Bioética

y Ciencias de la Salud

Vol. 5. nº 2
Julio - Diciembre
2002

Indice

INVESTIGACIÓN 7
• COMITES DE ÉTICA ASISTENCIAL EN ESPAÑA Y EN EUROPA
Porfirio Barroso 8
• VALORI E DIRITTO NEL CONTRATTO DI MATERNITÀ SURROGATA:
Lucio Romano 22
• LOS PROBLEMAS ÉTICOS EN LA PRIORIZACIÓN DE LA SALUD
Mª del Cármen Vidal 36

PANORAMA INTERNACIONAL 47
• ENGENDRADO, NO HECHO
Robert Spaemann 48

BREVES 54
• EL RETO MORAL DE LAS DEMENCIAS
Mª Dolores Jiménez 55

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA 61
• BIBLIOGRAFIA SOBRE ÉTICA DE LOS TRASPLANTES (I PARTE)
Porfirio Barroso 62

APUNTES CINEMATOGRÁFICOS CON PERSPECTIVA BIOÉTICA 66
Gloria Mª Tomás i Garrido 67

OPINIÓN 75
• EUTANASIA
Hans Thomas 76
• LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA A DETERMINADOS TRATAMIENTOS MÉDICOS
Mª Teresa Herrero 82
• EL ENFERMO TERMINAL Y LA MUERTE
Alicia Zamora 86

BIBLIOGRAFÍA 91
• LA HUMANIDAD IN VITRO
Carmen Salas 92

Valori e diritto nel contratto di maternità surrogata *

Commento a Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000 (Giudice Schettini)[1]

TARASCO ANTONIO LEO
Seconda Università degli Studi di Napoli
Facoltà di Giurisprudenza
Dottorando e Assegnista di ricerca.

ROMANO LUCIO
Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche,
Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica.

Massima dell'ordinanza: *"E' lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non sia previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio.*

E' lecito il contratto concluso tra coppia committente e medico, prima dell'entrata in vigore del codice di deontologia medica, concernente la fecondazione in vitro con maternità surrogata. In particolare, va autorizzato l'impianto nell'utero della madre portante, stante il diritto della coppia a che si proceda all'impianto ed il pregiudizio imminente ed irreparabile collegato alla crioconservazione degli embrioni, che comporterebbe un aggravamento della loro condizione di vitalità, mettendone a rischio l'attività di proliferazione cellulare".

Fecondazione artificiale ed ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, la condizione giuridica dell'embrione e delle tecniche di fecondazione artificiale non sono attualmente oggetto di alcuna normativa specifica, ma soltanto di una serie di proposte di legge. L'assenza di una puntuale regolamentazione legislativa non può, tuttavia, impedire di individuare la disciplina applicabile, che potrà essere desunta dai principi generali dell'ordinamento e, segnatamente, dai principi della *Grundonorm*.

* L'articolo è frutto di una comune elaborazione di idee, tuttavia a fini concorsuali si precisa che A.L. Tarasco ha curato specificamente la parte relativa alla dimensione giuridica e L. Romano gli aspetti etici e tecnico riproduttivi

Valori e diritto nel contratto di maternità surrogata *

Commento a Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000 (Giudice Schettini)[1]

TARASCO ANTONIO LEO
Seconda Università degli Studi di Napoli
Facoltà di Giurisprudenza
Dottorando e Assegnista di ricerca.

ROMANO LUCIO
Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche,
Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica.

Massima dell'ordinanza: *"E' lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non sia previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio.*

E' lecito il contratto concluso tra coppia committente e medico, prima dell'entrata in vigore del codice di deontologia medica, concernente la fecondazione in vitro con maternità surrogata. In particolare, va autorizzato l'impianto nell'utero della madre portante, stante il diritto della coppia a che si proceda all'impianto ed il pregiudizio imminente ed irreparabile collegato alla crioconservazione degli embrioni, che comporterebbe un aggravamento della loro condizione di vitalità, mettendone a rischio l'attività di proliferazione cellulare".

Fecondazione artificiale ed ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, la condizione giuridica dell'embrione e delle tecniche di fecondazione artificiale non sono attualmente oggetto di alcuna normativa specifica, ma soltanto di una serie di proposte di legge. L'assenza di una puntuale regolamentazione legislativa non può, tuttavia, impedire di individuare la disciplina applicabile, che potrà essere desunta dai principi generali dell'ordinamento e, segnatamente, dai principi della *Grundonorm*.

* L'articolo è frutto di una comune elaborazione di idee, tuttavia a fini concorsuali si precisa che A.L. Tarasco ha curato specificamente la parte relativa alla dimensione giuridica e L. Romano gli aspetti etici e tecnico riproduttivi

Efficacemente, il punto 6 della *Risoluzione del Parlamento europeo* (doc. A2-372/88) rilevava già nel 1989 che "la materia è caratterizzata dal 'vuoto legislativo'. Ciò non significa che non esista alcuna norma che la regoli. Tutto ciò che non è giuridicamente vietato deve, infatti, essere considerato giuridicamente permesso. 'Vuoto legislativo' significa che la disciplina vigente (di permissività) non deriva da una scelta del legislatore, dato che esso non aveva potuto pensare a situazioni del tutto nuove"[2].

In Italia, la prima interrogazione parlamentare fu proposta nel 1958 dai deputati Cossiga e Sarti ai Ministri dell'Interno, di Giustizia e della Sanità, per chiedere seri provvedimenti inibitori delle pratiche di fecondazione artificiale, allora in via di "embrionale" diffusione. Seguirono a breve distanza di tempo varie proposte di legge. Fin dalla III legislatura, esse perseguivano l'obiettivo di vietare l'inseminazione artificiale, mentre dall'VIII legislatura in poi si alternano proposte di legge aventi come obiettivo di disciplinare in positivo la delicata materia.

L'attenzione politica fu sollecitata da un famoso caso giurisprudenziale sfociato nella sentenza del Tribunale di Roma del 30 aprile 1956[3], che coinvolse l'opinione pubblica sul tema (fino ad allora sconosciuto) dell'inseminazione artificiale con seme di donatore anonimo[4]. Nella specie, si controverteva circa l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità a seguito del consenso manifestato all'inseminazione artificiale della propria moglie.

Degno di rilievo è il Disegno di Legge n. 4048 del Senato (della XIII legislatura), ed approvato dalla Camera dei deputati il 26 maggio 1999. Esso vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3) e alla surrogazione di maternità (art. 12) punendo "con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da lire 100 milioni a 300 milioni, e con l'interdizione per cinque anni dall'esercizio della professione", coloro che a qualunque titolo applicano simili tecniche (art. 12, comma 1)[5].

Le uniche disposizioni attualmente in vigore sono rappresentate dalle reiterate ordinanze del Ministro della Sanità (del 22 dicembre di ogni anno, a partire dal 1997!) con cui –chiarendo principi abbastanza evidenti– viene prorogato il divieto di commercializzazione e pubblicità di gameti ed embrioni umani e di pratiche di clonazione umana o animale[6].

La Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurgi e degli odontoiatri ha redatto un documento, in data 2 aprile 1995, diretto a tutti gli Ordini provinciali[7]. Il Consiglio Nazionale, dopo aver espresso la propria preoccupazione per le conseguenze derivanti dalla mancanza di una apposita regolamentazione della materia, ha sollecitato il Parlamento a legiferare con urgenza e, nel frattempo, ha enunciato una serie di principi cui tutti i medici devono attenersi pena la soggezione ad un procedimento disciplinare. Tra i divieti stabiliti ricordiamo: 1) tutte le forme di maternità surrogata; 2) le varie forme di fecondazione artificiale al di fuori di coppie eterosessuali, siano esse coniugate o conviventi, che non presentino il requisito della stabilità; 3) la fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; 4) le forme di fecondazione artificiale dopo la morte del partner; 5) la procreazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; 6) ogni sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali.

