



### **Cristina Dalla Villa**

(aggregato di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università  
degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza)

#### **Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale \***

**SOMMARIO:** 1. La fine del divieto di fecondazione eterologa in Italia – 2. Dignità umana e tradizione dottrinale in ordine alla procreazione – 3. La logica della donazione nel Magistero della Chiesa – 4. Duttilità disciplinare e opportune cautele: le tematiche aperte dalla Consulta.

#### **1 – La fine del divieto di fecondazione eterologa in Italia**

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita, aprendo così le porte alla relativa pratica anche nel nostro Paese.

Com'è facile immaginare si è trattato di una decisione particolarmente attesa che immancabilmente ha riaperto il dibattito sulla fecondazione assistita tanto nella dottrina, specie tra gli studiosi di diritto costituzionale<sup>1</sup>, quanto nella pubblica opinione. Sarà una singolare coincidenza ma sta di fatto che la Corte ha fatto cadere, col suo intervento

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Nell'ambito della dottrina costituzionalistica, tra i primi commenti alla sentenza della Corte, con impostazione assai diversa tra loro, si segnalano: **A. MORRONE**, *Ubi scientia ibi iuris. A prima lettura sull'eterologa*, in *Consulta Online*, 13 giugno 2014; **G. SORRENTI**, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost. sent. n. 162/2014)*, *ivi*; **A. RUGGERI**, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)* in *Forum di Quad. cost.*, n. 5/2014; **A. MUSUMECI**, “*La fine è nota*”. *Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 2/2014; **L. VIOLINI**, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, *ivi*.



ablativo, una delle previsioni più qualificanti l'intera legge n. 40, il divieto di fecondazione eterologa, esattamente dieci anni dopo la sua entrata in vigore: segno che il fragile compromesso, tra forze politiche contrapposte, trovato a suo tempo nelle aule parlamentari, non poteva più sopravvivere alla cultura bioetica del terzo millennio, "aperta come non mai alla difesa della libera autodeterminazione"<sup>2</sup> dei soggetti.

Certo, non si ignora la circostanza che la legge fosse già "caduta", pezzo per pezzo, sotto i colpi dell'interpretazione conforme a costituzione da parte dei giudici di merito<sup>3</sup>, e che la stessa aveva subito una grave censura in sede europea, a opera della Corte EDU, nel noto caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>4</sup>, durante il corso del 2012. Tuttavia, prima della decisione in commento, la finalità originaria della legge poteva dirsi ancora esistente: essa era in grado di continuare a garantire il delicato bilanciamento tra la tutela dell'embrione e il desiderio di genitorialità delle coppie con patologie riproduttive. E tale bilanciamento era assicurato, prima di tutto, dall'esistenza del divieto di fecondazione eterologa che, nella costruzione

---

<sup>2</sup> Sono parole di **L. VIOLINI**, *La Corte e l'eterologa*, cit.. Più in generale sul punto si veda **S. MANGIAMELI**, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009.

<sup>3</sup> Senza alcuna pretesa di completezza si ricordano qui alcuni degli interventi più significativi dei giudici di merito, a iniziare dalle ordinanze di Tribunale Cagliari e Tribunale Firenze, la prima del settembre 2007 e la seconda del dicembre dello stesso anno, con le quali sono state disapplicate le Linee guida applicative della legge n. 40 ammettendo contestualmente alla diagnosi preimpianto le coppie sterili e portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Immediatamente dopo è stata la volta del Tar Lazio (sez. III, 21 gennaio 2008, n. 398), che, basandosi sulle decisioni dei due Tribunali civili, ha annullato le Linee guida del 2004, le quali diversamente dalla legge sancivano espressamente il divieto di diagnosi preimpianto sugli embrioni *in vitro*, consentendo la sola indagine osservazionale. Da ultimo si ricordano le ordinanze del Tribunale di Bologna (2009) e di Salerno (2010), con le quali sono state ammesse alla diagnosi preimpianto anche le coppie portatrici di malattie genetiche ma non infertili.

<sup>4</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, ric. n. 54270/10. Nel caso citato, in materia di accesso alle tecniche di PMA, la peculiarità consiste nel fatto che la Corte EDU aveva accolto il ricorso di una coppia fertile esclusa, a norma della l. n. 40 del 2004, dalla diagnosi preimpianto, prima ancora che fossero stati esauriti i rimedi interni, come prescrive l'art. 35 della CEDU, sulla base dell'argomento che, a fronte di una legge inequivocabile nel suo significato in merito al divieto, fosse superfluo procedere a esperire tutti i ricorsi interni. Tra i commenti alla decisione, che ha suscitato molte perplessità in dottrina, si segnalano, tra gli altri, **G. SORRENTI**, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, cit.; **C. NARDACCI**, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 22 marzo 2013.



originaria della legge, unitamente ad altre previsioni della medesima<sup>5</sup>, doveva servire a tutelare la costruzione del progetto del futuro essere umano da possibili manipolazioni (clonazione, eugenetica e altro ancora). In altri termini, il legislatore di allora, pur riconoscendo l'importanza delle tecniche di PMA, e l'ausilio che da esse può arrivare nella cura della sterilità, consentendo quindi l'accesso all'omologa, era stato altrettanto cosciente dei rischi a esse collegate, al punto di aver deciso di anticipare a prima della nascita la tutela della persona umana. Solo così si spiega, infatti, il riconoscimento di un fascio indistinto di diritti attribuiti in capo al concepito, di cui all'art. 1, comma 1, della legge, da bilanciare con i diritti degli altri soggetti interessati, a cominciare dalla coppia che aspira alla genitorialità, tra i quali è da includere, senza timore di sbagliare, l'unicità di ogni singola persona umana, il singolo progetto di vita, considerato che le nuove tecniche rischiavano di comprometterne l'integrità nel momento stesso in cui rendevano possibile il concepimento della vita fuori dal corpo femminile.

Inoltre, la bontà della scelta effettuata dal legislatore italiano nel 2004, di procedere al contemperamento di tutti gli interessi in gioco, partendo dalla centralità dell'embrione, è stata confermata in passato dalla stessa Corte costituzionale, che con la sentenza n. 45 del 2005 ha escluso l'ammissibilità del referendum abrogativo totale della legge, sulla base dell'argomento che si trattasse di una legge "costituzionalmente necessaria", in quanto coinvolge una molteplicità di interessi di rango costituzionale, i quali "nel loro complesso richiedono un bilanciamento tra essi che assicurino un livello minimo di tutela legislativa"<sup>6</sup>.

Con la dichiarazione di illegittimità attuale, e quindi con la fine del divieto dell'eterologa, dell'impianto originario della legge non resta quasi più nulla, anzi essa risulta totalmente ribaltata. Al carattere prudenziale dell'origine si sostituisce quello funzionale all'autodeterminazione della coppia che desidera soddisfare il proprio desiderio di genitorialità. Riconoscendo alle tecniche di PMA il carattere di strumento di cura, tanto per l'omologa quanto per l'eterologa, da utilizzare sotto la diretta responsabilità degli operatori medici, è gioco forza per la Corte, subito dopo, metterle in relazione col diritto alla salute, fisica e psichica,

---

<sup>5</sup> Cfr. Capo VI della legge n. 40, rubricato "Misure di tutela dell'embrione".

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 162 del 2014, p. 5 del considerato in diritto, che richiama testualmente la sua precedente giurisprudenza sulla inammissibilità della richiesta di referendum abrogativo totale (sent. 45 del 2005). Sulla vicenda referendaria che ha segnato la legge n. 40 si rinvia alla lettura dei contributi contenuti nel volume, a cura di M. Ainis, *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005.



compromessa dalla sterilità o da altre patologie riproduttive. Naturalmente, il cambio di prospettiva, e quindi la dichiarazione di illegittimità delle norme concernenti l'eterologa, è frutto di un giudizio di ragionevolezza da parte della Corte, tramite il quale andare a verificare se uno degli interessi coinvolti, tutti di rango costituzionale, abbia subito un ingiusto sacrificio da parte del legislatore. Come nel passato, la Corte esordisce ricordando che la PMA coinvolge "plurime esigenze costituzionali"<sup>7</sup>, riassumibili nel desiderio di genitorialità della coppia (espressione massima dall'autodeterminazione dei singoli e quindi incoercibile qualora non leda altri valori costituzionali) e nella tutela dell'embrione. Quest'ultima, però, sostiene la Corte, ed evocando sul punto la sentenza n. 151 del 2009, "non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione"<sup>8</sup>. Di conseguenza nel bilanciamento della Corte, l'embrione non ha più la posizione centrale che occupava nel bilanciamento operato dal legislatore e la sua tutela lascia il posto alla tutela del nascituro, o meglio alla tutela dei nati con la fecondazione eterologa.

