilevanza etica e per la mancanza di un consenso consolidato tra gli stati europei – in grado di incidere sul diritto alla vita privata e familiare, l'intervento legislativo, per quanto correttamente fondato sulla tutela del diritto alla salute e alla dignità della donna partoriente, deve rispondere in ogni caso a parametri di proporzionalità e ragionevolezza.

Il principio di diritto affermato dalla Corte di Strasburgo non è stato considerato applicabile nella fattispecie decisa da una recente sentenza di legittimità, la quale ha negato la conformità con l'ordine pubblico internazionale del rapporto di filiazione, certificato in Ucraina, tra il nato da surrogazione di maternità, partorito da una donna ucraina, e la coppia italiana che aveva “*commissionato*” la gravidanza utilizzando gameti di soggetti terzi²⁶: negata la costituzione del rapporto di filiazione, la Cassazione ha rigettato il ricorso contro la sentenza di merito che aveva deliberato lo stato di adottabilità del minore.

Si possono sollevare dubbi sulla coerenza con la giurisprudenza europea della sentenza di legittimità: non tanto sotto il profilo della violazione del diritto alla vita privata del minore, mancando in questo caso il rapporto genetico con entrambi i committenti; quanto piuttosto per la violazione del diritto alla vita familiare, nella misura in cui si possa considerare irragionevole, in assenza di rapporti genitoriali alternativi, la sottrazione del minore alla coppia che lo ha accolto consolidando in via di fatto un rapporto affettivo.

La questione si presenta problematica, soprattutto dopo la più recente

²⁶ Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3416 ss., con nota critica di CASABURI, in *Corr. giur.*, 2015, 471 ss., con nota di RENDA, e in *Nuova giur. comm.*, 2015, I, 235 ss., con nota di BENANTI.

sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ²⁷, che ha condannato l'Italia per avere sottratto il minore alla coppia committente, in assenza di legami genetici, in un caso molto simile a quello deciso dalla Cassazione: secondo la Corte di Strasburgo, dopo una convivenza di nove mesi (di cui tre all'estero), si è consolidato un rapporto affettivo con il minore dal quale discende un diritto della coppia committente alla tutela della vita familiare, per cui la sottrazione del minore e l'affidamento ad altra coppia, pur essendo prevista dalla legge, non si può considerare una misura proporzionata e ragionevole. L'irragionevolezza della misura di allontanamento trova anche argomento nella circostanza che la coppia committente, prima di ricorrere alla surrogazione di maternità, era stata giudicata idonea ad adottare, mentre la successiva valutazione di segno opposto non è stata basata né su una perizia tecnica, né su una condanna penale (§ 82 ss.).

Quest'ultima sentenza della Corte europea (decisa a maggioranza dei membri e ora soggetta ad impugnazione davanti alla Grande Camera) è certamente discutibile nel merito (quantomeno in relazione ai tempi per la costituzione del rapporto di fatto giuridicamente rilevante) e pone gravi dubbi di compatibilità con le regole che escludono la sussistenza di un rapporto familiare: ancorché la legittimità della legislazione nazionale, che dispone il divieto di surrogazione di maternità, sia espressamente riconosciuta. In particolare, sul piano della compatibilità della pronunzia europea con la legislazione nazionale, va rilevato che la dichiarazione di stato di abbandono è strettamente collegata con l'accertamento della mancanza di un rapporto parentale (art. 8 l. n. 184 del 1983): per cui, nella misura in cui la sentenza ha negato la legittimità della sottrazione del minore alla coppia committente, si pone il dubbio che il Giudice europeo abbia implicitamente prospettato la sussistenza del rapporto parentale ²⁸.

²⁷ Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli v. Italia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 febbraio 2015, con nota di TRINCHERA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 828 ss., con nota di SCHUSTER.

²⁸ Cfr. M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615 ss., 639, che sembra attribuire alla sentenza il riconoscimento del ruolo decisivo dell'intenzionalità nell'attribuzione degli status parentali; Mar. ORLANDI, *Miglior interesse del bambino "e" "maternità surrogata": secondo Strasburgo, gli "illegittimi" genitori vanno risarciti. Sulla ragionevolezza del giudizio "Paradiso e Campanelli c. Italia"*, *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, 27 gennaio 2015, in *DiMT*, 2015, 1, 37 ss., 41, secondo la quale la Corte avrebbe imposto ai giudici nazionali di riconoscere la rilevanza dell'atto formatosi all'estero; P. MOROZZO DELLA

In senso diverso, va segnalato che la giurisprudenza europea tutela il rapporto di fatto²⁹, senza pretendere di costituire un rapporto parentale di diritto: per cui l'interprete deve individuare nell'ordinamento interno una regola che consenta di tenere ferma l'illegittimità della pratica e l'assenza di conseguenze parentali, pur salvaguardando il rapporto di fatto che costituisce il presupposto del diritto alla vita familiare³⁰. Da questo punto di vista appare plausibile la tesi che la riconduzione dell'ordinamento alla coerenza con la giurisprudenza europea può incidere piuttosto sui presupposti per la sussistenza dello stato di abbandono, consentendo di estendere anche a questa fattispecie l'interpretazione che nega che possa essere considerato adottabile il minore interessato da un preesistente rapporto di fatto stabile e duraturo, idoneo a consentire di avviare una procedura di adozione in casi particolari *ex art. 44 l. n. 184 del 1983*³¹.

