



Cesare Massimo Bianca

Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*

SOMMARIO: 1. Il dibattito suscitato dal fenomeno della inseminazione artificiale e le sollecitazioni per una regolamentazione normativa.- 2. L'ammissibilità della inseminazione eterologa tra i principali punti di dissenso. - 3. L'ipotesi di un'organica legislazione sociale e il pericolo di una nuova discriminazione sociale insito in questo tipo di intervento. - 4. La disciplina delle pratiche di inseminazione. L'anonimato del donatore. Il problema dei divieti: manipolazioni genetiche e pratiche inseminative finalizzate alla vita. - 5. Lo stato delle persone. Il consenso alla inseminazione. Le presunzioni di paternità. Esigenza di proclamare un unico stato di figlio. - 6. Madre uterina e madre genetica.

* In ricordo di Cesare Massimo Bianca (1932-2020), emerito di Diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, è qui riproposto il saggio pubblicato nel 1988 sul “numero zero” di Nomos – Le attualità del diritto (“Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano”, apparso anche su *Dir. fam.*, 1987 e, nel 2002, nella raccolta degli scritti dell'illustre civilista, *Realtà sociale ed effettività giuridica*).

Il fascicolo “pilota” del 1988 segnava l'esordio della Rivista: pubblicata nella sua prima stagione dall'Istituto poligrafico dello Stato (prima sotto la direzione di Giuseppe La Loggia ed il coordinamento di Temistocle Martines; poi di Vincenzo Cappelletti e Fulco Lanchester rispettivamente). Dal 2012 Nomos, sotto la direzione di Fulco Lanchester, è migrata nel web, divenendo un punto di riferimento per la comunità degli studiosi. Persiste l'ispirazione originaria, rivolta alle radici storiche e teoriche del fenomeno giuridico, in una prospettiva attenta all'effettività. Il medesimo spirito ha largamente caratterizzato l'impostazione culturale e metodologica del Professor Bianca, la cui ampia attività scientifica dai temi tradizionali del diritto civile si è estesa ai nuovi profili tematici, e ha affrontato le questioni sorte dalle innovazioni della tecnica, tra cui le più impegnative sono poste al giurista - ancor oggi - dallo sviluppo del digitale e della genetica.

Il saggio su “genetica e diritto”, a distanza di decenni, contiene spunti fecondi di riflessione e individua nodi problematici tuttora dibattuti dagli interpreti e portati all'esame delle corti nazionali e sovranazionali. Rievocare, attraverso la sua pubblicazione, l'incontro tra la Rivista ai suoi albori e il Professor Bianca è parso il modo più adatto per rendere omaggio al Maestro ora scomparso.

[Roberto D'Orazio]

1. Il dibattito suscitato dal fenomeno della inseminazione artificiale e le sollecitazioni per una regolamentazione normativa

L'affinarsi delle tecniche e il diffondersi della loro pratica attraverso centri clinici specializzati sempre più numerosi rendono la fecondazione artificiale un fenomeno del nostro tempo. Clamorosi episodi giurisprudenziali hanno segnalato alla pubblica opinione alcuni tra i gravi problemi etici, sociali e giuridici suscitati da tale fenomeno, e l'incertezza su risposte che almeno in taluni casi la coscienza sociale non sembra essere pronta ad offrire.

La crescente attenzione dei politici e degli studiosi è attestata dal susseguirsi di inchieste, studi, proposte, documenti.

Particolarmente importanti rimangono al riguardo il rapporto presentato nel luglio del 1984 dalla Commissione Warnock, nominata dal Governo inglese per un'analisi della questione nei suoi vari aspetti socio-giuridici¹, nonché i rapporti presentati nel 1979², nel 1981³ e nel 1984⁴ dalle Commissioni del Consiglio d'Europa. In Italia una Commissione ministeriale ha presentato due articolati suggeriti come proposte di legge⁵. Si segnalano poi qualificate ricerche dottrinarie, spesso interdisciplinari⁶, i convegni tenuti a Roma nel dicembre del 1984⁷, a Verona nell'ottobre del 1986⁸ e a Genova nel giugno 1987⁹, nonché le Giornate canadesi 1987 dell'Associazione H. Capitant¹⁰.