Inoltre è opportuno ricordare che il primo caso giurisprudenziale di *contratto di maternità per concepimento e gestazione* (battezzato dalla cronaca giornalistica come *utero in affitto*), risale al 1989, quando la controversia è stata valutata dai giudici di Monza[8] e che la problematica del *disconoscimento di paternità* ad opera del marito che aveva precedentemente prestato il proprio consenso alla fecondazione artificiale della propria moglie mediante gamete di un donatore anonimo, se si eccettua il precedente di rilievo del Tribunale di Roma, 19 aprile 1956, è emersa in tutta la sua rilevanza soltanto nel 1994, con il "caso Cremona"[9].

La struttura dell'ordinanza del Tribunale di Roma

Dalla lettura dell'ordinanza del Tribunale di Roma 17 febbraio 2000 (emessa ex

art. 700 Cod. Proc. Civ.), sembra evincersi che il Giudice non ha confrontato la situazione di fatto a quella di diritto (espressa dal diritto positivo, cioè *de jure condito*), ma ha, al contrario, posto dapprima le proprie premesse morali, per trarne poi le conclusioni giuridiche, invertendo così il procedimento ordinario che dovrebbe presiedere ogni decisione giudiziaria. L'inversione di metodo esprime l'esercizio di una funzione propria del potere legislativo ovvero l'ambizione di amministrare la *propria giustizia*.

In sostanza, l'ordinanza ha dapprima verificato la bontà e l'ammissibilità delle ragioni della coppia committente sotto il profilo etico, e poi, accertato che la prestazione della donna offertasi come gestante "ben può essere testimonianza di solidarietà familiare", conclude apoditticamente che "il consenso finalizzato a tale risultato" non "può essere vietato aprioristicamente"[10].

In sostanza, il "si deve" morale ha preceduto il "si può" giuridico. Il che è assai criticabile in una decisione giudiziaria che dovrebbe limitarsi ad affermare il principio di diritto e non quello etico. Per quest'ultimo servono le aule legislative e non quelle dei tribunali.

Il sillogismo logico seguito dalla relatrice dell'ordinanza è il seguente. La premessa maggiore si fonda sul presupposto che ciò che è scientificamente possibile ("avere un figlio geneticamente proprio") è anche moralmente meritevole di tutela. Per la premessa minore, invece, è il diritto a dover seguire l'evoluzione della scienza lasciando "il più ampio spazio alle scelte individuali nel (solo, n.d.a.) controllo che queste siano consapevoli e responsabili". Deduzioni logica: ciò che è buono nelle intenzioni, materialmente e scientificamente possibile, diventa perciò stesso moralmente accettabile e dunque giuridicamente meritevole di tutela.

Dalla lettura del dispositivo dell'ordinanza, viene il dubbio che sia stata sottovalutata la pregnanza delle affermazioni conclusive cui è giunta e delle importantissime implicazioni antropologiche ed etiche che ne derivano. Dall'ordinanza emerge la consapevolezza che "con la maternità di sostituzione (...) si crea un profondo mutamento della dimensione antropologica e culturale della genitorialità", e che "si assiste ad una scissione innegabile tra genitorialità biologica e sociale, ad una destrutturazione dell'identità materna".

In sostanza, l'estensore dell'ordinanza non dubita del fatto che il giudizio di liceità del contratto di maternità surrogata comporta un'alterazione radicale della realtà biologica dell'uomo, una ridisegnazione del concetto millenario di uomo e persona, famiglia e genitori. Di tale realtà biologica, l'etica e il diritto non hanno fatto altro che prendere atto nei secoli, riconoscendo come lecito e buono ciò che la natura ha riposto nell'uomo: generazione di un figlio mediante un incontro almeno fisico, per non dire spirituale e sentimentale, tra un uomo e una donna. L'interrogativo che ci si pone è il seguente: è conforme al diritto e all'etica affidare ad un solo uomo-giudice la decisione sul modo di concepire l'uomo, la vita e la generazione di un figlio. Ove mai fosse questa la decisione da prendere (epocale, rivoluzionaria e contraria alla realtà biologica dell'uomo) non sarebbe forse di pertinenza del Parlamento?

D'altro canto, si esprime in senso nettamente contrario il richiamato Disegno di Legge n. 4048 del Senato, che vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3) e alla surrogazione di maternità (art. 12) comminando anche pesanti pene detentive (da tre a dieci anni) e pecuniarie (da 100 a 300 milioni).

La rifondazione biologica nell'ordinanza d'urgenza

Il nucleo forte dell'ordinanza d'urgenza sta in una visione utilitaristica dell'uomo e della vita, nella quale "non si può vietare aprioristicamente" l'utilizzo di tecniche innovative idonee a soddisfare il diritto di una coppia ad avere un figlio geneticamente proprio, "dovendosi lasciare un più ampio spazio alle scelte individuali nel (solo, n.d.a.) controllo che queste siano consapevoli e responsabili".

L'ordinanza, facendosi interprete della c.d. morale corrente (che tuttavia non pa-

re affatto essere univocamente favorevole) afferma in solitudine che "la circostanza che le funzioni tradizionalmente svolte da una sola donna possono essere adempiute da soggetti diversi, la madre genetica che mette a disposizione l'ovocita e la madre gestante che accoglie l'embrione, intaccando il principio della certezza della derivazione materna, hanno reso inadeguate le norme che su tale certezza si fondavano". Così, a riprova di questa nuova concezione dell'uomo, l'ordinanza definisce elitariamente "più avvertita" quella sola opinione che conforta le proprie tesi: secondo tale dottrina, "il parto finisce per perdere la sua funzione rivelatrice rappresentando l'evento terminale di una complessa sequenza. Colei che partorisce può essere, quindi, colei che ha co-partecipato, mettendo a disposizione il proprio utero".

Nel processo di fondazione della nuova morale familiare del Terzo millennio, l'estensore dell'ordinanza sostiene che nei casi di maternità surrogata la questione del 'chi è la madre' è un falso problema, poiché la generazione di un figlio diventa una sorta di fattispecie complessa a formazione progressiva, in cui sia la madre uterina che quella genetica datrice di ovulo "appaiono casualmente necessarie al processo che conduce al parto".

Così, l'ordinanza si fa interprete e fonda una nuova concezione della biologia e dell'etica, in cui "traspare" –anche se non si chiarisce quale sia il fondamento giuridico– "un concetto, svincolato dalla tradizione che collega la maternità giuridica al rapporto biologico, quello di maternità responsabile, che meglio appaga il desiderio di vedere crescere bene un bimbo, che soddisfa l'esigenza di creare un ambiente familiare sereno ed equilibrato dove armoniosamente possa svolgersi ed evolversi la sua personalità".

Tuttavia, non può non replicarsi che proclamare che la "maternità responsabile" risultante dalla scissione della madre genetica e gestante, "meglio appaga il desiderio di vedere crescere bene un bimbo" è un falso sia sotto il profilo etico che giuridico.

Anzitutto, da un punto di vista fattuale, non si possono ignorare "i possibili effetti sull'equilibrio psicologico del nato per la sensazione di avere alla radice di sé una vera e propria sofisticazione, che ha sostituito le radici della vita e rimosso quel legame carnale dell'io, intessuti da sempre nella vita stessa"[11].

E poi, pur a voler concepire la procreazione come diritto più che come mero desiderio umano (traente implicito riconoscimento nell'art. 1 L. 22 maggio 1978, n. 184), non ci si può spingere fino al punto di considerare tale diritto prevalente su ogni altro valore e principio, che ricevono dall'ordinamento giuridico un riconoscimento esplicito e inderogabile.

Infatti, oltre al diritto del soggetto alla procreazione, esiste anche il diritto irrinunciabile del nato a nascere con dignità umana e ad avere una famiglia normale, corredata dalla naturale doppia figura genitoriale. In nome del progresso della ricerca scientifica, "spontaneo, inarrestabile ed auspicabile" secondo l'estensore della pronuncia, non si può negare che l'ordinamento giuridico tutela anzitutto il diritto di ciascun figlio ad avere un padre e una madre. Se scienza non è soltanto quella fabbricata in laboratorio non possiamo non riconoscere dignità scientifica anche alla pedagogia e alla psicologia, che da sempre affermano la necessità del bambino di avere un padre e una madre (ma una soltanto!) per favorire il suo integrale ed armonico sviluppo[12]. Eppure stranamente, la consulenza psicologica ordinata dal Tribunale non ha minimamente lambito questo aspetto, di grandissima pertinenza.