Ragion per cui quando la Corte passa a esaminare l'esistenza o meno del fondamento costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, la sua misura non è più rapportata alla tutela dell'embrione, come era

---

<sup>7</sup> Tra i precedenti giurisprudenziali assunti dalla Corte, nella decisione in esame, si segnalano, oltre alla già citata sent. n. 40 del 2005, la sent. n. 347 del 1998, da cui sono estratte le parole virgolettate e che sarà oggetto di specifico esame in un futuro contributo: ivi la Corte ricorda che le questioni sottese alla tutela dell'embrione toccano temi "eticamente sensibili", in relazione ai quali l'individuazione del punto di equilibrio, nel rispetto della dignità umana, della contrapposta esigenza di tutelare le esigenze di procreazione, è precipuo compito del legislatore, non trovando ostacolo, d'altro canto, nella paventata carenza legislativa (infatti in ordine all'identificazione dei casi in cui è legittimo il ricorso alla PMA eterologa non si rintracciano dubbi alcuni nella stesura della motivazione) la competenza a provvedere sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

<sup>8</sup> Punto 5 del considerato in diritto. Nella sent. n. 151 del 2009, il caso verteva sul divieto di produrre più di tre embrioni e sul loro contestuale impianto nell'utero della donna, e si concluse con la dichiarazione di illegittimità di un'altra norma simbolo della legge. In quella occasione la Corte ebbe a dire che era la legge stessa a configurare per l'embrione una tutela relativa visto che, consentendo di produrre ben tre embrioni, si dava per scontato che qualcuno non avrebbe potuto attecchire e svilupparsi fino alla nascita. A commento della decisione, non del tutto convincente, si veda almeno, in dottrina: **M. CASINI**, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della l. 40/2004*, in *Dir. famiglia*, 2009; **G. RAZZANO**, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte cost. n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. it.*, 2010.



stato per il legislatore, ma al soddisfacimento del diritto alla salute della coppia che non è in grado di riprodursi senza l'ausilio dell'eterologa. Alla Corte va però riconosciuto il merito di aver adottato un metro puntuale e rigoroso nel collegare la pratica della fecondazione eterologa al diritto alla salute, proprio al fine di evitare ogni forma di speculazione e strumentalizzazione della pratica stessa, e tracciare, al contempo, dei limiti al suo esercizio. Quindi, da una parte, precisa che il ricorso alla eterologa è consentito solo "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" e tale condizione sia stata documentata da atto medico, dall'altra, puntualizza, che la tecnica

«va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta "surrogazione di maternità", espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 (...)»,

nella speranza di escludere un'eventuale utilizzazione della stessa a fini eugenetici (punti 9 e 11 del considerato in diritto).

Per altro verso, la rimozione del divieto non è di pregiudizio alcuno al nato con la PMA eterologa, il quale, come già detto, ha sostituito, nel bilanciamento operato dalla Corte, la figura dell'embrione. La Corte non crede, come invece sostiene l'Avvocatura generale dello Stato nella sua memoria, che dalla dichiarazione di illegittimità derivino, a cascata, dei vuoti legislativi che possano recare danno ai nati da PMA eterologa, colmabili, per contro, in parte, con le norme ancora vigenti della stessa legge n. 40, e, in parte, con le disposizioni di legge che regolano l'istituto dell'adozione. Nessun vuoto legislativo, quindi, sussiste in ordine al profilo soggettivo di coloro che richiedono l'accesso alla tecnica (art. 6); per la disciplina del consenso e per le strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita (artt. 7, 10 e 11). Quanto allo *status* giuridico del nato e ai rapporti con i genitori, la Corte ritiene, proprio sulla base della disciplina contenuta nella legge n. 40, che il regime previsto per i nati con fecondazione omologa sia applicabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, anche ai nati dall'eterologa, costituendo quest'ultima una specie del *genus*, e pertanto non sarà possibile procedere nei loro confronti con alcuna azione di disconoscimento di paternità. Inoltre, a loro favore milita anche il novellato art. 231 del codice civile, nel testo riformulato dall'art. 8 del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in base al quale "il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio", risultando quindi escluse relazioni giuridiche parentali tra il donatore dei gameti e il nato.



Degli originari diritti posti in capo al concepito dalla legge n. 40 sopravvive, nella motivazione della Corte, il solo diritto all'identità genetica, ossia il diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici, il quale, nonostante le peculiarità della fattispecie in esame, costituisce una questione già affrontata dal legislatore, anche di recente, con l'istituto dell'adozione e che lo stesso giudice delle leggi ha affrontato in occasione della sent. n. 278 del 2013. Per la Corte, si tratta di un tabù già infranto, con riferimento alla segretezza dell'identità dei genitori biologici, che non mette a repentaglio la coesione della famiglia adottiva, ma che occorre ponderare con attenzione relativamente alle necessità che lo richiedono. Null'altro la Corte dice in merito alla struttura della famiglia e ai molti problemi che sul piano pratico si porranno rispetto alla fruibilità del diritto: unico intervento caldeggiato dalla Corte è l'aggiornamento delle Linee guida, da parte del Ministero della salute, al fine di regolamentare al più presto gli aspetti residuali della pratica eterologa che non possono essere desunti dalla normativa esistente data la loro specificità.

## 2 – Dignità umana e tradizione dottrinale in ordine alla procreazione

Il legame esistente fra procreazione e atto coniugale si rivela di grande importanza sul piano antropologico e morale e chiarisce le posizioni del Magistero a proposito della fecondazione artificiale omologa<sup>9</sup>.

Tutti i diritti, invocati dalla Consulta quali fondamentali (autodeterminazione, salute, genitorialità), enucleano tematiche di particolare complessità dal punto di vista etico e di speciale sensibilità per la dottrina della Chiesa<sup>10</sup>.

Fin dagli anni '70 si è parlato di una nuova tappa del darwinismo: la filogenesi, l'evoluzione della specie, in cui si dispiegano le varie forme della vita nel cosmo, non avverrebbe più per le mutazioni prodotte nel codice genetico a causa dell'influsso dell'ambiente, ma perché l'uomo, posto al vertice di tale evoluzione, prendendo in mano la struttura del codice genetico e togliendo a esso ogni mistero, provocherebbe la mutazione nel senso voluto e nella direzione prescelta<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> **CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE**, *Istruzione su: Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987, p. 27.

<sup>10</sup> Cfr. **PAOLO VI**, *Enciclica Humanae Vitae*, 12: AAS 60 (1968), pp. 488-489.

<sup>11</sup> **E. SGRECCIA**, *Manipolazione genetica ed istanze etiche*, Trieste, 1985, p. 5; **AA. VV.**, *Libertà e responsabilità nella procreazione assistita*, Atti del Convegno (Ascoli Piceno, 19 novembre 1996), AIED, Roma, 1998.



Si può ottenere la fecondazione laddove la natura si mostri inidonea a promuoverla, ricorrendo di volta in volta a vari metodi artificiali per ottenere ovuli fecondati: tali metodi si diffondono accanto al modo tradizionale del concepimento, il quale non può prescindere dall'unione sessuale dell'uomo e della donna. L'uomo può oggi addirittura intervenire nello stesso processo di fecondazione in maniera ancora più radicale, e cioè influenzando sulle caratteristiche genetiche del nuovo essere umano in via di formazione<sup>12</sup>.

Tanto basta per indurre a una riflessione di carattere positivo: anche l'ingegneria genetica può essere orientata a fini terapeutici, per guarire malattie finora indomite e resistenti alla scienza medica. L'orientamento pacifico e costruttivo, oppure l'orientamento manipolatorio e distruttivo, il dilemma insomma, dipende dalle scelte etiche che verranno fatte<sup>13</sup>: mai l'etica è stata così importante in medicina, in biologia e nel costume sociale.

Nel 1978, dopo una successione di studi, si approdò alla F.I.V. (fecondazione in vitro) e alla E.T. (embryo-transfer): si conosceva già l'inseminazione artificiale (A.I.) intracorporea, praticata fin dagli anni '40 come terapia per una serie di infertilità femminili per cause connesse con le condizioni di pervietà vaginale (vaginismo, alterazione della mucosa vaginale) o del collo dell'utero e, inoltre, per alcuni tipi di infertilità maschile (aspermia, oligospermia, astenospermia, impotenza fisica o psichica)<sup>14</sup>.

La A.I. conosceva già le diverse applicazioni con seme omologo o con donatore (A.I.H.-A.I.D.). Su questa pratica si era pronunciato più volte Pio XII, riconoscendone la liceità soltanto nel caso della A.I.H., quando l'intervento medico-ginecologico veniva a perfezionare l'atto coniugale e non già a sostituirlo. Chiaramente era condannata la pratica della donazione del seme, in cui viene a essere spezzata l'unità coniugalità-genitorialità; e su questo principio per molto tempo rimase fermo anche l'orientamento della Società Italiana di Fisiopatologia della riproduzione umana<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> A. ZANOTTI, *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 7 ss.

<sup>13</sup> V. PUGLIESE, *Il diritto a diventare genitori: procreazione medicalmente assistita e caduta dei divieti*, Laterza, Bari, 2011.

