

“Fecondazione omologa, eterologa ed utero in affitto: ordinamento statale e canonico a confronto”

(22 marzo 2023)

1. In primo luogo, non senza intenti auto assolutori, credo sia necessario premettere che io non sono una canonista ma una civilista. Il mio intervento risentirà pertanto, inevitabilmente, della mia formazione.

Il tema che mi è stato assegnato è quello della procreazione medicalmente assistita (da adesso, anche pma) latamente intesa. Il titolo stesso indica, con una sorta di gradualità - fecondazione omologa, fecondazione eterologa, maternità surrogata -, le varie tecniche che permettono di procreare senza il congiungimento sessuale, consentendo così la scissione tra sessualità e procreazione. Tutte pongono alle coscienze e al diritto non pochi interrogativi.

Io, pur nella consapevolezza che di fronte a temi eticamente molto sensibili, come questi, è sempre difficile scindere con assoluta certezza le due sfere, vorrei provare a trattare le questioni privilegiando il profilo strettamente giuridico. Cercherò quindi di illustrare, sia pure molto brevemente, la disciplina che queste tecniche procreative ricevono nei due diversi ordinamenti, canonico e statale, per poi provare a prospettare qualche spunto di riflessione.

2. In Italia la pma è disciplinata dalla legge 40 del 2004. La legge, sin da subito oggetto di critiche feroci, in quanto accusata di essere “oscurantista”, è passata indenne attraverso un referendum abrogativo ma è stata significativamente modificata, qualcuno dice addirittura smantellata, dai ripetuti interventi della Corte costituzionale. Il contenuto della legge è troppo noto per dovere essere in questa sede poco più che richiamato, per punti, con non pochi “salti” e senza alcuna pretesa di completezza.

Alle tecniche di procreazione medicalmente assistita possono accedere coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Nelle intenzioni del legislatore del 2004 il ricorso alle tecniche di pma doveva essere consentito come *extrema ratio*, cui ricorrere soltanto “al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana... qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” (art. 1). La Corte costituzionale, con sentenza n. 96 del 2015, ha poi ampliato l’ambito operativo della legge dichiarando l’illegittimità costituzionale della stessa nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili.

La Corte costituzionale è poi intervenuta più volte, modificando sensibilmente – come detto - l’impianto della legge stessa. È stata per esempio dichiarata la illegittimità della disposizione che prevedeva la creazione di un numero di embrioni non superiore a quello strettamente necessario a un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre, nonché della disposizione che, in caso di impossibilità di impianto degli embrioni per grave e documentata causa di forza maggiore, dovuta allo stato di salute della donna, e imprevedibile al momento della fecondazione, ordinava, previa crioconservazione degli stessi, di procedere non appena possibile al loro impianto. Sempre con riguardo all’embrione la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della disposizione che prevedeva come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili.

Soprattutto, per quello che in questa sede più ci interessa, la Consulta, con sentenza 162 del 2014 ha dichiarato la illegittimità, per violazione degli artt. 2,3, 29, 31 e 32 Cost. del divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata

una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Per la Corte infatti, “La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera”. La Corte ritiene infatti che “l’impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia”.

L’ammissibilità della fecondazione eterologa non comporta, secondo la Corte costituzionale, problemi relativamente allo status del nato. La previsione di cui all’art. 8 della legge, secondo cui “I nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli **((nati nel matrimonio))** o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime” è infatti esportabile, in forza degli ordinari canoni ermeneutici, ai nati in seguito a fecondazione eterologa. L’unico problema, per cd, eventualmente ravvisabile in tale tecnica consiste nella “violazione del diritto [della persona nata in seguito a tale tecnica] a conoscere la propria identità genetica”. Sul punto la posizione della Corte non è del tutto chiara. La sentenza richiama infatti la disciplina in tema di donazione di tessuti e cellule umane – secondo cui tutti i dati, comprese le informazioni genetiche ...sono resi anonimi, in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili - e la disciplina adozione, che prevede invece il diritto dei genitori adottivi e dello stesso adottato ultraventicinquenne ad accedere alle informazioni concernenti l’identità dei genitori biologici.

La stessa Corte, nella sentenza 278 del 2013, di poco precedente, aveva affermato l’illegittimità costituzionale dell’art. 28 della legge sull’adozione dei minori (n. 183/1984) nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di interpellare, con ogni cautela per tutelarne la riservatezza, la madre non nominata nell’atto di nascita, per l’eventuale assunzione di rapporti personali e non giuridici con il figlio, e aveva affermato che “il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona (...). E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l’intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale”.