La procreazione nella Costituzione italiana

In apicibus, tale principio è stato recepito nella Norma fondamentale dello Stato italiano, che vincola legislatore e giudice. L'art. 29 Cost. considera società naturale fondata sul matrimonio la famiglia, di cui si accoglie (implicitamente) l'unica accezione biologicamente ed antropologicamente valida: quella composta dal padre e dalla madre che hanno concepito il figlio, e su cui incombe l'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30, comma 1, Cost.).

L'essenzialità della famiglia al fine dell'armonioso sviluppo della personalità del figlio è ribadito nel secondo comma dell'art. 30 Cost., dove il Costituente afferma che "nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti". L'importanza del dato biologico della derivazione del figlio da un padre e una madre naturali è poi testimoniata dal 3° comma dell'art. 30 Cost.: "La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità". Ora, riconoscere al figlio il diritto di ricercare le proprie origine paterne significa implicitamente ammettere che solo queste, e non quelle materne, possono essere sconosciute poiché incerte (salvo i limiti derivanti dall'istituto dell'adozione). Se è vero, perciò, che il III comma dell'art. 30 Cost. reca per implicito il principio consolidato della certezza della derivazione biologica materna, ne deriva che una norma o un'interpretazione giurisprudenziale che dichiarassero lecito il contratto di maternità per concepimento e/o gestazione sarebbero contrarie alla Costituzione. Per di più, sarebbe dubbia anche la stessa legittimità di una riforma dell'art. 30 Cost., poiché –come insegna la migliore dottrina costituzionalistica– "la revisione prevista dall'art. 138 non può che riguardare la sola seconda parte della Costituzione, quella, cioè, che attiene all'organizzazione dello Stato, mentre le libertà appaiono intangibili da parte di qualunque potere Costituente, se non in senso ampliativo"[13].

Il concetto di maternità accolto dal Costituente è perciò quello di un'unica donna che è madre perché datrice di ovulo e perché partoriente, salvo le norme sull'adozione di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Tale concezione non pare tollerare interpretazioni evolutive e progressiste, che abbiano per unico fine quello di riconoscere un fondamento etico e giuridico delle scoperte scientifiche. Se il Costituente avesse accolto un concetto di maternità surrogata e dissociata tra varie figure femminili, ciascuna in funzione del ruolo assolto nel meccanico processo procreativo, l'avrebbe espresso contemplando la possibilità per il figlio nato in esecuzione di un contratto di maternità per concepimento e/o gestazione di ricercare le proprie ulteriori origini materne, che potrebbero essere incerte al pari di quelle paterne. Ma tale interpretazione, oltre che infondata sul terreno costituzionale, si porrebbe in contrasto con la lettura dell'art. 269, comma 3, Cod. Civ., secondo cui "la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre"[14].

Che la maternità non sia un *prius* da tutelare ad ogni costo, anche a prezzo di innescare molteplici e programmati processi abortivi (c.d. spreco di embrioni) e di segnare per sempre la fragile psicologia di un bambino, è confermato dall'art. 31 Cost., che si propone solennemente di tutelare sia la maternità (ma nella concezione sopra esposta: madre genetica e partoriente di un figlio) sia l'infanzia e la gioventù, "favorendo gli istituti necessari a tal scopo", primo tra tutti l'adozione (art. 291 e ss. Cod. Civ.).

Al contrario, dal complesso delle disposizioni della Costituzione italiana, traspare l'esatto contrario del presunto concetto di "maternità responsabile" utilizzato dall'estensore dell'ordinanza in oggetto: la maternità è un *prius* solo logico e biologico della generazione di un figlio. Ma è la cura di quest'ultimo e non il soddisfacimento dell'istinto materno (o paterno) il fine cui tende la famiglia, nel pensiero del Costituente. In altre parole, ciò che rileva è "l'interesse fondamentale della persona ad essere principalmente l'effetto di una procreazione in grado di garantire le migliori condizioni di vita", e che "il Costituente ha indicato nell'atto unitivo-procreativo"[15].

D'altronde, la concezione finalisticamente orientata verso la cura del figlio e il promovimento delle sue ottimali condizioni di vita è coerente anche con la concezione personalistica pacificamente accolta dalla Costituzione italiana: questa s'incentra sul primato della persona umana, la sua dignità e il suo sviluppo. A tal scopo, la Costituzione "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" (art. 2 Cost.), e considera degni di tutela le formazioni sociali intermedie tra lo Stato e il singolo individuo, "ove si svolge la sua personalità": associazioni, partiti, sindacati e –primariamente– la famiglia.

Il concetto di "uomo" accolto dal Legislatore Costituente è, dunque, quello di uomo-valore, uomo-fine, uomo-persona e come tale non strumentalizzabile in funzione di alcun interesse extra-personale", ivi compreso quella della maternità o della paternità[16].

Autorevolmente, il combinato disposto degli articoli 2 e 30 Cost. viene interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 febbraio 1981, n. 11 nel senso che lo stesso "assume a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisarsi in primo luogo nella famiglia d'origine, e soltanto in caso d'incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, 2° comma, Cost. prevede, infatti, il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di istruire, mantenere ed educare i figli. Ne deriva il carattere funzionale del diritto dei genitori di sangue che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel 1° comma dell'art. 30 Cost.; (...); infine il carattere di adeguatezza che deve presiedere all'individuazione della famiglia sostitutiva, quando trovi applicazione l'art. 30, 2° comma, Cost.".

Già da queste prime considerazioni, non possono che trarsi le medesime conclusioni tratte dal Tribunale di Monza (27 ottobre 1989), che ha risolto in modo diametralmente opposto il primo caso giurisprudenziale italiano dell'ammissibilità del contratto di maternità per concepimento e gestazione:

"La Carta costituzionale ha affermato a chiarissime lettere l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla potestà dei genitori cosiddetti 'di sangue'; il diritto del minore di crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità od inadeguatezza dei medesimi; il diritto di qualunque figlio ad un unico, comune *status filiationis* e, perciò, ad un'indifferenziata tutela giuridica, con il solo limite generale dell'irriconoscibilità e con il limite particolare ed eventuale della salvaguardia (in caso di situazioni confliggenti fino all'incompatibilità) dell'esistenza e dell'unità della famiglia legittima del proprio genitore; il diritto del figlio all'identificazione dei propri genitori biologici"[18].

In realtà, dietro le controverse e criticabili argomentazioni giuridiche dell'ordinanza in commento, si cela un sistema di valori che assegna all'uomo il ruolo di dominus incontrastato della vita e della morte. "E' questo il denominatore comune di scelte solo apparentemente opposte: il diritto di sopprimere il figlio non voluto mediante l'interruzione volontaria della gravidanza, e il diritto di aver un figlio a tutti i costi, compreso quello di sacrificare altre vite umane. C'è da aggiungere che, senza un'estesa accettazione e legittimazione sociale dell'aborto, le ricerche e sperimentazioni per giungere alla Fivet sarebbero state impensabili, o sarebbero state bloccate subito dal rifiuto della società. Paradossalmente, la liberalizzazione dell'aborto è tra le premesse più rilevanti che hanno reso possibile il procedere della ricerca Fivet"[19].

In termini laici, si esprime analogamente anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 doc. A2-372/88, che riconosce come "le attuali tecniche di procreazione "in vitro" implicano, con accertata frequenza, uno "spreco" di embrioni". Infatti, gli embrioni non utilizzati nella gravidanza "divengono superflui e sono destinati o a essere distrutti o alla sperimentazione. Ciò è in contrasto con la dignità che spetta allo zigote come a ogni essere umano"[20].