<sup>14</sup> E. SGRECCIA, *Manipolazione ed istanze etiche*, cit., p. 15 ss.

<sup>15</sup> L. LEUZZI, *Riflessione etico-morale sulla fecondazione in vitro*, Centro studi Ospedale Miulli, in *Rassegna Trimestrale, Quaderni 3*, Acquaviva delle Fonti (BA), 1986, p. 7 ss.



Se è legittimo esprimere soddisfazione di fronte a sorprendenti risultati, tuttavia non si può non condividere la preoccupazione di Giovanni Paolo II, il quale affermava che tale sviluppo “soffre di una ambivalenza di fondo”: mentre infatti, da una parte, consente di prendere in mano il proprio destino, lo espone, dall’altra, alla tentazione di andare oltre i limiti di un ragionevole dominio sulla natura, mettendo a repentaglio la stessa sopravvivenza e integrità della persona umana<sup>16</sup>.

Ora va costantemente tenuto presente che la scienza non è il valore assoluto; essa è essenzialmente a servizio dell’uomo per cui se il suo sviluppo e se le sue mete, sia pure eccellenti nelle finalità (curative, terapeutiche e liberatrici) dovessero violarne valori fondamentali, arriveremmo all’assurdo che per aiutare l’uomo la scienza ne violerebbe l’integrità<sup>17</sup>.

Il dibattito sulla procreazione responsabile è relativamente recente. Nel passato non si ponevano interrogativi né sulla procreazione, né sulla responsabilità, né tanto meno sul senso di procreare. Il procreare veniva considerato come il risultato naturale della decisione di sposarsi, perché lo sposarsi non era tanto “fare coppia” quanto piuttosto costruire la famiglia<sup>18</sup>.

La procreazione non è un atto puramente fisio-biologico. Essa è un atto della persona umana, o meglio della coppia, mediato da una decisione cosciente e responsabile<sup>19</sup>. Per questi motivi non si può considerare la fecondazione in vitro come un puro e semplice trattamento medico, sia di tipo farmacologico che strumentale.

Il trattamento sanitario cura la sterilità della coppia rendendo la coppia capace di procreare, evitando di sostituirsi a essa, in modo tale che, in tutti i vari momenti del suo esplicarsi – preventivo, curativo, riabilitativo – aiuti la persona a che possa porre in essere un atto personale, coinvolgendo, per quanto è possibile, le sue capacità fisiche e psichiche, nella pienezza delle sue funzioni.

La F.I.V./E.T., prima ancora di essere una terapia o un prodotto farmacologico, è la decisione di dare esistenza a una persona umana: in questo senso impegna l’umanità a ricercare la verità sull’uomo, favorendo

---

<sup>16</sup> L. LEUZZI, *Il dibattito sulla inseminazione artificiale nella riflessione medico-morale in Italia nell’ultimo decennio*, in *Medicina e Morale*, Roma, 1982/4, p. 343.

<sup>17</sup> G. PERICO, *Fecondazione umana extracorporea*, in *Aggiornamenti Sociali*, n. 35, 4/1969, p. 237.

<sup>18</sup> M. DI IANNI, *Procreazione artificiale*, in *Nuovo Dizionario di teologia morale*, Edizioni paoline, Cinisello Balsamo (MI), 1990, p. 1007.

<sup>19</sup> D. MENOZZI, *Chiesa e diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2012.



quella comprensione di sé che è il segno del suo sviluppo e della sua crescita. Di qui la convinzione che tali metodiche segnano la storia dell'umanità, coinvolgendo un passaggio di civiltà nel confronto con la "verità" sul nascere dell'uomo. Una verità non marginale, ma intrinsecamente legata alla verità dell'uomo come "persona".

Si possono indicare tre punti per una ulteriore riflessione:

1) garantire la "verità" del nascere dell'uomo è essenziale per proteggere l'uomo da ogni forma di manipolazione o di dominio;

2) la stessa comprensione della "verità" dell'uomo rischia fortemente di essere compromessa proprio per la mancanza di una verità del suo nascere (c'è il reale pericolo per l'uomo di non comprendersi nella sua "verità", con tutto ciò che ne consegue sul piano della sua crescita culturale e morale);

3) l'esperienza del nascere non può essere qualcosa di casuale o secondario: il nascere segna l'inizio di un evento unico e irripetibile qual è appunto l'esistenza di un uomo. La considerazione etica non è settoriale, in quanto intende conoscere e interpretare l'uomo in tutti i suoi valori e in tutte le sue esigenze: l'oggetto proprio dell'etica non sono tanto i valori dell'uomo, quanto il valore che è l'uomo stesso<sup>20</sup>.

Ne segue che l'interrogativo etico è legittimo, anzi necessario: legittimo perché la persona non può non interrogarsi circa il significato specificatamente umano delle sue decisioni e dei suoi atti, e pertanto anche di questa decisione che è la riproduzione umana artificiale; necessario, perché la rinuncia all'interrogativo etico coincide con l'insostenibile rinuncia a conoscere e a penetrare nella "verità integrale" dell'uomo, ossia nella totalità e radicalità dei suoi valori e delle sue esigenze.

Per una considerazione morale adeguata dell'agire umano occorre l'analisi di un triplice e unitario elemento: 1) la finalità per la quale si agisce (*perché*), 2) le circostanze che toccano l'agire (*come*), 3) l'oggetto proprio dell'agire stesso (*che cosa*).

In rapporto alla finalità, s'impone come fondamentale la distinzione tra F.I.V. procreativa e F.I.V. sperimentativa, la prima ha come finalità la procreazione di una persona, la seconda ha come finalità la sperimentazione sull'embrione precoce:

"Condanno nel modo più esplicito e formale le manipolazioni sperimentali dell'embrione umano, perché l'essere umano dal suo

---

<sup>20</sup> SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, II, 1, 3.



concepimento alla morte non può mai essere strumentalizzato per nessuno scopo<sup>21</sup>.

In rapporto alle circostanze la F.I.V. procreativa può essere considerata in riferimento alle persone, sia di quante ricorrano alla F.I.V. (i genitori), sia del nascituro (il figlio).

Da parte dei genitori, è essenziale e decisiva la circostanza del matrimonio:

«pertanto la fecondazione è voluta lecitamente quando è il termine di un "atto coniugale di per sé idoneo alla generazione della prole, alla quale il matrimonio è ordinato per sua natura e per il quale i coniugi divengono una sola carne"<sup>22</sup>. Ma la procreazione è privata dal punto di vista morale della sua perfezione propria quando non è voluta come il frutto dell'atto coniugale, e cioè del gesto specifico dell'unione degli sposi»<sup>23</sup>.

Di qui la distinzione tra F.I.V. omologa e F.I.V. eterologa: per eterologa intendiamo in senso largo la F.I.V. al di fuori del matrimonio e, in senso stretto, la F.I.V. con l'intervento attivo del "terzo" nella coppia di sposi, ossia del donatore di seme o della donatrice di ovulo. Sotto il profilo etico non ci sono dubbi sul diniego della F.I.V. eterologa, nel duplice senso indicato: questa, in realtà, contraddice un valore essenziale qualificante e irrinunciabile della procreazione, ossia la sua origine specificatamente coniugale. Ogni persona umana, nella sua singolarità irripetibile,

"non è costituita soltanto dallo spirito ma anche dal corpo, così nel corpo e attraverso il corpo viene raggiunta la persona stessa nella sua realtà concreta. Rispettare la dignità dell'uomo comporta di conseguenza salvaguardare questa identità dell'uomo *corpore et anima unus*, come affermava il Concilio Vaticano II (Cost. *Gaudium et Spes*, n. 14, 1)"<sup>24</sup>.

Nel primo senso, infatti, la vita umana, proprio perché procreata al di fuori del matrimonio, non è il frutto e il segno dell'amore

---

<sup>21</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione ai partecipanti al convegno per le sperimentazioni in biologia*, 23 ottobre 1982, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. III, Roma, 1982, pag. 897; inoltre: "... l'uomo è la sola creatura che Dio ha voluto per se stessa ...", vedi *Gaudium et Spes*, p. 899.

<sup>22</sup> Cfr. CJC, can. 1061. Secondo questo canone, l'atto coniugale è quello per il quale il matrimonio è consumato se i due sposi "l'hanno posto tra loro in modo umano".

<sup>23</sup> CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione su: Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987, p. 26.

<sup>24</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Istruzione Donum Vitae*, I, 3.



specificatamente coniugale e, di conseguenza, rischia di non essere accolta in modo veramente e pienamente responsabile. Nel secondo senso l'intervento del "terzo" nella coppia di sposi opera una "dissociazione" della "unità coniugale", dissociazione che a sua volta produce una "alterazione" del rapporto del figlio con i genitori al quale egli ha diritto: si può infatti verificare la situazione di un figlio che si rapporti alla madre, al padre "biologico" e al padre "socio-educante", oppure quella di un figlio che si rapporti al padre, alla madre "genetica", alla madre "portatrice" e alla madre "socio-educante".