Il problema del diritto alla conoscenza delle proprie origini – o meglio del diritto alla conoscenza dei dati identificativi del donatore - per il nato in seguito a fecondazione eterologa è un problema ancora aperto e non poco scottante. Parte della dottrina esclude tale diritto in capo al nato in ragione della mancanza di qualsiasi relazionalità, giuridica ed esistenziale, del nato stesso con il donatore di gameti. Tuttavia, è possibile chiedersi se la posizione del nato in seguito a procedimento di fecondazione eterologa si presenti davvero, rispetto al pregresso rapporto con il genitore da “ritrovare”, così dissimile da quella dell’adottato la cui madre biologica abbia deciso di partorire in anonimato, da potere giustificare il diniego del diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche.

Inoltre, la legge riconosce al soggetto (maggiorenne) tale diritto, ma non glielo impone, sicché risulta difficile sul piano giuridico giustificare a priori – dal punto di vista del richiedente – le ragioni per cui negargli, se lo voglia, il diritto a conoscere l’identità del donatore. Il diritto a conoscere le proprie origini, in quanto diritto fondamentale, può “recedere” solo in confronto di altro diritto o interesse di pari “grado e meritevolezza”.

Occorre pertanto chiedersi se vi siano ragioni per giustificare il mancato riconoscimento per il nato in seguito a fecondazione eterologa del diritto a conoscere le proprie origini a favore del prevalente diritto all’anonimato del donatore. Non sembrano esportabili alla fecondazione eterologa le ragioni che giustificano l’anonimato della madre e che la Corte costituzionale pone a

fondamento delle proprie decisioni, cioè l'esigenza di evitare che la stessa compia scelte ancora più terribili, come abortire. Né ragioni contrarie al diritto all'accesso ai dati anagrafici del donatore potrebbero essere individuate nel diritto all'identità e all'immagine del donatore stesso, vale a dire nel diritto a non vedersi rappresentato in modo negativo, o comunque difforme da ciò che è e/o sente di essere, posto che la donazione è una scelta libera e consapevole e che ragionevolmente è stata compiuta (specie considerando la gratuità che la caratterizza) nella convinzione della sua "eticità". È possibile che il riconoscimento del diritto alla conoscenza delle proprie origini possa ostacolare la praticabilità della fecondazione eterologa, rappresentando un disincentivo alla donazione. Tuttavia, come rilevato da attenta dottrina, escludere l'anonimato potrebbe concorrere a rendere maggiormente credibili spontaneità e gratuità della messa a disposizione dei gameti da parte del terzo. Soprattutto, tale argomento, fondato su valutazioni di tipo esclusivamente probabilistico/fattuale (piuttosto che giuridiche), non sembra possa giustificare la prevalenza del diritto all'anonimato del donatore rispetto al diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini.

3. Il diritto canonico non si occupa espressamente del tema della pma; alcuni autori ritengono che sarebbe necessaria una disciplina specifica. Non ritengo di avere la competenza per interloquire sul punto; mi limito a segnalare che le tecniche procreative sono oggetto di interventi del magistero e che quindi la mia riflessione si è mossa in base ad essi, svolgendosi pertanto de iure condito e non de iure condendo.

Partirei da una citazione di Papa Francesco nella *Amoris laetitia*, perché credo che esprima in modo chiaro e inequivocabile il sistema di valori cui si ispira la posizione della Chiesa: «La rivoluzione biotecnologica nel campo della procreazione umana ha introdotto la possibilità di manipolare l'atto generativo, rendendolo indipendente dalla relazione sessuale tra uomo e donna». Così «la vita umana e la genitorialità sono divenute realtà componibili e scomponibili, soggette prevalentemente ai desideri di singoli o di coppie». (n. 56) Quando la vita umana diventa "oggetto" di potere – sia esso quello dei genitori, dei medici o degli scienziati – si smarrisce la dignità e il bene di ogni donna, di ogni uomo e di ciascun bambino che viene al mondo”.