¹ *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology*. La Commissione prende il nome dalla sua Presidente, Mary Warnock. Il testo integrale del rapporto è riportato anche in WARNOCK, *A question of life*, Witstable, 1985.

² Progetto di raccomandazione e relazione presentati il 5 marzo 1979 da un Comitato di esperti del Consiglio di Europa e approvati dal Comitato europeo di cooperazione giuridica (vedine il testo francese in ASCONE e ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro Paese*, Napoli, 1986, 161).

³ Progetto di raccomandazione presentato il 22 settembre 1981 dalla Commissione delle questioni sociali e della sanità (vedine il testo francese in ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 169).

⁴ Rapporto redatto nei giorni 9-12 ottobre 1984 dal Gruppo di lavoro del Comitato di esperti sui problemi etico-legali concernenti la genetica umana (vedine il testo inglese in ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 183).

⁵ Vedine il testo in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Atti del Convegno di Verona 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1977, 303 s.; in ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 91 s.; in *Giur. it.*, 1986, IV, 33 s. La Commissione è stata presieduta da Santosuosso, il quale si era occupato della procreazione artificiale in un lavoro monografico del 1961 (*La fecondazione artificiale della donna*, Milano), ed è tornato più di recente sul tema con un nuovo lavoro monografico (*La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1985).

⁶ ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 7, danno notizia di un Convegno, tenuto nel giugno 1986, organizzato dall'Istituto di sociologia dell'Università di Parma.

⁷ Si tratta del XXXV Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici, i cui atti sono stati pubblicati nel volume *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986.

⁸ Vedine gli atti nel cit. *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*.

⁹ Si tratta del segnalato Convegno «La procreazione artificiale tra etica e diritto».

¹⁰ Gli atti di queste *Giornate* sono in corso di pubblicazione.

2. L'ammissibilità della inseminazione eterologa tra i principali punti di dissenso

L'interrogativo preliminare che divide la dottrina è se la fecondazione artificiale debba avere una disciplina legislativa¹¹. L'orientamento nettamente prevalente è nel senso che occorra un intervento normativo e le pressioni manifestate da più parti e in varie sedi lasciano prevedere che in tempi relativamente brevi si giungerà in diversi Stati ad una disciplina della materia¹², anche se in Europa Occidentale attualmente solo la Svezia vanta una normativa organica (per altro ridotta all'essenziale)¹³.

Alla legge si dovrebbe intanto affidare la scelta di fondo se lasciar libero o limitare al massimo¹⁴ il ricorso alla fecondazione artificiale¹⁵. Nel grave contrasto sul punto,

¹¹ Sul punto v. le riflessioni di RESCIGNO, *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 44 s., il quale avverte l'esigenza di dare rilevanza a regole di ordinamenti intermedi, più vicini a taluni problemi di comportamento, come l'ordinamento deontologico medico. Secondo un sondaggio pubblicato da *Le Monde (dossiers et documents)* dell'aprile 1987 (n. 143), quasi due francesi su tre sono favorevoli alle nuove tecniche di procreazione artificiale mentre tre su quattro reputano che queste debbano essere riservate *à des fins thérapeutiques*. Sempre la grande maggioranza reputa preferibile affidare ai medici e non al Parlamento le soluzioni ai problemi suscitati da tali tecniche. Ma rileva BENDA, *Humangenetik und Recht. Eine Zwischenbilanz*, in *NJW*, 1985, 1730 s., che mentre può anche ammettersi che la regolamentazione di ciò che rientra nell'ambito di un'attività professionale sia delegata allo stesso ordine professionale, è il potere legislativo che deve fissare i limiti entro i quali l'attività può essere esercitata. Analogamente sul punto v. DEUTSCH, *Artifizielle Wege menschlicher Reproduktion: Rechtsgrundsätze Konservierung von Spermia, Eiern und Embryonen; Künstliche insemination und ausserkörperliche Fertilisation; Embryo transfer*, in *MDR*, 1985, 177 s.