Attualmente registriamo, dopo vari tentativi volti a giustificarla eticamente, o comunque a coprirla con una qualche tolleranza, come l'accesso alla PMA eterologa faccia appello a un concetto più personalistico e meno biologico della fecondità umana: la paternità-maternità biologica sarebbe secondaria e relativa, perché i genitori "veri" sarebbero coloro che, nella vita di coppia e di famiglia, preparano e accompagnano il bambino a divenire autonomo<sup>25</sup>.

Alla radice di una simile tendenza insiste una lettura meramente psicologico-intenzionale della fecondità umana, l'errore del dualismo antropologico, che nega l'unità sostanziale della persona carne-spirito: il desiderio del figlio e la sua accettazione non possono costituire l'intero senso "umano" della fecondità.

Da parte del nascituro, ricordiamo la sussistenza del rischio per l'integrità, o per la stessa vita dell'ovulo fecondato sia durante che dopo il trasferimento in utero: in particolare, va segnalato l'elevato insuccesso della F.I.V. che causa, in concreto, la morte degli embrioni umani<sup>26</sup>.

Per giustificare alcune forme di soppressione dell'embrione, si parte dal presupposto che il neoconcepito non è una persona umana, bensì una pura possibilità di umanità che diverrebbe realizzata soltanto in un dato momento del suo sviluppo. Pertanto, vengono adottati diversi criteri per stabilire il momento in cui l'embrione diventa persona e in base alla

---

<sup>25</sup> E. SCOGNAMIGLIO, *I diritti dell'infanzia*, in *Asprenas*, 2010, vol. 57, p. 109 ss.

<sup>26</sup> D. TETTAMANZI, *L'etica della riproduzione umana artificiale*, in *Bioetica: Un'opzione per l'uomo*, Bologna, 1988, p. 43 ss. Oltre che i metodi naturali, come percorso da privilegiare per la cura dell'infertilità, si è tornato a insistere sulle terapie mediche e chirurgiche dato che i falsi positivi, cioè gli errori diagnostici, risultano il 96%, i concepimenti dopo terapia il 30% e quelli con M.N. il 65%. La procreazione medicalmente assistita non è la cura per risolvere l'infertilità: gli esperti dell'Istituto Scientifico Internazionale Paolo VI, presso il Policlinico Gemelli di Roma, istituto di ricerca sulla fertilità e infertilità umana, hanno accettato che i dati relativi alla PMA si attestano attorno al 14% delle coppie, mentre interventi medico-chirurgici sono risolutivi anche nel 30% dei casi (Dati ISI, 2011: vedasi [www.metodobillings.it](http://www.metodobillings.it)).



collocazione di tale momento si è portati a giustificare l'uso per vari scopi: diagnostici, terapeutici, scientifici, commerciali.

Questo è contenuto, per esempio, nella maggior parte della normativa e dei rapporti attualmente esistenti sulla materia, dove l'embrione è considerato "materiale biologico" almeno fino al 14° giorno dal concepimento e, pertanto, lo si definisce "preembrione", cioè qualcosa che non è umano ma che potrebbe divenirlo<sup>27</sup>.

Il magistero cattolico si è espresso in modo chiaro soprattutto a proposito del valore dell'embrione:

"La biologia e la medicina nella loro applicazione concorrono al bene integrale della vita umana quando vengono in aiuto della persona colpita da malattia o infermità nel rispetto della sua qualità di creatura di Dio. Nessun biologo o medico può ragionevolmente pretendere, in forza della sua competenza scientifica, di decidere dell'origine e del destino degli uomini"<sup>28</sup>.

Dal momento in cui la cellula-uovo viene fecondata dallo spermatozoo, con la formazione dello zigote, si avrebbe un nuovo essere umano dotato di un patrimonio genetico individuale diverso da quello del padre e della madre<sup>29</sup>: l'embrione possiede infatti un proprio programma vitale, che è in grado di autorealizzarsi in modo attivo, autonomo e continuo.

Giustifica questa posizione cattolica l'innegabile circostanza che l'embrione è soggetto attivo della propria costruzione, sia perché unico detentore del proprio progetto di sviluppo, sia perché realizzatore di esso. Di conseguenza il concepito è autonomo nella sua crescita e dipende dall'organismo materno, così come un adulto dipende dal mondo esterno, per la nutrizione, per il ricambio, per la protezione.

D'altro canto, lo sviluppo dell'embrione verso una personalità compiuta è continuo, cioè nel suo corso non presenta salti di qualità e non è possibile distinguere stadi diversi distaccati tra loro, ma si tratta di un processo unico, in cui ogni passaggio comprende e determina quello successivo. L'embrione umano, pur trovandosi in una particolare fase

---

<sup>27</sup> Cfr. Circolari del Ministero della Sanità del 1° marzo 1985 – 27 aprile 1987 – 10 aprile 1992; Ordinanze del Ministero della Sanità del 5 marzo 1997 e 4 giugno 1997.

<sup>28</sup> Cfr. **GIOVANNI PAOLO II**, Istruzione *Donum Vitae*, I, 3.

<sup>29</sup> Cfr. **GIOVANNI PAOLO II**, Istruzione *Donum Vitae*, I, 1; sulle recenti teorie circa le radici biologiche dei comportamenti morali, vedi **P. CHURCHLAND**, *L'io come cervello*, Milano, 2014.



della sua esistenza in cui la forma umana, così come siamo comunemente portati a pensare, non è ancora espressa, è una persona umana.

L'essere persona non è semplicemente dimensione psicologica, ma esistenziale e non dipende fondamentalmente dall'età o da condizioni psicofisiche, o da doti naturali, ma dalla proiezione spirituale dell'essere umano in quanto tale<sup>30</sup>.

Ne consegue che l'uomo esiste da quando e fino a quando esiste un centro attivo, immanente, che funge da fondamentale impulso unificante delle funzioni corporee, responsabile della continuità, dello sviluppo, dell'attività del senso unitario delle funzioni vitali<sup>31</sup>.

L'embrione umano è quindi individuo della specie umana ed è perciò, ontologicamente parlando, una persona e come tale non può essere che detentore di diritti fondamentali uguali a quelli di ogni uomo, primo fra tutti il diritto alla vita, all'integrità fisica e alla salute. Questo rispetto alla vita umana si impone fin da quando ha inizio il processo della generazione. L'essere umano è da rispettare, come persona, fin dal primo istante del suo concepimento<sup>32</sup>.

Qualora si volesse creare un parallelismo tra la perdita di embrioni propria della fecondazione in vivo (aborti spontanei) e la perdita di embrioni propria della F.I.V., si accerterebbe che tale parallelismo è inadeguato perché la perdita embrionale è numericamente più alta nella F.I.V. che non nella fecondazione in vitro e, mentre gli aborti in natura sono subiti, quelli invece della F.I.V. sono voluti, perché assolutamente prevedibili, e davanti a essi l'uomo è libero di usare o rifiutare il procedimento della fecondazione<sup>33</sup>.

Ponendo fuori discussione il risvolto etico della PMA eterologa, quando cioè essa avvenga con seme non del marito, il nodo di tutta la problematica riguarda la procedura stessa che distingue la sessualità dalla

---

<sup>30</sup> Cfr. **PAOLO VI**, Lettera Enciclica *Humanae Vitae*; **GIOVANNI PAOLO II**, Esortazione apostolica *Familiari Consortio*.

<sup>31</sup> **CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE**, Istruzione su: *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 febbraio 1987, p. 36 ss.: "... il frutto della generazione umana dal primo momento della sua esistenza, e cioè a partire dal costituirsi dello zigote, esige il rispetto incondizionato che è moralmente dovuto all'essere umano nella sua totalità corporale e spirituale. L'essere umano va rispettato e trattato come una persona fin dal suo concepimento e, pertanto, da quello stesso momento gli si devono riconoscere i diritti della persona, tra i quali anzitutto il diritto inviolabile di ogni essere umano innocente alla vita".

<sup>32</sup> Cfr. **GIOVANNI PAOLO II**, Istruzione *Donum Vitae*, cit., I, 5.6.

<sup>33</sup> **D. TETTAMANZI**, *La fecondazione in vitro: aspetti etici in Persona, Verità, Morale*, 12/84, p. 89 ss.



procreazione e quindi non riguarda solo la F.I.V./E.T., ma ogni forma di fecondazione artificiale<sup>34</sup>. Ciò che in questa separazione risulta eticamente rilevante (anche dal punto di vista della disciplina canonica) è che nella PMA eterologa la procreazione non può più essere detta dipendente neanche dall'atto del rapporto sessuale fra due coniugi: una procreazione senza l'espressione di tutta la persona perde quel carattere di comunionalità che può essere considerato l'unico *ethos* adeguato per il concepimento di un nuovo essere umano.