Rispetto alla fecondazione omologa il Magistero, e in particolare l'Istruzione *Donum vitae*, premesso il necessario e totale rispetto per l'embrione e l'inscindibile legame tra procreazione e atto coniugale, afferma che questa, anche qualora non comporti alcun rischio per l'embrione “rimane una tecnica moralmente illecita perché priva la procreazione umana della dignità che le è propria e connaturale”. Pertanto “la Chiesa rimane contraria, dal punto di vista morale, alla fecondazione omologa in vitro; questa è in se stessa illecita e contrastante con la dignità della procreazione e dell'unione coniugale, anche quando tutto sia messo in atto per evitare la morte dell'embrione umano. Pur non potendo essere approvata la modalità con cui viene ottenuto il concepimento umano nella FIVET, ogni bambino che viene al mondo dovrà comunque essere accolto come un dono vivente della Bontà divina e dovrà essere educato con amore.” E quindi “L'inseminazione artificiale omologa all'interno del matrimonio non può essere ammessa, salvo il caso in cui il mezzo tecnico risulti non sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale...Se il mezzo tecnico facilita l'atto coniugale o l'aiuta a raggiungere i suoi obiettivi naturali, può essere moralmente accettato. Qualora, al contrario, l'intervento si sostituisca all'atto coniugale, esso è moralmente illecito. L'inseminazione artificiale sostitutiva dell'atto coniugale è proibita in ragione della dissociazione volontariamente operata tra i due significati dell'atto coniugale”.

Ancora più netto il rifiuto della fecondazione eterologa: “La fecondazione artificiale eterologa è contraria all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio.(36) Il

rispetto dell'unità del matrimonio e della fedeltà coniugale esige che il figlio sia concepito nel matrimonio; il legame esistente tra i coniugi attribuisce agli sposi, in maniera oggettiva e inalienabile, il diritto esclusivo a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro(37). Il ricorso ai gameti di una terza persona, per avere a disposizione lo sperma o l'ovulo, costituisce una violazione dell'impegno reciproco degli sposi e una mancanza grave nei confronti di quella proprietà essenziale del matrimonio, che è la sua unità. La fecondazione artificiale eterologa lede i diritti del figlio, lo priva della relazione filiale con le sue origini parentali e può ostacolare la maturazione della sua identità personale. Essa costituisce inoltre una offesa alla vocazione comune degli sposi che sono chiamati alla paternità e maternità: priva oggettivamente la fecondità coniugale della sua unità e della sua integrità; opera e manifesta una rottura fra parentalità genetica, parentalità gestazionale e responsabilità educativa. Tale alterazione delle relazioni personali all'interno della famiglia si ripercuote nella società civile. Queste ragioni portano a un giudizio morale negativo sulla fecondazione artificiale eterologa: pertanto è moralmente illecita la fecondazione di una donna con lo sperma di un donatore diverso da suo marito e la fecondazione con lo sperma del marito di un ovulo che non proviene dalla sua sposa. Inoltre la fecondazione artificiale di una donna non sposata, nubile o vedova, chiunque sia il donatore, non può essere moralmente giustificata. Il desiderio di avere un figlio, l'amore tra gli sposi che aspirano a ovviare a una sterilità non altrimenti superabile, costituiscono motivazioni comprensibili; ma le intenzioni soggettivamente buone non rendono la fecondazione artificiale eterologa né conforme alle proprietà oggettive e inalienabili del matrimonio né rispettosa dei diritti del figlio e degli sposi."

4. Dalla brevissima illustrazione appena delineata, la diversità tra ordinamento statale e canonico emerge con chiarezza. La questione è se, appurata, o meglio ribadita, questa prevedibile diversità, vi sia qualche spazio per una riflessione ulteriore. C'è tra ordinamento statale e ordinamento canonico una diversità di fondo, uno ammette, l'altro nega legittimità alla pratica della fecondazione assistita. E si potrebbe aggiungere – e non si tratta di differenza di poco momento -, l'uno negherà sempre, perché non indirizzato, legato, nelle proprie scelte a maggioranze mutevoli. Una diversità ulteriore si può a mio avviso rintracciare nelle diverse problematiche che si ricollegano al ricorso alle tecniche procreative proibite.