Diritto e scienza per l'uomo: la concezione personalistica

L'interpretazione giuridica di una norma ordinaria e dell'intero impianto costituzionale è legittima, certo, ma nei limiti in cui se ne ricavi un senso antropologicamente orientato: *per l'uomo* nella sua complessità, e non *per la sola scienza o per il solo diritto*. La scienza e il diritto sono strumenti creati dall'uomo, il cui utilizzo è legittimo nei limiti in cui non si ritorca *contro*

Il concetto di "uomo" accolto dal Legislatore Costituente è, dunque, quello di uomo-valore, uomo-fine, uomo-persona e come tale non strumentalizzabile in funzione di alcun interesse extra-personale", ivi compreso quella della maternità o della paternità[16].

Autorevolmente, il combinato disposto degli articoli 2 e 30 Cost. viene interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 febbraio 1981, n. 11 nel senso che lo stesso "assume a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisarsi in primo luogo nella famiglia d'origine, e soltanto in caso d'incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, 2° comma, Cost. prevede, infatti, il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere-diritto di istruire, mantenere ed educare i figli. Ne deriva il carattere funzionale del diritto dei genitori di sangue che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel 1° comma dell'art. 30 Cost.; (...); infine il carattere di adeguatezza che deve presiedere all'individuazione della famiglia sostitutiva, quando trovi applicazione l'art. 30, 2° comma, Cost.".

Già da queste prime considerazioni, non possono che trarsi le medesime conclusioni tratte dal Tribunale di Monza (27 ottobre 1989), che ha risolto in modo diametralmente opposto il primo caso giurisprudenziale italiano dell'ammissibilità del contratto di maternità per concepimento e gestazione:

"La Carta costituzionale ha affermato a chiarissime lettere l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla potestà dei genitori cosiddetti 'di sangue'; il diritto del minore di crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità od inadeguatezza dei medesimi; il diritto di qualunque figlio ad un unico, comune *status filiationis* e, perciò, ad un'indifferenziata tutela giuridica, con il solo limite generale dell'irriconoscibilità e con il limite particolare ed eventuale della salvaguardia (in caso di situazioni confliggenti fino all'incompatibilità) dell'esistenza e dell'unità della famiglia legittima del proprio genitore; il diritto del figlio all'identificazione dei propri genitori biologici"[18].

In realtà, dietro le controverse e criticabili argomentazioni giuridiche dell'ordinanza in commento, si cela un sistema di valori che assegna all'uomo il ruolo di dominus incontrastato della vita e della morte. "E' questo il denominatore comune di scelte solo apparentemente opposte: il diritto di sopprimere il figlio non voluto mediante l'interruzione volontaria della gravidanza, e il diritto di aver un figlio a tutti i costi, compreso quello di sacrificare altre vite umane. C'è da aggiungere che, senza un'estesa accettazione e legittimazione sociale dell'aborto, le ricerche e sperimentazioni per giungere alla Fivet sarebbero state impensabili, o sarebbero state bloccate subito dal rifiuto della società. Paradossalmente, la liberalizzazione dell'aborto è tra le premesse più rilevanti che hanno reso possibile il procedere della ricerca Fivet"[19].

In termini laici, si esprime analogamente anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 doc. A2-372/88, che riconosce come "le attuali tecniche di procreazione "in vitro" implicano, con accertata frequenza, uno "spreco" di embrioni". Infatti, gli embrioni non utilizzati nella gravidanza "divengono superflui e sono destinati o a essere distrutti o alla sperimentazione. Ciò è in contrasto con la dignità che spetta allo zigote come a ogni essere umano"[20].

Diritto e scienza per l'uomo: la concezione personalistica

L'interpretazione giuridica di una norma ordinaria e dell'intero impianto costituzionale è legittima, certo, ma nei limiti in cui se ne ricavi un senso antropologicamente orientato: *per l'uomo* nella sua complessità, e non *per la sola scienza o per il solo diritto*. La scienza e il diritto sono strumenti creati dall'uomo, il cui utilizzo è legittimo nei limiti in cui non si ritorca *contro*

l'uomo stesso. Cristallizzare istituti giuridici non più rispondenti alle esigenze dell'uomo è metodologicamente scorretto, ma allo stesso modo è errato fare della scienza un altare al quale vanno sacrificati i valori più profondi dell'uomo, come la sua dignità e la "verità" dei rapporti affettivi che nascono dai legami di sangue. "Non è accettabile considerare legittima ogni azione tecnicamente possibile, in quanto ciò significherebbe a maggior ragione in un ambito così delicato qual è quello concernente la vita, accedervi secondo un approccio meramente tecnicistico"[21].

Così, un'illustre dottrina ci ricorda "che il diritto è fatto per l'uomo e non l'uomo per il diritto"[22]. Similmente, la scienza deve essere "'per' e 'con' l'uomo e non 'contro' l'uomo. Sicchè anche il progresso biomedico, che si prospetti maggiormente utile per la salute dei consociati, non può essere perseguito con l'attuale pregiudizio della vita, integrità fisica, salute, dignità del 'singolo' soggetto, costituendo, questi, beni intangibili e prevalenti"[23].

Fondamento della concezione personalistica è il principio della indisponibilità della persona umana. E indisponibilità della persona umana significa indisponibilità della *vita umana*, non solo per il suo cessare (questo il fondamento della punibilità dell'omicidio del consenziente, art. 579 Cod. Pen.) ma anche –a nostro avviso– per il suo venire ad essere: infatti, l'ordinamento non può tutelare indiscriminatamente la nascita di una nuova vita umana ove ciò contrasti con gli interessi e i beni dei genitori (di qui il fondamento del diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui all'art. 1 Legge 22 maggio 1978, n. 194) ma anche dei figli (divieto di ogni forma di procreazione artificiale di tipo eterologo).

La legge 194/78 non ha riconosciuto un diritto alla maternità ad ogni costo, ma al contrario ha inteso consentire la 'non maternità' allorquando la vita del nascituro ponga in pericolo l'integrità psico-fisica della madre. In altri termini, il legislatore ha riconosciuto "il diritto della donna a *non* essere madre e non invece il suo diritto ad esserlo comunque"[24]. Pertanto, il diritto alla procreazione della madre o del padre non sembra trovare alcuna cittadinanza nell'ordinamento italiano, contrariamente a quanto affermato dal relatore dell'ordinanza del Tribunale di Roma 14 febbraio 2000.

Diversamente, il figlio degrada a *res commerciabile*, oggetto contrattuale, e la donna con i suoi organi riproduttivi diventa uno strumento di soddisfacimento degli interessi della coppia committente. Il nato, poi, in quanto figlio di 'troppi' genitori, finisce per essere figlio di 'nessuno', subendo uno sradicamento della propria identità. Il suo sviluppo psico-fisico è esposto al continuo rischio derivante dalla distorta situazione affettiva e psicologica della donna-incubatrice e dal rispetto o dalla violazione del patto tra le parti contraenti o dalla sopravvivenza o meno della coppia o della madre committente. In altre parole, il figlio nato a seguito del contratto di maternità surrogata perde la sua qualità di *soggetto* di diritti, per divenire *oggetto* dei diritti delle parti stipulanti il negozio, degradando così a potenziale *res litigiosa*[25].

Infine, la scelta del Tribunale di Roma di privilegiare unicamente il desiderio dei genitori ad avere un figlio "geneticamente proprio" non ha consentito all'estensore di tener conto di altri effetti della maternità surrogata: come ad esempio le conseguenze sul neonato in caso di decesso della madre surrogata al momento del parto, i rapporti tra il neonato e i figli eventualmente nati dal matrimonio della madre surrogata, le conseguenze sul neonato in caso di morte della madre genetica prima che sia portata a termine la probabile procedura di adozione[26].

Al contrario, dal principio della indisponibilità della vita umana derivano il principio della salvaguardia della vita, integrità fisica e salute del soggetto (art. 32 Cost. e 5 Cod. Civ.), il principio della salvaguardia della dignità umana (il cui fondamento si rinviene nell'art. 3 Cost.) ed il principio del consenso del soggetto (art. 13 Cost., Legge n. 180/78, art. 33 Legge 833/78, art. 2 Legge 458/67 sul trapianto del rene da vivente e art. 9 Legge 592/67 sul prelievo del sangue).