Il Creatore è l'artefice della vita e

“ha iscritto nell'uomo e nella donna la vocazione ad una partecipazione speciale al suo mistero di comunione personale e alla sua opera ... per questo il matrimonio possiede specifici beni e valori di unione e procreazione senza possibilità di confronto con quelli che esistono nelle forme inferiori di vita. Tali valori e significati di ordine personale determinano, dal punto di vista morale, il senso e i limiti degli interventi artificiali sulla procreazione e sull'origine della vita umana”<sup>35</sup>.

### 3 – La logica della donazione nel Magistero della Chiesa

Per il Magistero della Chiesa fin dal medioevo, tra soggetti battezzati, si è affermata la teoria sacramentaria, sanzionata come verità di fede a partire dal Concilio di Trento, e accolta nel codice vigente: il matrimonio, sia come *foedus* che come *sacramentum*, ha una finalità<sup>36</sup> (è ordinato a un fine ben

<sup>34</sup> C. CAFFARRA, *La fecondazione in vitro: problemi etici*, in *Medicina e Morale*, 1985, p. 67 ss.

<sup>35</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Istruzione Donum Vitae*, cit., I, 3.

<sup>36</sup> Cfr. A. DE LA HERA, *L'ordenance du mariane è ses fins*, in *L'Année Canonique*, 17 (1973), pp. 555-568; V. FAGIOLO, *Essenza e fini del matrimonio secondo la Costituzione pastorale "Gaudium et spes" del Vaticano II*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 23 (1967), pp. 135-186; P. FEDELE, *L'"ordinatio ad prolem" e i fini del matrimonio con particolare riferimento alla Costituzione "Gaudium et spes" del Concilio Vaticano II*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 23 (1967), pp. 60-134; J. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura iurídica matrimonial*, Editorial Gomez, Pamplona, 1960; M. ZALBA, *Num Concilium Vaticanum II hierarchiam finium matrimonii ignoraverit, immo et transmutaverit*, in *Periodica*, 68 (1979), pp. 613-635; A. GUTIERREZ, *Matrimonii essentia, finis, amor coniugal*, in *Apollinaris*, 46 (1979), pp. 87-147; U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugal*, Romae, 1968; A. PEREGO, *Le nuove teorie sulla gerarchia dei fini matrimoniali*, in *La Civiltà Cattolica*, 110 (1959), pp. 235-247; M. ZALBA, *Sens et porte de la fin première du mariage*, in *Doctor Communis*, 21 (1968), pp. 153-166; A. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Universidad pontificia



preciso) e due proprietà essenziali che sono state determinate con precisione dalla natura stessa e quindi non dipendono dalla volontà dei contraenti.

Del fine del matrimonio si occupa direttamente il can. 1055, § 1, C.J.C. mentre le proprietà essenziali sono considerate, anche direttamente, nel can. 1056 C.J.C.: questi tre “elementi” vengono chiamati dalla tradizione teologica e canonistica, *bona matrimonii* e alla luce della nuova concezione conciliare i tre valori del matrimonio sono sciolti nella espressione “amore fedele, uno e fecondo”.

L’amore coniugale viene esaltato come mai lo era stato prima in nessun documento della Chiesa<sup>37</sup>. Delicato è quindi l’aspetto della nullità del vincolo derivante da incapacità delle parti: l’impedimento *ex* can 1084 C.J.C. riguarda l’*impotentia coeundi* e non l’*impotentia generandi*, ovvero la sterilità che si rileva solo nel caso in cui sia stata celata mentre l’altro coniuge, ignaro, esprimeva il consenso fortemente intenzionato a formare una famiglia<sup>38</sup>. Il matrimonio potrà essere dichiarato nullo a causa del dolo posto in essere dal coniuge sterile, abusando della buona fede dell’altro, non rilevando il dato puro e semplice della sterilità.

Al can. 1084, § 3, C.J.C. con l’espressione “*Sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit, firmo praescripto can. 1098*”, specifica che la “*sterilitas*” può essere uno dei vizi del consenso matrimoniale (avendo il can. 1098 considerato il “*dolus*” come nuovo capitolo di nullità), quando costituisce cioè una delle “*alterius partis qualitates, quae sua parte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest*”. Quindi non è la sterilità in sé che costituisce un vizio del consenso ma la sterilità sulla quale ricade il “*dolus*”<sup>39</sup>.

---

de Salamanca, Salamanca, 1985. Vedi ancora un’ampia bibliografia in J.F. CASTAÑO, *Introductio ad Ius matrimoniale. I: De matrimonii natura* (Romae 1979) 404-418.

<sup>37</sup> L’espressione completa della Cost. *Gaudium et spes* al n. 48 è la seguente: “*Hoc vinculum sacrum intuitu boni tum coniugum et prolis tum societatis non ex humano arbitrio pendet. Ipse vero Deus est auctor matrimonii, variis bonis ac finibus praediti; quae omnia: a) pro generis humani continuatione, b) pro singulorum familiae membrorum profectu personali ac sorte aeterna, c) pro dignitate, stabilitate, pace et prosperitate ipsius familiae totiusque humanae societatis maximi sunt momenti*”. In questo testo conciliare ci sembra importante mettere in risalto come il sacro vincolo del matrimonio non è enucleato soltanto per il bene della prole, ma anche per il *bene dei coniugi*: Dio stesso è l’autore dell’istituto matrimoniale. Oltre che per la continuazione del genere umano, la perfezione dei membri della famiglia e la dignità-stabilità-pace-prosperità di questa famiglia, i “valori” matrimoniali sono fondamentali anche per tutta la società umana.

<sup>38</sup> Sui i primi studi vedi P. FEDELE, *Problemi di diritto canonico, L’impotenza*, Officium Libri Catholici, Roma, 1962.

<sup>39</sup> AA. VV., *La Chiesa dopo il Concilio* (Atti del Congresso Internazionale di diritto



La sostituzione del gesto corporeo, a fini procreativi, con la pratica medica, qualifica, comunque, l'atto coniugale a livelli di sperimentazione e tecnicità<sup>40</sup>.

Per una valutazione della PMA, in senso stretto, nella sua natura o struttura significativa (l'oggetto) è necessario fare costante riferimento a un dato: si rende "tecnicamente" fattibile la procreazione umana senza l'esercizio della sessualità coniugale, a prescindere quindi dall'incontro coniugale-sessuale, incontro che è tale in quanto la mutua donazione dei coniugi avviene nel corpo e attraverso il corpo.

Ne deriva che proprio il "corpo umano" diventa l'elemento discriminante, non solo di fatto ma anche in ordine al valore e al significato: è assolutamente necessaria una riflessione sul senso della corporeità umana nell'evento procreativo, ossia sul linguaggio corporale dell'"amore fecondo".

Il primo dato su cui riflettere è il corpo nella sua specificità umana, la sua realtà va oltre o meglio assume e integra l'aspetto bio-fisiologico nella "totalità unificata" della persona:

«Ogni persona umana, nella sua singolarità irripetibile, non è costituita soltanto dallo spirito ma anche dal corpo, così nel corpo e attraverso il corpo viene raggiunta la persona stessa nella sua realtà concreta. Rispettare la dignità dell'uomo comporta di conseguenza salvaguardare questa identità dell'uomo "corpore et anima unus"»<sup>41</sup>.

In riferimento alla fondamentale vocazione dell'uomo, la vocazione all'amore, si ribadisce lo specifico valore del corpo umano:

"In quanto spirito incarnato, cioè anima che si esprime nel corpo e corpo informato da uno spirito immortale, l'uomo è chiamato all'amore in questa sua totalità unificata. L'amore abbraccia anche il corpo umano e il corpo è reso partecipe dell'amore spirituale"<sup>42</sup>.

Una seconda riflessione riguarda la persona che si rivela e si realizza nel corpo e attraverso il corpo, ed è essenzialmente un essere "con" e un essere "per" altri; "comunione" e "donazione" definiscono

---

canonico), Giuffrè, Milano, 1972; P.A. BONNET., *Impotenza e legge naturale. Suggestioni per una impostazione del problema*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 87 (1976), pp. 232-251.

<sup>40</sup> M. DI IANNI *Procreazione artificiale*, cit., p. 1003 ss.

<sup>41</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Associazione Medica Mondiale*, Parigi, 9 ottobre 1983, in *Acta Apostolicae Sedis*, 75, 1983, p. 37 ss.

<sup>42</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Esortazione Apostolica Familiaris Consortio*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 74, 1982, p. 89.



l'identità propria della persona come tale: "il dono rivela, per così dire, una particolare caratteristica dell'esistenza personale, anzi della stessa essenza della persona"<sup>43</sup>.

In questa prospettiva si comprende l'espressione particolarmente suggestiva più volte usata del Magistero della Chiesa: il corpo ha un "significato sponsale" ossia ha la capacità di esprimere l'amore nella comunione e nella donazione. Questa "*communio personarum*" ha il suo *proprium* nell'essere il frutto e il segno della reciproca donazione "totale" degli sposi.