Rispetto al diritto canonico, qualora i coniugi decidessero di ricorrere pratiche di pma si potrebbero porre in primo luogo problemi circa la validità del matrimonio. Secondo la prevalente dottrina se i coniugi hanno sin dal momento della celebrazione dell'atto intenzione di procreare solo attraverso tecniche di pma, che sarebbe pertanto sostitutiva dell'atto coniugale, sia pure attraverso la fecondazione omologa, il matrimonio è invalido, in quanto si esclude il diritto/dovere agli atti coniugali idonei alla procreazione. L'uso di tali tecniche potrebbe inoltre riflettersi sulla validità del matrimonio qualora il ricorso ad esse abbia alterato l'immagine di uno dei due nubendi presso l'altro (per esempio uno dei due sia ricorso alle tecniche di procreazione assistita prima del matrimonio e l'abbia tenuto nascosto all'altra parte). Non incide invece sulla validità del matrimonio il fatto che i coniugi, nel corso della convivenza sponsale si siano avvalsi concretamente di queste tecniche, senza averlo previamente progettato al momento delle nozze. In questo caso, infatti, si tratta di comportamenti illeciti, se le tecniche adottate sono contrarie ai beni giuridici del matrimonio, ma che non fanno venire meno la validità del matrimonio.

Nell'ordinamento statale, anche prima che fosse disciplinata la pma e vigente il divieto di fecondazione eterologa, o perdurante il divieto di ricorso alla pma post mortem non si è invece mai posto un problema di invalidità del matrimonio, che potrebbe a ben vedere anche non esserci, posto che il legislatore ammette alla pratica anche soggetti non uniti in matrimonio.

Il problema per il diritto statale riguarda essenzialmente lo status del nato.

Per esempio, in una famosa e non più recentissima sentenza del 1999 era stato portato all'esame della corte di Cassazione il caso di un marito che, dopo avere espresso il suo consenso alla fecondazione eterologa della moglie aveva poi tentato di disconoscere il nato. La Corte, con una sentenza importante, articolata e ampiamente argomentata aveva negato tale possibilità di disconoscimento (Cass. 16 marzo 1999, n. 2315).

Diverso il caso in cui invece la donna sia ricorsa a tali tecniche a insaputa del marito. Sul punto, si è espressa di recente la Corte di Cassazione, la quale, richiamandosi alla precedente giurisprudenza (Cass. 11 luglio 2012, n.11644) si è pronunciata nel senso che il ricorso alle tecniche di fecondazione da parte della donna coniugata all'insaputa del marito corrisponde ed è equiparabile all'adulterio (Cass. 28 marzo 2017, n. 7965). In entrambi i casi, infatti, la gravidanza ed il figlio o figlia che ne siano il frutto sarebbero "risultato" di un'azione posta in essere dalla moglie senza renderne edotto il coniuge, che pertanto – sia a seguito di un adulterio, che a valle di un intervento di fecondazione – non sarebbe stato messo nelle effettive condizioni di sapere di non essere, di fatto, il padre del nascituro.

Altro caso posto all'attenzione della giurisprudenza è quello della fecondazione post mortem. In merito alla sua ammissibilità, la dottrina è divisa. Alcuni autori, muovendo dagli artt. 29 e 30 Cost., sottolineano la rilevanza costituzionale del diritto del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto dai propri genitori. Ritengono quindi gli accordi intercorrenti fra i vari soggetti volti a realizzare la fecondazione artificiale dopo la morte del marito illeciti, in quanto il nato sarebbe "strutturalmente" privo della figura paterna. D'altra parte, invece, vi è chi, considerando come indebite le ingerenze dell'ordinamento in questa materia perviene a soluzioni diverse, insistendo sui principi di libertà sessuale e di trasmissione della vita.

La questione si è posta all'attenzione della giurisprudenza sotto il profilo dello status del nato e la Suprema Corte, con la sentenza 15 maggio 2019, n. 1300, ha affermato l'applicabilità dell'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di pma, anche all'ipotesi di fecondazione post mortem, realizzata mediante l'utilizzo del seme crioconservato del padre che, dopo aver prestato il proprio consenso all'accesso alla procedura, era deceduto prima della fecondazione dell'embrione.

5. Rispetto alla maternità surrogata la questione si pone in termini, almeno parzialmente, diversi, perché ambedue gli ordinamenti convergono nel rifiuto, che potrebbe apparire scontato per il diritto canonico ma che è affermato anche da quello statale. L'art. 12, c. 6, della l. 40/2004 afferma infatti con chiarezza che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro". Il divieto è stato poi, in più di una occasione, ribadito anche dalla Corte costituzionale. Per esempio nella sentenza n. 162 del 2014, prima citata, nel dichiarare la illegittimità del divieto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in presenza di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, la Corte precisava che la norma che vieta la maternità surrogata "in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia conservando quindi perdurante validità ed efficacia". Il dettato normativo non sembrerebbe quindi lasciare molto spazio a discussioni circa la ammissibilità della pratica.