Progresso scientifico, ordine pubblico, buon costume, diritto a procreare

Secondo l'estensore dell'ordinanza in commento, l'inarrestabilità del progresso scientifico costituisce il contenuto di cui si riempiono i concetti di ordine pubblico e buon costume. Infatti, l'ordine pubblico e il buon costume rappresentano "clausole generali destinate a riempirsi di contenuto con riferimento al tempo, al luogo, all'indirizzo politico e all'agire e sentire di una data collettività". In tale contesto, "non può pertanto, in un procedimento di ricostruzione dei concetti, essere trascurata l'evoluzione della scienza medica, e quindi, delle nuove tecniche di fecondazione artificiale". Così, a voler dar credito al pensiero del Tribunale romano, si dovrebbe ammettere che l'inesauribile ed inarrestabile progresso scientifico costituisca un fattore di modifica dei valori morali individuali e collettivi, tale da rappresentare il nuovo e indefinibile parametro alla cui stregua verificare la liceità di una condotta[27].

E' vero: i bisogni mutano con il passare del tempo, in relazione all'evoluzione sociale e culturale, e di ciò non si può non tener conto. Ma è pur vero che tradisce la *ratio* del rinvio al buon costume e all'ordine pubblico il concepire un'eterointegrazione in cui trovi spazi larghissimi una generica e non meglio definita "evoluzione della scienza medica", di cui non si conoscono il fondamento, le finalità e di cui non s'intravedono i limiti, che pur dovranno esistere. Questo significa affidare a medici e scienziati non solo la cura dei corpi e delle cellule ma anche quella della comunità e dello Stato. Significa, ancora, concepire le tecniche mediche e scientifiche come la bussola che deve necessariamente guidare la collettività e dunque lo Stato, ed il cui inarrestabile progredire non può essere impedito.

E invece, occorre evitare che "le risorse della scienza possano indurre alla tentazione di andare oltre i limiti di un ragionevole dominio sulla natura, e che la libertà personale superi i limiti del necessario rispetto dei beni superiori indicati in validi princìpi fondamentali, la cui osservanza deve guidare nella risoluzione di problemi complessi"[28].

Diversamente, si arriverebbe al paradosso di qualificare contrario all'ordine pubblico il contratto di rinunzia agli alimenti futuri[29] ma non il contratto di locazione di utero. Significa, ancora, giungere al paradosso di considerare contrario al buon costume il mercimonio delle prestazioni sessuali e non quello degli organi riproduttivi.

Inoltre, lascia perplessi l'assiomaticità e l'oltranzismo delle affermazioni dell'ordinanza, secondo cui "ogni figlio desiderato deve nascere".

Infatti, se può essere riconosciuto come meritevole di tutela l'interesse di una coppia di sposi ad avere un figlio geneticamente proprio e non mediante il succedaneo ricorso all'adozione, non ci si può spingere fino al punto di costruire una tutela giuridica in modo che tale desiderio sia sempre e comunque realizzato, a prescindere dalle conseguenze prodotte, che possono consistere anche nella morte di un numero indefinito di embrioni. Infatti, non si può ignorare che la FIVET consiste in una tecnica che comporta "la morte di embrioni programmata e direttamente voluta"[30]: il successo della gravidanza segue molteplici fallimenti, i quali non sono che altrettanti aborti, seppure spontanei. Gli embrioni soprannumerari, inoltre, vengono normalmente crioconservati previa selezione, ed il processo di congelamento e scongelamento è comunque gravato da un alto indice di rischio per quanto attiene la sopravvivenza degli embrioni stessi. Infatti le procedure del congelamento e dello scongelamento sottopongono l'embrione ad uno shock termico che ne può alterare la morfologia e la funzionalità. In considerazione di quanto esposto si assiste ad un significativo "spreco di embrioni".

Sotto l'aspetto giuridico non può riconoscersi all'interesse alla procreazione dignità di diritto soggettivo. Tale assunto è stato espressamente negato dal Tribunale di Monza 27 ottobre 1989, secondo cui "la Carta non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità (...) non potendosi desumere che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole, in sé, si intende, tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato a dignità di diritto soggettivo, o comunque sia emerso nella con-

siderazione del Costituente un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte, cioè, da un qualche fondamento biologico".

Peraltro, il presunto diritto alla prole non può considerarsi indiscriminatamente prevalente rispetto ad ogni altro diritto e valore pure previsti dall'ordinamento: dignità del corpo della donna a non divenire una macchina-incubatrice[31], e dignità ed esigenza del figlio nato ad avere la doppia figura genitoriale, rappresentano dati incontrovertibili di verità naturale. Perciò, se in astratto, la funzione economico-sociale dell'atipico contratto di maternità surrogata potrebbe sfuggire ad una sanzione di illiceità, "non si sottraggono, invece, a censura i mezzi e i modi impiegati, ossia le prestazioni dedotte in obbligazione e gli effetti "strumentali" rispetto a quello principale, cioè la "produzione" del figlio[32].

Non manca, tuttavia, una parte minoritaria della dottrina, soprattutto anglosassone, che ammette un giudizio di liceità del contratto di maternità se lo stesso viene stipulato unicamente a beneficio di coppie sterili e con esclusione di qualsiasi finalità di lucro, eccezion fatta per il pagamento delle "spese" e delle perdite sopportate dalla madre surrogata . Tale dottrina contesta anche la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, in quanto simili accordi negoziali consentirebbero di soddisfare esigenze e interessi trascendenti la sfera individuale e perciò stesso si configurano come atti idonei a dare una risposta al problema della sterilità[34].

A tale dottrina di lingua inglese pare si sia ispirata la decisione in commento, ponendosi sulla strada già percorsa dalla giurisprudenza americana, che nel celebre caso di "Baby M.", dichiarò suscettibile di esecuzione specifica il contratto con cui una donna consente, verso ricompensa, a ricevere il seme di un uomo ed a condurre a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre in favore della di lei moglie[35].

Tuttavia, il richiamo alla fecondazione artificiale come rimedio contro la sterilità non è completamente esatto. La sterilità femminile non può essere guarita dalle tecniche di fecondazione artificiale che non costituiscono terapie visto che non rimuovono le cause stesse della sterilità e visto che consentono soltanto in via succedanea di ottenere un figlio, mediante mezzi artificiali che prescindono dall'unitarietà della funzione procreatrice (dimensione unitiva e dimensione procreativa).

Da sottolineare, anche, che la sterilità comporta certamente significativi disagi e conflittualità psicologici –cui, peraltro, si offrono anche alternative di alto profilo morale[36]– non si può negare che le tecniche di fecondazione artificiale siano esse stesse generatrici di ulteriori e diverse tensioni, forse ancor più gravi perché non trovano nei processi naturali una propria risposta: si pensi alla c.d. gelosia genetica, di chi sente il figlio non suo, che è già causa di notevoli cause di divorzio[37], e degli effetti psicologici sul nato, che vivrà con una drammatica plurigenitorialità.

Non sono mancate opinioni contrarie, che hanno dissentito da tali considerazioni[38], secondo cui i problemi psicologici relativi alla conoscenza che il figlio possa avere della sua "speciale" generazione sarebbero analoghi a quelli dei figli adottati o dei genitori divorziati. Tali autori non tengono in giusto conto, però, che il divorzio è un fenomeno patologico (pur se diffuso) del matrimonio, e che non a caso una delle maggiori resistenze opposte allo scioglimento del rapporto matrimoniale è costituito dai nascenti problemi affettivi e psicologici sui bambini nati dal matrimonio.