Per questo va specificato che il contenuto stesso della donazione sono i coniugi, le loro stesse persone nel loro essere e quindi attraverso la loro sessualità umana, intessuta e vissuta come spiritualità, affettività, corporeità. Ciò che è tipico, ossia proprio ed esclusivo, del matrimonio è la totalità della reciproca donazione. Come il corpo umano è da considerarsi sotto il profilo antropologico, ossia nella totalità unificata della persona, così anche l'atto coniugale è da considerarsi sotto tale profilo: in tal senso il dato bio-fisiologico è integrato e assunto, nei dati psichici e spirituali della sessualità umana, ricevendo il suo significato specificatamente umano.

#### L'atto coniugale

"nella sua struttura naturale, è un'azione personale, una cooperazione simultanea e immediata dei coniugi, la quale, per la stessa natura degli agenti e la proprietà dell'atto, è l'espressione del dono reciproco, che, secondo la parola della Scrittura ne effettua l'unione in una carne sola"<sup>44</sup>.

Si ha così una perfetta corrispondenza tra il linguaggio corporale della persona e l'atto coniugale: questo atto è la "parola" specifica del linguaggio corporale non solo "significato" unitivo e procreativo; i due significati risultano essere non semplicemente giustapposti tra loro, ma tra loro coordinati e così coordinati da essere inscindibili. Com'è noto è questo il principio architettonico dell'intera etica coniugale<sup>45</sup>: la connessione inscindibile che Dio ha voluto e che l'uomo non può rompere di sua iniziativa tra i due significati dell'atto coniugale, il significato unitivo e quello procreativo.

---

<sup>43</sup> GIOVANNI PAOLO II, Udienza Generale, 9 gennaio 1950, in *Acta Apostolicae Sedis*, LXXII, 1980.

<sup>44</sup> PIO XII, *Discorso alle congressiste dell'Unione Cattolica Ostetriche*, 29 ottobre 1951, in *Acta Apostolicae Sedis*, XLIII (1951), p. 835 ss.

<sup>45</sup> Cfr. PAOLO VI, *Enciclica Humanae vitae*, cit.



L'atto coniugale esprime simultaneamente l'apertura al dono della vita, è un atto inscindibilmente corporale e spirituale, nel corpo e per mezzo del corpo gli sposi consumano il matrimonio e possono diventare padre e madre. La logica che giustifica ed esige questo è la logica della "donazione": il corpo si configura come segno e luogo del donarsi. Se l'atto coniugale è essenzialmente "donazione" e se la sua "parola" più forte è il figlio, si deve concludere che il figlio può definirsi – in termini di straordinaria profondità – come *donum* "de dono" e "per donum" dono dal dono e per mezzo del dono (reciproco) degli sposi. Ma la logica della "donazione" è contraddetta dalla logica della "dominazione" da cui è segnata la fecondazione artificiale:

"L'origine di una persona umana è in realtà il risultato di una donazione, Il concepito dovrà essere il frutto dell'amore dei suoi genitori. Non può essere voluto né concepito come il prodotto di un intervento di tecniche mediche o biologiche: ciò equivarrebbe a ridurlo a diventare l'oggetto di una tecnologia scientifica. Nessuno può sottoporre la venuta al mondo di un bambino a delle condizioni di efficienza tecnica"<sup>46</sup>.

Ricordiamo, in ordine del portato dell'extracorporeità che, la fecondazione in vitro è, proprio perché in vitro, "fuori dal corpo", il che non è da intendersi in senso puramente spaziale ma anche in riferimento alla reciproca donazione coniugale ed è questo gesto personale che manca alla fecondazione eterologa: la "fecondazione è voluta lecitamente quando è il termine di un atto coniugale per sé idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura e nel quale i coniugi divengono una sola carne. Ma la procreazione è privata dal punto di vista morale della sua perfezione propria quando non è voluta come il frutto dell'atto coniugale, e cioè del gesto specifico dell'unione degli sposi"<sup>47</sup>.

Si attua in pratica una separazione tra sessualità e procreazione, così come avviene analogamente nella contraccezione: qui vi è la sessualità ma non vi è procreazione, lì vi è procreazione ma non vi è sessualità.

Di conseguenza si può dare accesso a quelle procedure finalizzate ad aiutare l'atto coniugale, affinché una unione completa e corporea dei coniugi, di per sé non fertile, possa raggiungere lo scopo desiderato, cioè il concepimento.

La coscienza morale non prescrive necessariamente l'uso di taluni mezzi artificiali destinati unicamente sia a facilitare l'atto naturale, sia a

<sup>46</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Istituzione *Donum Vitae*, cit., I, 5.

<sup>47</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Istituzione *Donum Vitae*, cit., II, 4.



procurare il raggiungimento del proprio fine all'atto naturale normalmente compiuto: se il mezzo tecnico facilita l'atto coniugale o l'aiuta a raggiungere i suoi obiettivi naturali, può essere effettivamente accettato.

È indubbio che le tecniche di riproduzione artificiale si sono affermate per ovviare ai casi di infertilità di quelle coppie che, spinte dal desiderio di un figlio, trovano nella scienza e nelle tecniche fecondative la possibilità di essere esaudite in ciò che la natura ha negato. Per un certo verso il desiderio del figlio da parte dei coniugi è naturale in quanto esprime la vocazione alla paternità e alla maternità inscritta nell'amore coniugale: tale desiderio, o quanto meno la disponibilità a trasmettere la vita, è un requisito necessario per una procreazione umana responsabile<sup>48</sup>.

Ma tale legittimo desiderio, nel momento in cui viene affermato come diritto e come tale viene riconosciuto, non può giustificare l'uso di procedure che non siano rispettose della dignità dell'embrione umano e dell'atto procreativo che ne è all'origine: il codice genetico è un pensiero di Dio<sup>49</sup> e i gameti sono cellule già vive, la vita è acheropita non può essere disegnata da mano d'uomo<sup>50</sup>, né tanto meno si possono selezionare i gameti in base a caratteristiche fisiche preordinate.

Vivere e agire in conformità ai dettami della propria coscienza, non deve risultare un adagiarsi su posizioni estranee all'impegno politico o su una forma velata di confessionismo ma "l'espressione" con cui i *christifedeles* offrono il loro coerente apporto perché si instauri un ordinamento sociale più giusto e coerente con la dignità della persona umana<sup>51</sup>.

Anche in questo ambito il Magistero della Chiesa non vuole esercitare una sorta di potere politico né coartare la libertà d'opinione: intende istruire e illuminare le coscienze dei *christifedeles*, perché il loro agire sia sempre al servizio della promozione integrale della persona e del bene comune.

---

<sup>48</sup> Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi – III – Assemblea Generale Straordinaria – *Instrumentum laboris "Le sfide pastorali sulla famiglia"*, Città del Vaticano, 2014.

<sup>49</sup> AA. VV., a cura di C. Faralli, *Bioetica e Biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>50</sup> Cfr. G. SAMEK LODOVICI, *L'esistenza di Dio*, Quaderni del Timone, Ed. Art, Milano, 2008.

<sup>51</sup> Congregazione per la Dottrina della Fede, *Nota dottrinale sul comportamento dei cattolici in politica*, Città del Vaticano, 2002.



#### 4 – Duttilità disciplinare e opportune cautele: le tematiche aperte dalla Consulta

Non appare sufficiente padroneggiare la tecnica d'ingegneria genetica per realizzare desideri umani se pur legittimi, a volte forzando meccanismi che sovrintendono la procreazione già altamente delicati e complessi. Assistiamo a una vera e propria rivoluzione antropologica della "sintesi genitoriale". Con la fecondazione eterologa si scindono a priori i paradigmi sia della filiazione "dell'amore" sia della filiazione nella sua unità e integrità, mentre la dignità del nascituro andrebbe salvaguardata nel rispetto di una genitorialità che non divida tra loro gli elementi fisici, psichici e morali che la costituiscono.

Come rendere la PMA eterologa possibile al più presto garantendo uguaglianza e sicurezza senza discriminazioni economiche, vincolando una quota del fondo sanitario per permetterne l'accesso nelle strutture pubbliche attraverso l'inserimento nei LEA-livelli essenziali di assistenza, sarà materia riservata al dibattito parlamentare visti i contenuti che sottende, sotto il profilo bioetico e sanitario.

La Consulta ha escluso un vuoto normativo sul punto, in forza della legislazione preesistente alla pronuncia e vigente nel restante dettato della l. n. 40 del 2004 relativo alla fecondazione omologa<sup>52</sup>, ricordando viepiù che, in generale, si possono usare strumenti interpretativi; il giudice delle leggi ha auspicato semplicemente un celere aggiornamento delle linee guida (da oltre tre anni immutate).