¹² Per un ampio esame comparativo di dati normativi, giurisprudenziali e dottrinari, v. GANDOLFI, *Profili civilistici della «fecondazione artificiale (Spunti problematici emersi di recente in Europa)»*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 84: un'impressione, che sembra ricavabile da un esame globale di questi fatti, è che fra i giuristi europei sia ormai diffusa la persuasione che il fenomeno stesso esiga un intervento di ordine legislativo: oculato, e tuttavia non differibile nel tempo. Una siffatta convinzione è venuta sostituendosi all'idea che il problema si risolva sul piano etico-deontologico: essa è venuta gradatamente maturando in tempi recenti, col progressivo intensificarsi del fenomeno e soprattutto per effetto della capacità che esso ha rivelato di assumere degli aspetti nuovi, che sono stati giudicati preoccupanti. Per una rassegna degli interventi normativi in materia, v. *L'inseminazione artificiale*, a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati, 1986.

¹³ Il testo della legge 20 dicembre 1984 è tradotto in ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 190.

¹⁴ Questa posizione di chiusura si riscontra nell'istruzione della Congregazione per la dottrina della fede (presieduta dal Cardinale Ratzinger), resa pubblica il 10 marzo 1987. Nella dottrina francese soluzioni fondamentalmente contrarie alla tesi liberale sono espresse, tra gli altri, da KAYSER, *Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle*, in *Recueil Dalloz*, 1987, *Chron.* 189 s., il quale giunge a definire la donazione del seme genetico illecita per l'oggetto (si tratterebbe infatti di una donazione di paternità) e per la causa, avendo come motivo determinante quello di conferire al nascituro una paternità legale diversa da quella reale.

¹⁵ La tesi contraria alla proclamazione del diritto di libertà sessuale artificiale ha un autorevole esponente in Alberto Trabucchi, il quale scrive, tra l'altro: «che si debba riconoscere una libertà di fabbricare, a proprio nome, degli uomini anche ricorrendo alla potenza genetica altrui, appare veramente affermazione del tutto priva di fondamento. Nessuno può pretendere che la società gli consenta di creare per conto proprio uomini nuovi ricorrendo a ogni mezzo che la tecnica può fornire! Se tale diritto esistesse, nessuno potrebbe poi mettere limiti alla sua esplicazione consentendo di spargere fonti di vita per generazioni di esseri umani. Ugualmente non si potrebbe far rientrare come esplicazione di libertà la pretesa di ricorrere a metodi artificiali nella prospettiva terapeutica di un rimedio alla sterilità; la nascita di un uomo non può mettersi sul piano della soddisfazione per surrogato di un desiderio per natura assurdo in quanto non raggiungibile» (*Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 3 s.). In tema v. inoltre il PALAZZO, *Esperienze straniere raccomandazioni del Consiglio d'Europa e prospettive per la regolamentazione in Italia della fecondazione in vitro*, in *Quadr.* 1984, 666 s.: «da

emerso da noi anche dai lavori della Commissione Santosuosso, sembra prevalere l'orientamento più liberale.

In particolare, sembra prevalere il riconoscimento che il ricorso alla inseminazione non deve essere limitato al caso di inseminazione operata col seme del marito (c. d. omologa)¹⁶. Si ammette, cioè, che donatore possa essere persona estranea alla coppia [inseminazione c.d. eterologa]¹⁷¹⁸.

Rimane tuttavia da vedere se alla donna possa riconoscersi la libertà di ricorrere alla inseminazione artificiale a prescindere dallo stato coniugale. La soluzione più restrittiva ammette alla inseminazione solo la donna maritata, col consenso del marito¹⁹. Quella più liberale riconosce anche alla donna sola la libertà di ricorrere alla inseminazione²⁰. Altra soluzione intermedia richiede che l'inseminazione debba essere voluta da marito e moglie o quanto meno da una coppia di coniugi di fatto²¹.

fecondazione *in vitro* presenta... in negativo la possibilità di agevolare una procreazione in contrasto con l'interesse fondamentale della persona a nascere nella famiglia legittima e a ereditare un patrimonio genetico in alcun modo manipolato. Essa... non può essere quindi impiegata a fini eterotoghi perché urta contro i principi degli art. 2, 29 e 32 Cost.» L'art. 29, rileva ancora il PALAZZO, «intanto può definire la famiglia società naturale in quanto è fondata su un fatto giuridico quale il matrimonio che garantisce la procreazione unitiva-procreativa con il carattere giuridico caratterizzato dalla volontarietà e dagli impegni che ne derivano».