Maternità surrogata e adozione

Non pertinente è nemmeno il richiamo fatto dall'ordinanza in commento all'istituto dell'adozione, che presuppone già l'esistenza in vita del minore adottabile[39]. La *ratio* dell'istituto dell'adozione (legge n. 184/83) viene oggi ravvisata non già nel soddisfacimento dell'interesse dei genitori sterili ad avere un figlio, ma nell'interesse del figlio (nato o divenuto in seguito) orfano ad avere una famiglia stabile e completa, cioè corredata da entrambe le figure genitoriali: di qui la limitata ammissibilità dell'adozione ai soli coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (art. 6, legge n. 184/1983): segno questo, che l'istituto dell'adozione tende ad offrire all'orfano una

famiglia nella quale le condizioni affettive siano ottimali (almeno potenzialmente), e non deficitarie in partenza. L'adozione è un istituto opportuno, anche se per niente auspicabile in via di fatto, proprio perché porta con sé storie di abbandoni, sofferenze e traumi che non ci si augura di provocare deliberatamente e in misura più grave mediante la fecondazione artificiale[40].

Inoltre, a voler accogliere la tesi sostenuta dal Tribunale di Roma, proprio l'adozione subirebbe una dequotazione notevolissima e si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra genitori che ricorrono allo spinoso iter legale dell'adozione e genitori che ponendo mano al portafoglio, e rivolgendosi ad un centro medico, possono "prefabbricare" il proprio figlio, frodando la specifica normativa del 1983. Non a caso, una parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono che l'affidamento a terzi, con carattere di definitività, di un minore, in violazione delle norme di Legge in materia di adozione, integri, almeno quando nessuno degli affidatari sia parente entro il quarto grado del minore medesimo, il reato di cui all'art. 71 legge n. 184/83[41].

La fecondazione artificiale nei documenti internazionali

Infine, oltre ad una –a nostro avviso– non corretta considerazione dei valori e dello spirito della Carta costituzionale, e al contrasto con i principi espressi dai precedenti giurisprudenziali in materia, l'ordinanza ha omesso del tutto di valutare le indicazioni di principio provenienti dai documenti internazionali, che in molteplici punti condannano le pratiche della fecondazione artificiale e di ingegneria genetica in generale, poiché contrarie alla dignità umana e alla normale convivenza sociale[42].

A chiare lettere, la *Raccomandazione del Parlamento europeo n. 934 del 1982* considera "un vantaggio per il bambino la coincidenza tra paternità e maternità 'biologica', 'affettiva', 'legale'", e giudica "di estrema importanza la relazione tra madre e figlio già durante la gestazione". Tali tecniche di fecondazione artificiale, "se per un verso consentono di dare risposta positiva al legittimo desiderio di avere figli, dall'altro fanno sorgere gravi problemi legati al rischio di mercificazione del corpo femminile e dei gameti maschili e femminili, e allo status giuridico del figlio in tal modo concepito", potendosi "altresì dare occasione a pericolose sperimentazioni e manipolazioni dell'embrione umano"[43]. Ancor più esplicitamente, il Parlamento europeo "ritiene che la fecondazione eterologa intracorporale o in vitro non sia auspicabile", contrariamente a quanto emerge dalle motivazioni dell'ordinanza, che non mostra alcuna preoccupazione per i risvolti concreti di tali pratiche: anzi, essa afferma che la c.d. maternità surrogata "meglio appaga il desiderio di vedere crescere un bimbo, che soddisfa l'esigenza di creare un ambiente familiare sereno ed equilibrato dove possa svolgersi ed evolversi la sua personalità". Per il Parlamento europeo, invece, ogni forma di maternità su commissione è in generale da respingere[44].

In senso conforme, anche la *Commissione Warnock del 1984*, nominata dal Parlamento britannico per condurre un'indagine sullo sviluppo delle tecniche di fecondazione umana artificiale. Nonostante la Commissione britannica consentisse tecniche di inseminazione artificiale mediante seme di donatore maschile (sebbene con talune limitazioni), essa raccomandò espressamente di non conferire alcuna validità all'accordo di *surrogate mother*, almeno nel caso in cui fosse a titolo oneroso, e ciò sia quando il contratto prevedesse la sola donazione di ovuli che la gestazione vera e propria[45].

D'altro canto, gli organismi europei sono ben consapevoli che la possibilità offerta dalla scienza di "ordinare in provetta" un figlio costituisce il primo passo della ricerca sugli embrioni finalizzata a modificare i caratteri genetici, intervenendo appunto sul genoma umano. A tal riguardo, nella *Risoluzione del 20 settembre 1996*[46], il Parlamento europeo è cosciente che il problema della liceità della ricerca sugli embrioni e quello degli interventi sulla catena germinale sono strettamente correlati fra loro e che "la messa a punto di tali interventi richiederebbero esperimenti su un numero estremamente elevato di embrioni". Tali interventi vanno "respinti e vietati poiché non

è tecnicamente possibile controllare le loro ripercussioni sul lungo periodo (...): essi spalancherebbero definitivamente la porta all'eugenetica e alla mercificazione dell'essere umano".

Le preoccupazioni del Parlamento europeo non sono frutto di infondato allarmismo. Infatti, nella *Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1046* del 1986, il Consiglio invita il Comitato dei ministri "a procedere a delle inchieste a proposito delle voci che circolano nei *mass media* riguardanti un commercio di embrioni e di feti morti, e a pubblicarne i risultati"[47].

Ma già nel 1984 i componenti della minoranza della Commissione Warnock affermarono testualmente: "Una volta che s'è messo piede sulla scivolosa china della creazione deliberata d'embrioni non v'è più fine ai pericoli"[48].

In conclusione, la genetica ha aperto all'uomo la possibilità di procedere ad una fattiva conoscenza degli aspetti fondanti della vita biologica, tuttavia attraverso la manipolazione genetica sono anche tecnicamente possibili interventi selettivi (eugenetica). La fecondazione artificiale, embrioni crioconservati, ectopoiesi, ectogenesi, clonazione umana, produzione di chimere e di ibridi, sperimentazione su embrioni, rappresentano gli aspetti che maggiormente ci interrogano sul piano etico. Certo dall'analisi del genoma possono derivare miglioramenti nell'ambito della diagnostica, della prevenzione e della terapia, ma è altresì altamente fondato il rischio di definire obblighi eugenetici preventivi, di ricorrere ad analisi genetiche quale strumento di controllo sociale, di selezione sulla base di caratteristiche esclusivamente genetiche e di provocare, quindi, sostanziali difformità, sperequazioni, abusi.

Lascia riflettere, perciò, come l'ordinanza in commento affronta e risolve l'amplissimo problema dell'intervento dell'uomo sui fattori riproduttivi umani, reputando sufficiente la sola possibilità scientifica di tali interventi per affermarne la liceità giuridica e la meritevolezza degli interessi perseguiti, trascurando ogni tipo di implicazione psicologica, sociologica, etica e i connessi problemi di tenuta dell'intero ordinamento giuridico.

Ciò che conta moralmente e giuridicamente per l'ordinanza è "il diritto a diventare genitori e di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare" nonché il progredire della ricerca scientifica, semplicisticamente e riduttivamente definito "processo spontaneo, inarrestabile ed auspicabile".

Notas

1. L'ordinanza è pubblicata, *ex plurimus*, in Foro italiano, 2000, fasc. 3, I, 972, con nota redazionale di A. Palmieri e R. Pardolesi, oltre che in Corriere giur., 2000, fasc. 4, con nota di M. Sesta, 483 e ss.

2. La Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 (doc. A2-372/88) è consultabile interamente in http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/Progetti/UEVitro.html

3. Tribunale di Roma, 30 aprile 1956, in Foro italiano, 1956, I, 1212, in Giurisprudenza italiana, 1957, I, 2, 218, con nota di Trabucchi, Fecondazione artificiale e disconoscimento dei figli; in Giustizia civile, 1956, I, 1612, con nota di Sgroi, Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima; in Diritto e giurisprudenza, 1956, 493 con nota di V. Carbone, Fecondazione artificiale e disconoscimento di paternità; per la stampa non giuridica, si veda Lener, Una nuova insidia contro la famiglia e il matrimonio, in Civiltà cattolica, 1959, I, 137. Di recente, cfr. Cassazione, I sezione civile, 16 marzo 1999, in Foro italiano, 1999, I, 1634 e ss.