5. - Le nuove Linee guida ministeriali: ancora un passo indietro?

L'approvazione delle Linee guida ministeriali sembra spostare indietro nel tempo il dibattito sulle regole della procreazione assistita, ponendo nuovamente in discussione risultati che si potevano considerare definitivamente acquisiti: il provvedimento sottoscritto dal Ministro Lorenzin il 1° luglio 2015 non solo non tiene conto della recente sentenza della Corte costituzionale 14 maggio 2015, n. 96, che ha consentito alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche di accedere alle tecniche, ma addirittura pare mettere in dubbio la legittimità della diagnosi genetica preimpianto, che di quella decisione costituisce il presupposto indispensabile. La scelta di emanare le Linee guida già redatte, senza integrarne il conte-

ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 142 ss., 152 ss., che discorre di usucapione dello *status* filiale.

²⁹ La rilevanza dei rapporti di fatto nella giurisprudenza europea, quale presupposto per il riconoscimento di un diritto fondamentale, trova riscontro nella giurisprudenza Corte EDU anche in altri settori, tra i quali, il diritto di proprietà: sul punto si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Tutela delle coste e pluralità di vincoli: lo sguardo del civilista. L'incidenza del diritto europeo dalla direttiva a tutela degli habitat al principio CEDU sulla proprietà*, in *Jus civile*, 2015.

³⁰ Sembra escludere tale possibilità, al termine di una analisi dedicata, A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Eu. e dir. priv.*, 2015, 415 ss., 438 ss.

³¹ Nello stesso senso C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 244.

nuto alla luce della giurisprudenza più recente, non può essere ritenuta soltanto il frutto della volontà di fornire agli operatori con (relativa) tempestività gli strumenti per la regolazione della fecondazione eterologa ³²: appare evidente infatti, già da una prima lettura del documento approvato, che le indicazioni relative alla fecondazione eterologa sono largamente insufficienti, rinviando peraltro all'emanazione di ulteriori provvedimenti attuativi. Né tale scelta può essere considerata espressiva di una formale volontà di assolvere l'obbligo posto dall'art. 7 della l. n. 40 del 2004, colmando il grave ritardo accumulato ³³: anche perché l'apertura alle coppie fertili portatrici di malattie trasmissibili ha un'incidenza talmente significativa da rendere assolutamente irragionevole l'emanazione di una regolamentazione che si presenta sin dall'inizio così gravemente obsoleta. Si deve piuttosto reputare che l'emanazione delle Linee guida presupponga l'accoglimento di quelle opinioni che hanno sostenuto la tesi dell'irrelevanza nei rapporti tra privati e strutture sanitarie della dichiarazione di incostituzionalità del limite di accesso per le coppie fertili.

Dietro questa decisione vi è anche la volontà di adottare, in via regolamentare, scelte riservate alla normativa primaria, in contrasto con le interpretazioni risultanti da una piana lettura dei dati legislativi alla luce delle decisioni giurisprudenziali consolidate: come dimostra il tentativo di svalutare la portata dell'art. 14, comma 5, della l. n. 40 del 2004 – sul quale è stato fondato il diritto della coppia alla diagnosi genetica preimpianto – statuendo, in seno alla Linee guida, che «Le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovranno sempre essere volte alla tutela della salute e dello sviluppo di ciascun embrione». La prescrizione regolamentare, introducendo un limite al diritto della coppia di conoscere lo stato di salute degli embrioni che non trova fondamento nel dato legislativo, si configura illegittima: né sembra possibile dedurre siffatto limite dall'estensione analogica della disciplina della ricerca e della sperimentazione sugli embrioni, non solo

³² Nel senso della rilevanza delle Linee guida quale strumento attuativo della sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162, che ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, sono le dichiarazioni ufficiali del Ministero agli organi di stampa.

³³ Si ricorda che l'obbligo di aggiornamento è previsto con cadenza triennale e che le Linee guida sinora vigenti risalivano al 2008.

per la diversità degli ambiti e degli interessi regolati, ma soprattutto perché la legittimità della diagnosi genetica preimpianto è affermata, o quantomeno presupposta, sia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia da quella della Corte costituzionale.

Ci si trova, pertanto, al cospetto dell'ennesimo incidente di percorso di un regolatore secondario, che già in altre occasioni ha tentato di superare il dato normativo primario ³⁴: incidente di percorso che, se alla fine verrà superato da una giurisprudenza sempre più univoca, non mancherà nel frattempo di incidere sulla prassi delle strutture sanitarie, provocando ritardi e disagi, e di alimentare il contenzioso, con costi aggiuntivi per le scarse risorse erariali.

³⁴ Già le Linee guida del 2004 limitavano l'indagine preimpianto, consentendo soltanto la tecnica "osservazionale" e vietando l'analisi genetica: proprio su questo punto le Linee guida sono state annullate dalla giurisprudenza amministrativa, che ha rilevato la mancanza di siffatto limite nell'art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004.