¹⁶ Ammessa generalmente la liceità della inseminazione omologa si pone piuttosto il problema se essa possa costituire oggetto di una legittima pretesa del coniuge nei confronti dell'altro. Sul problema v. il T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemie prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 10 s., il quale giustifica la soluzione negativa in considerazione dei rilevanti interessi della persona che una tale pratica coinvolge.

¹⁷ La terminologia non è ancora certa. V. al riguardo le precisazioni di ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 40.

¹⁸ Nella nostra dottrina v. già LOJACONO, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXI. Milano, 1971, 756: «ci sembra che nel seno di una famiglia sia da considerare innaturale la mancanza di figli e non il conseguimento di questi ultimi mercé l'impiego di ogni tecnica sanitaria disponibile; e che a proteggere il carattere naturale della società coniugale valga di più il rispetto dell'autonomia della famiglia in quel che di più intimo e al tempo stesso di più conforme allo scopo istituzionale dell'unione lega i coniugi, anziché l'intervento della legge con grave pregiudizio... di quei diritti individuali e sociali che, anche nell'ambito familiare, vengono al singolo riconosciuti a tutela della personalità e di ogni sua più diretta ed essenziale proiezione».

¹⁹ Cfr., ad es., l'art. 25 della seconda proposta della Commissione Santosuosso. In dottrina v., tra gli altri, SERIAUX, *Droit naturel et procréation artificielle: quelle jurisprudences?* in *Recueil Dalloz* 1985, *Chron.*, 53 s.

²⁰ Cfr., ad es., l'art. 3 del disegno di legge Malagodi e altri (17 aprile 1985), dove si prevede che l'inseminazione possa essere richiesta da donna nubile.

Secondo una legge croata del 21 aprile 1978, come tradotta e riportata in *L'inseminazione artificiale*, 79, il diritto di usufruire della inseminazione artificiale è riconosciuto ad ogni donna adulta, in buona salute e in età di procreare. In Francia il diritto di inseminazione era riconosciuto alla donna nubile dalla proposta di Caillavet e Mézard, che, sul punto, incontrava tuttavia l'opposizione della *Commission des Affaires Sociales* presieduta da Schwint. Nella nostra dottrina v. già LOJACONO, ult. cit.: alla donna nubile va riconosciuto sul piano giuridico il diritto così di esercitare la propria libertà sessuale, come di trasmettere la vita anche al di fuori del vincolo matrimoniale non potendosi impedirle l'esercizio di diritti aventi un'irriducibile portata personale e comunitaria e perciò tutelati sul piano giuridico.

²¹ V. al riguardo AULETTA, cit., 16, il quale rileva che la limitazione della fecondazione artificiale solo a coppie sposate potrebbe giustificarsi con una probabile maggiore stabilità della famiglia, ma, anche alla luce della normativa sul divorzio, la stabilità della famiglia sembra costituire situazione ottimale per soddisfare le esigenze dei suoi membri piuttosto che interesse giuridicamente protetto degli stessi.

E' questa la soluzione codificata dalla legge svedese²² e proposta in più di uno dei progetti di legge presentati in Italia nella scorsa legislatura.

Altra forte, e prevalente, tendenza restrittiva è quella diretta ad escludere la liceità del trapianto dell'ovulo fecondato, con la conseguente gestazione della gravidanza da parte di una madre uterina diversa dalla madre genetica. L'opinione contraria al c.d. «affitto del grembo» riposa sulla stessa istanza etica che si ritrova alla base dell'idea dello stato coniugale quale requisito necessario della inseminazione. L'orientamento che restringe ai soli coniugi o stabili conviventi la possibilità di ricorrere all'inseminazione tiene invece conto principalmente dall'esigenza che il figlio si ritrovi inserito in un ambiente familiare completo²³. Verrebbe violato, si è detto ancora, il diritto della persona ad avere un padre²⁴, e in particolare il diritto costituzionale del figlio all'istruzione, educazione e mantenimento da parte di ambedue i genitori²⁵.