4. Il primo caso al mondo di inseminazione artificiale che si conosca è quello americano di *Hoch v. Hoch*: un militare americano al ritorno dalla Seconda guerra mondiale trovò un figlio non suo che la moglie aveva procreato artificialmente con un terzo. Vedi Shavel, Nascere per contratto, Milano, 1992, 81.

5. in http://www.senato.it/leg/13/BGT/Ddlpres/00004363.htm

6. Entrambe le ordinanze del 22 dicembre 1999 sono pubblicate in *Gazzetta Ufficiale* 17 gennaio 2000 n. 12.

7. Il documento è pubblicato dal Servizio studi della Camera dei deputati, marzo 1997, n. 278/2, 313.

8. Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, in Giurisprudenza italiana, 295 e ss., con nota di G. Palmieri, Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana.

9. Di recente, la giurisprudenza della Cassazione, I sezione civile, 16 marzo 1999, in Foro italiano, 1999, I, 1634 e ss, smentendo la contraria opinione del Tribunale di Cremona, 17 febbraio 1994, in Giustizia civile, 1994, I, 1687 e ss., ha affermato il principio per cui il consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale eterologa della propria moglie impedisce il successivo esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità nei confronti del figlio nato da tale pratica, dal momento che il bene-verità deve cedere il passo al bene-presunzione di legittimità paterna "dopo un'opzione di segno opposto". Sul punto, mi permetto di rinviare a A.L. Tarasco, Inseminazione artificiale e disconoscimento della paternità, in Ultimi percorsi monografici di Diritto civile, penale, amministrativo, Edizioni Simone, Napoli, 2000, 19 e ss. Per una rassegna delle problematiche della fecondazione artificiale, rinvio a L. Lenti, La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità, Padova, 1993.

10. Conformemente, G. Vassalli, sulla Repubblica del 29 febbraio 2000, 2. Nell'intervista rilasciata a Silvana Mazzocchi, il Presidente emerito della Corte costituzionale dichiara: "Non ritengo che questo possa essere un concetto costituzionalmente valido al punto che il giudice si possa sostituire al legislatore".

11. F. Mantovani, Diritto penale, cit., 26

12. Di qui la ratio delle disposizioni vigenti in tema di adozione, *ex lege* 4 maggio 1983, n. 184, s cui v. infra.

13. V. Caianiello, Riflessioni sulla Costituzione, 1995, Città di Aversa, 9

14. Cfr. Giuliano Vassalli, sulla Repubblica del 29 febbraio 2000, 2: "Il tentativo in astratto di desumere dai principi costituzionali, ovvero direttamente dalla superlegge, qualche cosa che non è ancora in una legge scritta potrebbe anche essere apprezzabile, ma in questo caso non si può accettare. Perché il principio garantito dalla Costituzione è quello della maternità naturale. E non altro (...). Nella Costituzione questo diritto, così inteso, non esiste. Nella Carta si proteggono la maternità e la paternità, ma in un quadro naturale...capisco che si guardi all'evoluzione della società (...). Ma non ritengo che questo possa essere un concetto costituzionalmente valido al punto che il giudice si possa sostituire al legislatore".

15. A. Palazzo, Esperienze straniere, Raccomandazioni del Consiglio d'Europa e prospettive per la regolamentazione in Italia della Fecondazione in Vitro, in Quadrimestre, 1984, 667.

16. F. Mantovani, Diritto penale e tecniche bio-mediche moderne, in L'indice penale, 1988, 14.

17. in Foro italiano, 1982, I, 28.

18. Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, cit., 303.

19. P. Lino Ciccone, La Fivet, una tragica sperimentazione sull'uomo, in Diritto delle persone e della famiglia, 1987, 999 e ss. Per una approfondita valutazione degli aspetti bioetici della fecondazione artificiale: E. Sgreccia, Manuale di bioetica, Vol.I, Vita e pensiero,Milano 1999, pp.505-587; M.L. Di Pietro, E. Sgreccia, Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto, La Scuola, Brescia 1999

20. in http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/Progetti/UEVitro.html

21. Risoluzione della Camera dei deputati del 30 giugno 1993, in Dossier Provvedimento del Servizio studi della Camera dei deputati, A.C. 414 e abb., n. 278/1, 319.

22. S. Giacchetti, Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale, in Diritto processuale amministrativo, 1997, 513 e ss.

23. F. Mantovani, Diritto penale, cit., 15.

7. Il documento è pubblicato dal Servizio studi della Camera dei deputati, marzo 1997, n. 278/2, 313.

8. Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, in Giurisprudenza italiana, 295 e ss., con nota di G. Palmieri, Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana.

9. Di recente, la giurisprudenza della Cassazione, I sezione civile, 16 marzo 1999, in Foro italiano, 1999, I, 1634 e ss, smentendo la contraria opinione del Tribunale di Cremona, 17 febbraio 1994, in Giustizia civile, 1994, I, 1687 e ss., ha affermato il principio per cui il consenso prestato dal marito all'inseminazione artificiale eterologa della propria moglie impedisce il successivo esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità nei confronti del figlio nato da tale pratica, dal momento che il bene-verità deve cedere il passo al bene-presunzione di legittimità paterna "dopo un'opzione di segno opposto". Sul punto, mi permetto di rinviare a A.L. Tarasco, Inseminazione artificiale e disconoscimento della paternità, in Ultimi percorsi monografici di Diritto civile, penale, amministrativo, Edizioni Simone, Napoli, 2000, 19 e ss. Per una rassegna delle problematiche della fecondazione artificiale, rinvio a L. Lenti, La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità, Padova, 1993.

10. Conformemente, G. Vassalli, sulla Repubblica del 29 febbraio 2000, 2. Nell'intervista rilasciata a Silvana Mazzocchi, il Presidente emerito della Corte costituzionale dichiara: "Non ritengo che questo possa essere un concetto costituzionalmente valido al punto che il giudice si possa sostituire al legislatore".

11. F. Mantovani, Diritto penale, cit., 26

12. Di qui la ratio delle disposizioni vigenti in tema di adozione, *ex lege* 4 maggio 1983, n. 184, s cui v. infra.

13. V. Caianiello, Riflessioni sulla Costituzione, 1995, Città di Aversa, 9

14. Cfr. Giuliano Vassalli, sulla Repubblica del 29 febbraio 2000, 2: "Il tentativo in astratto di desumere dai principi costituzionali, ovvero direttamente dalla superlegge, qualche cosa che non è ancora in una legge scritta potrebbe anche essere apprezzabile, ma in questo caso non si può accettare. Perché il principio garantito dalla Costituzione è quello della maternità naturale. E non altro (...). Nella Costituzione questo diritto, così inteso, non esiste. Nella Carta si proteggono la maternità e la paternità, ma in un quadro naturale...capisco che si guardi all'evoluzione della società (...). Ma non ritengo che questo possa essere un concetto costituzionalmente valido al punto che il giudice si possa sostituire al legislatore".

15. A. Palazzo, Esperienze straniere, Raccomandazioni del Consiglio d'Europa e prospettive per la regolamentazione in Italia della Fecondazione in Vitro, in Quadrimestre, 1984, 667.

16. F. Mantovani, Diritto penale e tecniche bio-mediche moderne, in L'indice penale, 1988, 14.

17. in Foro italiano, 1982, I, 28.

18. Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, cit., 303.

19. P. Lino Ciccone, La Fivet, una tragica sperimentazione sull'uomo, in Diritto delle persone e della famiglia, 1987, 999 e ss. Per una approfondita valutazione degli aspetti bioetici della fecondazione artificiale: E. Sgreccia, Manuale di bioetica, Vol.I, Vita e pensiero,Milano 1999, pp.505-587; M.L. Di Pietro, E. Sgreccia, Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto, La Scuola, Brescia 1999

20. in http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/Progetti/UEVitro.html

21. Risoluzione della Camera dei deputati del 30 giugno 1993, in Dossier Provvedimento del Servizio studi della Camera dei deputati, A.C. 414 e abb., n. 278/1, 319.