Il legislatore che provvederà alla regolamentazione della fecondazione dovrà integrare le aperture alla FIV, giacché il diritto alla salute si riconosce attuando anche una reale prevenzione della sterilità: recenti studi di epigenetica hanno evidenziato come un ambiente diverso da quello uterino influisca sul DNA<sup>53</sup>.

Nelle more si è assistito all'iniziativa di alcuni presidenti di Regione (Toscana, Lombardia, Emilia Romagna, Umbria, Lazio) volta ad adottare atti transitori per consentire la pratica della PMA eterologa fino a giungere all'emanazione del documento<sup>54</sup> con il quale la Conferenza delle Regioni e

---

<sup>52</sup> Dall'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 il giudice di merito per ben 28 volte è intervenuto modificandone di fatto i parametri.

<sup>53</sup> Vedasi: *Revue de praticien*, I, 2013; *Fertility and Sterility*, II, 2013; *Journal of Human Genetics*, IV, 2013; *Seminars in Fetal and Neonatal Medicine*, II, 2011, anche in merito alla necessità di una riduzione di rischi neurologici, nel ricorso alla tecnica fecondatoria detta ICSI (in cui lo spermatozoo viene introdotto con un ago nell'ovulo).

<sup>54</sup> Cfr. CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME,



delle Province Autonome ha concordato di definire un accordo interregionale, di valenza transitoria, da recepirsi nelle singole Regioni e PP. AA.

Dal punto di vista economico, al momento quindi resta in piedi la discriminazione evidenziata dalla Consulta giacché, i centri privati che praticano l'*egg sharing*, opererebbero comunque nella legalità. Tutto ciò con il rischio di tenere in conto, in modo difforme, l'elemento della "compatibilità" circa la selezione delle caratteristiche rispetto alla coppia: non pare elemento di poco spessore se il decreto legge annunciato a seguito della sentenza n. 162 del 2014 è stato ritirato anche a seguito della polemica sorta sul diniego, che avrebbe contenuto, circa la possibilità di selezionare i gameti in base ad alcune caratteristiche fisiche nonché sui limiti da porsi alle garanzie sull'anonimato dei donatori.

Su tale versante, se la Conferenza delle Regioni ha agito in via transitoria per l'adozione di linee comuni, ad assumersi la responsabilità di normare la materia per dare piena attuazione alla procreazione assistita saranno le Camere cui è affidata l'iniziativa legislativa necessaria a indicare, per i nati e non nati, il confine fra il lecito e l'illecito (integrando o modificando la l. n. 40 del 2004, o ritenendo sufficiente il semplice aggiornamento delle linee guida) almeno sul numero massimo consentito delle donazioni e sul diritto del figlio a conoscere il suo genitore biologico.

Il problema dell'accesso alle "proprie origini"<sup>55</sup> è questione etica estremamente controversa e complessa: tale possibilità consente di accedere alla propria storia parentale (fermo restando che una volta riconosciuto, ogni diritto, deve trovare nell'ordinamento un bilanciamento) proprio alla luce della tutela del diritto alla salute. Se l'individualismo imperante dei nostri tempi si basa sull'ideale di autonomia e indipendenza, su una concezione "quantitativa" di uguaglianza di diritti, nell'ambito della famiglia dobbiamo riconoscere differenze necessarie, qualitative e irriducibili.

---

*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, Roma, 4 settembre 2014.*

<sup>55</sup> In perfetta consonanza con l'art. 29, c. 1, della Costituzione al n. 2207 del *Catechismo della Chiesa cattolica* si afferma che: "La famiglia è la cellula originaria della vita sociale. È la società naturale in cui l'uomo e la donna sono chiamati al dono di sé nell'amore e nel dono della vita. L'autorità, la stabilità e la vita di relazione in seno alla famiglia costituiscono i fondamenti della libertà, della sicurezza, della fraternità, nell'ambito della società"; sulla scia dell'Esortazione apostolica *Familiaris consortio*, 13, al n. 1642, si vincolano le proprietà essenziali *ex can. 1056 C.J.C.* al principio di esclusività dei rapporti sessuali nella famiglia, nella disponibilità a divenire padre e madre solo attraverso l'altro.



Presto il legislatore dovrà indicare nuove regole per sciogliere il nodo controverso sottostante il diritto all'anonimato. Anche quando patologie severe negano la possibilità di fatto di attuare l'aspettativa al proprio progetto familiare, la Corte costituzionale, in nome di una analogia tra la fecondazione omologa con quella eterologa, afferma un diritto che mette in luce le tensioni derivanti da un innaturale sdoppiamento delle relazioni procreative<sup>56</sup>. Ogni legittima pretesa trova dei limiti nel suo esercizio: il portato stesso di un diritto esige, infatti, non per pure e semplici motivazioni confessionali e tanto meno ideologiche, una corrispondenza della pretesa soggettiva alla tutela della dignità della persona.

L'intervento del legislatore si deve ispirare ai principi razionali che regolano i rapporti tra legge civile e legge morale: compito della prima è assicurare il bene comune, attraverso la tutela dei diritti fondamentali, pur non potendosi sostituire al dettato della coscienza di ciascuno<sup>57</sup>.

L'equidistanza e l'imparzialità della legge, rispetto a qualsiasi confessionale apprezzamento, risultano costituire la radice dell'eguaglianza giuridica, il riflesso del principio di laicità<sup>58</sup> che, nell'ottica pluralistica affermata dalla Consulta, implica il diritto a essere sé stessi<sup>59</sup>.

L'idea di laicità, quale istanza ideologica di fondo che presiede la cultura liberale, nel ruolo normativo di spinta a una dinamica sociale (non solo sul terreno pubblicistico ma anche delle relazioni fra privati) effettivamente incide, inizialmente, sul modo di essere di ciascuno per regolare in ultimo il proprio limite di contenimento degli uni verso gli altri.

---

<sup>56</sup> Cfr. *Istruzione della Congregazione per la Dottrina della Fede, Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, p. II, § 2, con ampi richiami al Magistero della Chiesa.

<sup>57</sup> Cfr. *La verità vi farà liberi*, Città del Vaticano, 1995; nella visione personalistica e soggettivata del matrimonio quale *ordinatio* al bene si insiste sul presupposto che, per la coppia sterile, il vincolo si apre alla carità, all'accoglienza e al sacrificio (n. 1654), individuando altre forme di fecondità quali l'affidamento e l'adozione (n. 1063) poiché fondato su una fecondità spirituale (n. 2379) non meno pregnante, cfr.: oltre all'Enciclica *Evangelium vitae* (1995) il testo precedente (1994) *Gratissimam sane*, noto come "Lettera alle famiglie" ove Giovanni Paolo II indica il legame tra il tema della civilizzazione dell'amore e il mistero della paternità e maternità responsabile.

<sup>58</sup> Corte cost. 20 novembre 2000, n. 508; 9 luglio 2002, n. 327.

<sup>59</sup> P. BELLINI, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Una tematica segnatamente controversa: la bioetica*, in *Metamorfosi del «Cattolicesimo reale»*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 180 ss.



Nel suo attuale stato di sviluppo, l'ordinamento giuridico consente la massima estensione all'area della liceità degli atti umani che oltremodo differiscono pur ricadendo nella generale categoria del "lecito giuridico". Tali atti variano in rapporto alla minore o maggiore elevatezza dei valori che li muovono, alla minore o maggiore ampiezza degli obiettivi a cui tendono.

La motivazione spirituale, sia essa religiosa, confessionale che ideologica imprime inoltre una distinzione specifica sociale, oltre che etica, sull'agire umano.

La Consulta, nella pronuncia n. 162 del 2014, ha osservato in via preliminare che:

"la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita ... escludendosi, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini ... genetici".

L'esame di questa premessa consente di approfondire gli aspetti sottesi, e in modo incontrovertibile, complessi dato che l'impianto complessivo della legge n. 40 del 2004, nonostante i vari interventi apportati<sup>60</sup>, resta un "progetto genitoriale" che scaturisce da entrambi i coniugi: lo stesso consenso informato è previsto quale "consenso di coppia". Il testo costituisce la prima disciplina organica relativa a un sensibile settore che coinvolge una pluralità di interessi costituzionali rilevanti: questi invocano un, seppur assai delicato, bilanciamento tra gli stessi pur non essendo in presenza di norme a contenuto costituzionalmente vincolato.

Il diritto di formare una famiglia e la libertà di autodeterminazione, in relazione a scelte riconducibili alla sfera più intima della persona, non trovano più ostacolo dal divieto discriminatorio contenuto nella legge n. 40 del 2004: avendo già ammesso nell'ordinamento istituti, quali l'adozione<sup>61</sup>, che ammettono la frattura genitorialità genetica e genitorialità legittima nonché una nuova concezione della paternità, contenuta nel testo novellato dell'art. 231 c.c. che l'attribuisce al marito rispetto al figlio concepito o nato durante il matrimonio, la pronuncia

---

<sup>60</sup> D.m. 11 aprile 2008, *Linee guida*; C. NARDACCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan Italia*, in [www.rivistaric.it](http://www.rivistaric.it), 22 marzo 2013.