L'assolutezza del divieto – difesa in modo trasversale non solo dall'area per cd cattolica ma anche da molti movimenti femministi - è tuttavia messa da alcuni autori in discussione. Il dibattito è molto complesso e in questa sede può essere solo accennato. Semplificando al massimo, si può dire che sul solco di quanto previsto in altre esperienze giuridiche - alcune, come il Portogallo, abbastanza vicine alla nostra tradizione giuridica -, parte della dottrina ha proposto di legittimare il

ricorso alla maternità surrogata cd solidaristica, sia perché reputata compatibile con il sistema valoriale sia per evitare il “turismo procreativo” e garantire adeguata tutela alla gestante.

Il modello non viene declinato in modo univoco e le differenze non sono certo di dettaglio. Alcuni si limitano a ritenere sufficiente per tutelare l'autonomia della donna che la stessa non riceva alcun corrispettivo, ma un semplice “rimborso”, oltre al pagamento di tutte le spese sanitarie, da corrispondere indipendentemente dal raggiungimento del “risultato” e che non le sia imposto un particolare comportamento da tenere durante il periodo della gravidanza, per esempio non prendere l'aereo, non fumare, non bere, o evitare alcuni cibi. Altri ritengono che la gestante dovrebbe poter decidere autonomamente circa l'interruzione volontaria della gravidanza e, eventualmente, le dovrebbe essere consentito di scegliere al termine della gestazione di tenere con sé il bambino, senza naturalmente essere per questo penalizzata dal punto di vista economico. Ammettendo che il possibile sfruttamento della donna rappresenti davvero la ragione ultima del divieto, occorre chiedersi se questo possa essere effettivamente evitato limitando il divieto stesso alla maternità surrogata commerciale ma consentendo quella gratuita. Se cioè, in altri termini, la gratuità della gestazione sia in grado di garantire alla donna quella autonomia decisionale che potrebbe risultare offuscata qualora questa agisse spinta dal bisogno economico, evitandone così lo sfruttamento.

La soluzione che, in base a tali premesse, ammette la maternità surrogata su base solidaristica non sembra affatto convincente. Per molte ragioni che in questa sede possono essere solo accennate: perché è difficile distinguere il rimborso tra un indennizzo (a sua volta molto difficile da distinguere da un corrispettivo); perché le donne disposte a portare avanti una gravidanza per altri autenticamente solidali saranno sempre poche, e quindi il cd turismo procreativo non sarà affatto eliminato; perché la pratica offende, come affermato dalla Cassazione non solo la dignità della gestante ma la dignità di tutte le donne (Cass. SU, 30 dicembre 2022, n. 38162); nonché, e forse soprattutto, perché offende la dignità del nato, che diventa un oggetto commissionato da consegnare.

6. La convergenza nel rifiutare la pratica della maternità surrogata rende il confronto tra i due ordinamenti, statutale e canonico, per certi aspetti più difficile, in quanto o si ritiene che non vi sia tra i due alcuna differenza o occorre individuarla al di là del divieto che caratterizza ambedue. Una differenza che a mio avviso non può essere sottaciuta consiste nella maggiore “solidità” e anzi immutabilità del divieto per l'ordinamento canonico. Rispetto al diritto statutale, invece, l'ammissibilità, sia pure condizionata, della pratica, è oggetto di discussione.

Volendo trarre delle conclusioni direi che la distanza tra ordinamento statutale e canonico rispetto alla pma globalmente intesa risulta difficilmente colmabile e pare anzi destinata forse ad accentuarsi. Rispetto a tecniche procreative che divengono sempre più manipolative, l'ordinamento statutale, a differenza di quello canonico, si mostra infatti “possibilista”, non riuscendo la nostra attuale cultura a distinguere con chiarezza tra desideri e diritti e soprattutto, non riuscendo a trarre da tale distinzione conseguenze nette sul piano normativo.

Ordinamento statutale e ordinamento canonico possono invece trovare un terreno comune nell'accoglimento del figlio, nel best interest del minore che rappresenta un criterio guida per l'ordinamento statutale e nel favor filiationis cui è da sempre ispirato l'ordinamento canonico e che tuttavia è messo per cd a “dura prova” laddove si tratti di applicare tale principio in caso di coppia genitoriale dello stesso sesso. Ma questo potrebbe essere oggetto di un'altra relazione.