Non è mancato chi ha colto uno stretto collegamento tra inseminazione e adozione, quali mezzi diversi finalizzati al superamento di un impedimento naturale alla filiazione. In particolare, la seconda proposta Santosuosso esige la verifica che i richiedenti siano idonei ad educare e mantenere il figlio (art. 25, 2° comma) e se sussistono concrete possibilità di adozione subordina al loro previo esperimento la possibilità di ottenere l'autorizzazione a ricorrere alla pratica dell'inseminazione (art. 26)²⁶.

3. L'ipotesi di un'organica legislazione sociale e il pericolo di una nuova discriminazione sociale insito in questo tipo di intervento

L'opzione favorevole ad un'ampia libertà di inseminazione artificiale, legittimata in base alla preminenza del valore della vita, può tradursi in una normativa che risolva puntualmente tutti i possibili interrogativi pratici ovvero in una normativa ridotta ad alcuni principi basilari.

²² Art. 2: E' consentito effettuare l'inseminazione soltanto sulla donna sposata oppure convivente *more uxorio* con un uomo. Per l'inseminazione è richiesto il consenso scritto del coniuge o del convivente.

²³ ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 40, reputano che la difficoltà reale sia piuttosto da ravvisare nel principio che limita le tecniche inseminative ai casi di sterilità: nell'ipotesi di donna fertile e sola mancherebbe la tutela della salute sotto il profilo di un'eventuale sterilità da superare.

²⁴ Cfr. LABRUSSE-RIOU, in *Des motifs d'espérer? La procréation artificielle*, Paris, 1986, 131.

²⁵ Cfr. AULETTA, cit., 16.

²⁶ Ma v. criticamente BUSNELLI, *Connessioni con la disciplina dell'aborto e dell'adozione*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 126: inaccettabile è la subordinazione dell'accoglimento di una richiesta di inseminazione artificiale alla verifica della previa impossibilità di ricorrere all'adozione. Il BUSNELLI critica anche il tentativo, fatto proprio dalla Commissione Santosuosso, di introdurre una sorta di adozione prenatale (art. 24, seconda proposta). La critica attiene all'incoerenza di una tale previsione. Occorrerebbe piuttosto una revisione generale dell'istituto dell'adozione che desse riconoscimento alla dichiarazione di adottabilità fondata sulla dichiarazione di volontà dei genitori.

L'orientamento verso l'uno o l'altro tipo di intervento legislativo dipende dall'accertamento di quali siano le reali «lacune» create dall'insorgenza del fenomeno dell'inseminazione artificiale per le quali si rendono necessarie nuove disposizioni normative.

Va comunque detto che l'emanazione di una legge che avesse la pretesa di offrire una regolamentazione completa della inseminazione artificiale in tutti i suoi aspetti presenta il serio pericolo di dar luogo ad una legislazione speciale e, con essa, ad uno statuto speciale del nato artificiale. Ciò aprirebbe facilmente la via ad una nuova discriminazione sociale, già emergente del fatto stesso di dare formale rilevanza alla «diversità» o all'«anomalia» delle origini della persona²⁷.

L'esigenza di evitare un diritto speciale dei figli nati a seguito di procedimenti tecnico-genetici induce piuttosto a privilegiare un intervento normativo che disciplini a parte l'organizzazione e l'espletamento del servizio pubblico e privato delle pratiche inseminative (forme e requisiti per l'ammissione a tali pratiche, raccolta del materiale genetico, ecc.) e lascia poche ed essenziali norme integrative del codice gli aspetti attinenti allo stato delle persone.