22. S. Giacchetti, Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale, in Diritto processuale amministrativo, 1997, 513 e ss.

23. F. Mantovani, Diritto penale, cit., 15.

24. A. Miranda, *"Tragic choice"* in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita, in Diritto della persone e della famiglia, 1999, 237.

25. Cfr. Tribunale di Monza, 27/10/1989, in Giurisprudenza italiana, 1990, parte prima, sezione II, 295 e ss. e F. Mantovani, Diritto penale, cit., 29. Identico pensiero è quello espresso dalla Risoluzione del Parlamento europeo doc. A2-372/88, in http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/Progetti/UEVitro.html: "A parte quanto già osservato circa l'interesse del figlio ad avere una pienezza di maternità, è noto come siano molto importanti i rapporti stabiliti durante la gravidanza tra madre e figlio. Alcune vicende giudiziarie hanno mostrato poi che dopo la nascita esiste una possibilità di conflitto tra madri certamente nocivo al bambino. Come d'altra parte far fronte a eventi quali la scoperta di una menomazione del figlio durante la gravidanza, la nascita di un figlio handicappato, la malattia della madre portatrice, il decesso dei genitori committenti prima della nascita del bimbo, la volontà della madre portatrice di ricorrere alla interruzione volontaria della gravidanza, l'eventualità dei ricatti durante tutto il corso della vita del bambino nato su commissione? Si aggiunga che questa pratica rischia di proporre un uso strumentale del corpo della donna e della sua potenzialità procreatrice. (...) Non si vede perchè tale comportamento debba essere consentito se l'atto che dà inizio alla gravidanza è artificiale anzichè naturale. Certamente la commercializzazione è riprovevole in quanto l'uomo non può mai essere considerato una merce. Ma per le stesse ragioni egli non può neppure essere considerato un "prodotto" e la donna una macchina produttrice. Sembra, peraltro, che non siano necessarie norme penali per impedire pratiche siffatte. L'applicazione rigorosa del principio che 'la madre è colei che partorisce' e la nullità di ogni contratto dovrebbero essere rimedi sufficienti".

26. Queste alcune delle motivazioni dell'impugnazione proposta dalla Procura di Roma avverso l'ordinanza del Tribunale della capitale: vedi Corriere della Sera 10 marzo 2000, 13, La Procura: "E' madre solo chi partorisce".

27. Vengono in mente le parole di Oswald Spengler, nel suo *L'uomo e la tecnica*, Ugo Quanda editore, Parma, 1992, 86: "Col razionalismo (...) la 'fede nella tecnica' diventa una religione materialistica: la tecnica è eterna e immortale come Dio Padre; redime l'umanità come il Figlio; la illumina come lo Spirito Santo. Il suo adoratore è il filisteo del progresso dell'epoca moderna, da Lamettrie fino a Lenin".

28. A. P. Leto, I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto, in Diritto delle persone e della famiglia, 1987, 1335.

29. Cfr. Bianca M. C., Il contratto, Milano, 1998, 584.

30. P. Lino Ciccone, La *Fivet*, cit., 1004.

31. "La madre è solo un'incubatrice": così Michela Mercenaro, Ctu nella causa che ha "partorito" l'ordinanza del Tribunale di Roma, nell'intervista rilasciata al Giornale, 2 marzo 2000, 10.

32. Tribunale di Monza, 27 ottobre 2989, cit., 304.

33. Cfr. G. Criscuoli, La legge inglese sulla surrogazione materna tra riserve e prospettive, Milano, 1988, 1040; P. Zatti, Artificio e natura nella procreazione, in Rivista critica di diritto privato, 1986, 671; D. Morgan, Who to be or not to ben: The Surrogacy story, in The Modern Law Review, 49, 1986, 360 e ss.

34. In tal senso è R. Lanzillo, Fecondazione artificiale, 'la locazione di utero', diritto dell'embrione, in Corriere giuridico, 1984, 638, il quale giunge anche ad ammettere la rinuncia preventiva al figlio partorito della madre uterina con conseguente perdita di ogni diritto sul nato.

35. La Superior Court del New Jersey considerò tale contratto suscettibile di esecuzione specifica, in quanto valido in termini di stretto diritto e sul piano dell'equità: Superior Court del New Jersey, 31 marzo 1987, in Foro italiano, 1988, IV, 97 e ss., con nota di G. Ponzanelli; e in Diritto delle persone e della famiglia, 1988, 1515 e ss. con nota di Miranda.

36. Per P. Lino Ciccone, La *Fivet*, cit., 1008, le coppie sterili "certamente sono chiamati da Dio ad altre forme di fecondità, di donazione ad altri, di sostegno ad altre forme di promozione della vita e delle persone", quali ad esempio l'adozione, le varie forme di opere educative, l'aiuto alle altre famiglie, ai bambini povero o handicappati.

37. In tal senso, F. Mantovani, Diritto penale e tecniche, cit., 26

38. Criscuoli, citato in M. Carbone, Maternità, cit., 875.

39. Cfr. Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, cit., 303.

40. In senso analogo la Risoluzione del Parlamento europeo doc. A2-372/88, in http://www.dirittoefamiglia.it/Docs/Giuridici/leggi/Progetti/UEVitro.html, secondo cui "la moderna adozione non è più uno strumento per dare un figlio a chi non ne ha, quanto, piuttosto, lo strumento per dare dei genitori a chi non ne ha. E', cioè, un rimedio a una situazione deprecabile (l'assenza di una paternità o maternità nella loro pienezza). Infatti l'adozione di bambini suppone uno stato di abbandono materiale o morale da parte dei genitori biologici. Non è perciò congruo giustificare la procreazione artificiale eterologa ricorrendo all'analogia con la adozione, anche se l'istituto della adozione può valere a trovare i principi giuridici per regolare la procreazione artificiale eterologa, ove essa si ritenesse ammessa o fosse anche illegalmente praticata".

41. Per quanto concerne la punibilità della fattispecie ai sensi dell'art. 567 Cod. Pen. (delitto di alterazione di stato), una parte della dottrina si è mostrata scettica, ostando alla configurabilità del reato la mancanza di *immutatio veri* (per la circostanza che la madre genetica e responsabile è madre almeno quanto la madre gestazionale) e per il divieto di *analogia legis in malam partem* (sussistendo nel contempo incertezza sul chi sia la vera madre): così F. P. Sisto, *Mater non semper certa est*: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione, in Diritto di famiglia e delle persone, 1987, 1472.

42. Cfr. lett. D) della Risoluzione del Parlamento europeo, doc. A2-327/88 in Dossier provvedimento della Camera dei deputati, A.C. 414 e abb., n. 278/2, pag. 3.

43. Lett. B) della Risoluzione del Parlamento europeo, doc. A2-327/88, cit., 10.

44. Punto 11 della Risoluzione del Parlamento europeo, doc. A2-327/88, cit., 11.

45. Il resoconto del Warnock's Report si può leggere nel *New Law Journal*, 1984, 641 e ss.

46. In Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 28 ottobre 1996.

47. Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1046 del 1986 in Dossier Provvedimento della Camera dei deputati A.C. 414 e abb., n. 278/1, 18.

48. Citazione riportata da A. Palazzo, Esperienze straniere, Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, cit., 656. L'opinione degli esperti inglesi fa da *pendant* alle dichiarazioni rese nel settembre 1985 da Paolo Vercellone (consigliere di Cassazione), in occasione del convegno organizzato dal Centro studi del Tribunale di Lecce, a Gallipoli: "Per favore, spaccate le provette! Distruggete gli strumenti delle vostre ricerche! Sospendete i vostri esperimenti!". Le dichiarazioni sono pubblicate in P. G. Liverani, Fecondazione: un "laico": per favore mettete le provette in soffitta, Avvenire del 22 settembre 1985, 5, citato in P. Lino Ciccone, La Fivet, una tragica sperimentazione, cit., 1006; cfr. anche Risoluzione del Parlamento europeo, doc.A2-327/88, lett. D), cit., 8.