<sup>61</sup> Sulla questione del diritto all'identità genetica vedasi: D.lgs. n. 154 del 2013, art. 100, 1, P.; Corte cost. n. 278 del 2013.



esaminata rafforzerebbe l'assunto che il dato della provenienza genetica non risulta requisito imprescindibile della famiglia stessa.

Il concepito mediante pratiche di PMA eterologa, dato il riferimento contenuto nell'art. 8, comma 1, della legge n. 40 del 2004<sup>62</sup>, risulta portatore del riconoscimento dello *status* di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alla tecnica prevista, in quanto la pratica di tipo eterologo va considerata *species* di *genius*.

D'altro canto, nell'accezione del diritto alla salute, quale diritto fondamentale comprensivo oltre che della salute fisica anche di quella psichica<sup>63</sup> riposa il principio che riconosce alla autonomia e responsabilità del medico, consenziente il paziente, la riserva sulla adozione di pratiche terapeutiche specifiche<sup>64</sup>. Quindi si dichiara che il divieto contenuto nella legge n. 40 del 2004, all'art. 4, comma 3, costituisce una lesione della libertà fondamentale della coppia a formare una famiglia con dei figli, con incidenza sul diritto alla salute, in contrasto con la *ratio legis* in quanto colpisce specificatamente le situazioni originatesi dalle patologie più severe. Infine, in ordine alla tutela del concepito, la stessa legge n. 40 del 2004 non incide minimamente sul momento in cui, *ex art.* 1 c.c., viene riconosciuta la capacità giuridica con l'evento della nascita. Stante l'ulteriore indebolimento della l. n. 40 del 2004 operato con la sentenza 162 del 2014 le pronunce<sup>65</sup> tornano quindi a incentrarsi sulla richiesta di modifica dell'art. 1 c.c., per definire con un testo normativo che la persona è un soggetto portatore di diritti fin dal concepimento, con riconoscimento

---

<sup>62</sup> Nel contesto normato attualmente da ciò che resta della Legge n. 40 del 2004, si rintraccia un "vuoto legislativo" nella mancanza dell'istituzione del Registro nazionale dei donatori, della regolamentazione sulle modalità di selezione, sulle garanzie di anonimato, sui limiti nelle donazioni, sul range di età dei donatori, sui rimborsi e sui costi a carico dello Stato.

<sup>63</sup> Vedasi la giurisprudenza costante formatasi sul profilo: Corte cost. nn. 161 del 1985; 167 del 1999; 253 del 2003; 113 del 2004; 251 del 2008; 80 del 2010.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost. sentenza n. 151 del 2009; E. DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge italiana n. 40 del 2004*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, ([www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), dicembre 2008; ID., *La legge sulla fecondazione assistita, un esempio di "sana laicità"*, *ivi*, marzo 2009.

<sup>65</sup> Corte cost.: sent. 25 giugno 1981, n. 108; sent. 25 giugno 1981 n. 109; ord. 16 febbraio 1982 n. 44; ord. 16 febbraio 1982 n. 45; ord. 16 febbraio 1982 n. 46; ord. 16 febbraio 1982 n. 47; ord. 8 luglio 1982 n. 126; ord. 23 dicembre 1982 n. 259; ord. 20 marzo 1985 n. 80; ord. 20 novembre 1985 n. 297; sent. 25 maggio 1987 n. 196; ord. 3 dicembre 1987 n. 445; sent. 31 marzo 1988 n. 389; ord. 14 aprile 1988 n. 462; ord. 14 aprile 1988 n. 463; ord. 18 gennaio 1989 n. 14; ord. 16 marzo 1990 n. 133; ord. 8 febbraio 1991 n. 65; ord. 24 giugno 1993 n. 293; ord. 15 marzo 1996 n. 76; ord. 4 dicembre 2002 n. 514.



pieno della capacità giuridica, favorendo in tal modo che, nell'ambito della PMA, almeno embrioni generati in vitro vengano destinati alla nascita<sup>66</sup>.

Su queste tematiche non si può riflettere circoscrivendo il ragionamento alle categorie assiologiche di diritti e uguaglianza: in altre parole non si può rivendicare il riconoscimento di un diritto senza porsi il problema di ciò che rivendichiamo come diritto.

Affermazione che vale a partire dal paradigma eterosessuale del matrimonio che, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale<sup>67</sup>, non può essere superato in via ermeneutica, in quanto non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema, ma di una vera e propria interpretazione creativa destinata a rendere esiziale peraltro il legame tra matrimonio e famiglia come società naturale fondata appunto sul matrimonio<sup>68</sup>.

L'elasticità della struttura delle disposizioni costituzionali, infatti, può arrivare fino a un certo punto e il giudice delle leggi è costante nell'ostacolare una interpretazione dell'art. 29 Cost. a prescindere dalle connessioni testuali e logiche con le altre disposizioni sulla famiglia e a essa riferibili.

Si ritiene che altro snodo cruciale sia quello del rapporto tra matrimonio e genitorialità<sup>69</sup> dato che la famiglia è il luogo che, per elezione nel nostro ordinamento, è vocato alla funzione procreativa: entrambi i genitori sono responsabili in ordine alla procreazione e a questo

---

<sup>66</sup> C. CASINI, *Il Rapporto sullo stato di attuazione della legge 40/2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" anche in confronto con le altre Nazioni europee*, in *Medicina e morale*, Milano, 2009, n. 4; ID., *La legge sulla fecondazione artificiale*, Siena, 2004; AA. VV., *Diritti del nascituro e la procreazione*, Città del Vaticano, Lev, 2010.

<sup>67</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 138 del 2010.

<sup>68</sup> C. PINELLI, *La nota del Consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>69</sup> P. Donati (a cura di), *Famiglia risorsa della società*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 344; Cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei «casi»: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumdiquadernicostituzionali.it](http://www.forumdiquadernicostituzionali.it); P. BARCELLONA, voce «Famiglia (dir. civ.)», in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, p. 779; M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali: art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, Roma, 1977, p. 2; A.M. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali, art. 29*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 9; C. BERGONZINI, *sub art. 29*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di). *Comm. breve Cost.*, Cedam, Padova, 2008, p. 302 ss.; I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), M. PEDRAZZA GERLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in *Dir. pubbl.*, 2010, n. 1-2, p. 249.



è correlato il diritto fondamentale dei figli ad avere una madre e un padre, a essere educati e istruiti all'interno del nucleo familiare<sup>70</sup>.

D'altro canto, è il caso di ricordare che la stessa l. n. 40 del 2004 ha insito uno schema genitoriale, chiamando in gioco interessi e valori che non attengono solo ai diritti degli aspiranti genitori. Effettivamente l'art. 29 Cost., pur contenendo un nucleo di cui il legislatore non può liberamente disporre (eterosessualità, monogamia e esogamia), fa riferimento a un modello di famiglia che è suscettibile di sviluppo, modifiche e cambiamenti.

Il canone della ragionevolezza porta a trattare in modo diverso situazioni non omogenee e il legislatore si troverà nella necessità di tracciare una tutela diversa ex art. 2 Cost. dedicata alle unioni tra soggetti dello stesso sesso o di sesso diverso conviventi "more uxorio".

Dovendo considerare anche i parametri derivanti da norme di origine esterna (comunitaria e internazionale) vengono in rilievo l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza con l'art. 4 del Trattato di Lisbona: tutti i parametri rimandano specificatamente alle legislazioni nazionali agganciate alla disciplina costituzionale cui queste devono rapportarsi. In ogni ordinamento giuridico, infatti, l'istituto matrimoniale ha radici culturali, sociali, storiche diverse, preesistenti al comparto normativo comune a gran parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, atto alla formazione e integrazione del "consenso europeo"<sup>71</sup>.

Non si tratta di mettere in gioco solo la "morfologia" della famiglia, sotto il profilo strutturale, ma i valori che in essa si innestano e quindi la stessa idea di società: ove la famiglia venga vista come aggregato di individui la società non potrà riferirla, a livello relazionale, quale istituzione e la funzione sociale sarà svuotata ogni qual volta verrà assorbita dalle istanze specifiche e individuali dei componenti<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> In tema di interesse del figlio alla verità biologica, vedi Cass., 11.7.2012, n. 11644, su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); cfr. Corte cost., sent. n. 151 dell'8 maggio 2009, con nota di **L. D'AVACK**, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. Famiglia*, 2009, p. 1021 e ss.

<sup>71</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 novembre 2011, *S.H. e Gov. Austria*, ric. 57813/00, § 97, sez. III; cfr. **E. MURGO**, *La grande chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli stati contraenti*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 233.

<sup>72</sup> Corte cost. sent. 347 del 26 settembre 1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1295 ss., e Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, *ivi*, 1999, p. 429 e ss., sui rapporti tra fecondazione eterologa e azione di disconoscimento della paternità.