4. La disciplina delle pratiche di inseminazione. L'anonimato del donatore. Il problema dei divieti: manipolazioni genetiche e pratiche inseminative finalizzate alla vita

Una questione che riguarda le pratiche di inseminazione ma tocca anche lo stato delle persone, e sulla quale si discute vivamente, è quella concernente il diritto all'anonimato. Il diritto all'anonimato dovrebbe tutelare non tanto l'interesse del donatore a non essere coinvolto da un rapporto di paternità non voluto quanto piuttosto l'interesse del figlio a non essere esposto al turbamento di «verità» estranee al rapporto instaurato con il suo nucleo familiare. Più che ribadire l'obbligo del segreto da parte di coloro che nell'esercizio della loro professione vengono a conoscenza della persona del donatore (art. 622 cod. pen.) si dovrebbe piuttosto cancellare ogni traccia documentale e anagrafica dell'avvenuta donazione. Occorre tuttavia dare atto di una tendenza che, pur sempre nell'interesse del figlio, prevede in capo a quest'ultimo il diritto di conoscere l'identità del donatore²⁸.

Il riconoscimento di un tale diritto, se lo si ammette, non può essere fine a se stesso. La scoperta di un diverso rapporto genetico dovrebbe consentire al figlio di

²⁷ Richiamiamo al riguardo la nostra relazione (*Stato delle persone*) in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 104 s.

²⁸ Questo diritto all'informazione da parte del figlio è testualmente previsto dalla legge svedese (art. 4): il bambino concepito mediante inseminazione ai sensi dell'articolo 3 ha diritto, non appena raggiunta la maturità sufficiente, a conoscere le informazioni relative al donatore annotate nel registro speciale dell'ospedale. Un movimento volto tra l'altro a rendere trasparente la donazione è segnalato da GUINAND, *La vérité dans le droit des personnes* (relazione inedita presentata alle *Journées canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant*).

disconoscere la paternità del marito o del compagno della madre così come lo legittima in generale la scoperta della vera identità del padre naturale. Una autorevole dottrina nega tuttavia che la mera donazione del seme sia titolo di paternità: il puro accertamento della provenienza biologica resta al di fuori del rapporto giuridico padre-figlio, occorrendo piuttosto ad integrare tale rapporto l'elemento dell'autoresponsabilità che è proprio dell'atto di concepimento²⁹. Altra motivazione afferma l'esigenza di evitare che un atto di generosità del donatore si traduca in una fonte di responsabilità verso il nato³⁰.

Sempre per quanto attiene alla regolamentazione delle pratiche di inseminazione, anche la tesi più liberale non esclude la prospettiva di limiti legali a tali pratiche³¹. L'esperienza insegna per altro ad essere cauti nel sancire divieti che non hanno effettivo riscontro nella coscienza sociale. Una legge penale è stata emanata di recente nel Regno Unito, ma essa concerne solamente l'aspetto della contrattazione e della commercializzazione delle pratiche di inseminazione artificiale³².

Punti di convergenza in ordine a divieti legislativi in materia possono rinvenirsi con riguardo ai trattamenti sperimentali e alle manipolazioni volte ad alterare l'identità del nascituro, salvo quelle strettamente finalizzate alla salute della persona. Il fine della ricerca scientifica non deve comunque incidere sul processo della vita già iniziato³³. Se si abbandona una ferma posizione di principio sulla tutela dell'embrione³⁴, si apre il problema del quando avrebbe

²⁹ Cfr. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 620 s., e *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, cit. 9 s. V. anche la voce *Inseminazione artificiale*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 733 s. Nel senso che la nozione di procreazione non implichi l'*actio naturae* v. invece, ALPA, *Appunti sulla inseminazione artificiale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 344. Per la preminenza della paternità genetica si pronuncia PAULETTA, cit., 47 s. V. in oltre N. COVIELLO, ult. cit., secondo il quale la tutela costituzionale del rapporto di paternità e di maternità prescinde dal modo di concepimento e dal parto.

³⁰ V. sul punto ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 35 s.

³¹ Scrive PATTI, *Vérité et état juridique de la personne* (relazione inedita presentata alle *Journées canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant*) che occorre garantire la libertà dell'uomo di servirsi dei mezzi della tecnica per la realizzazione di finalità meritevoli di tutela, come giustamente può essere considerata la fecondazione; d'altra parte occorre anche identificare diritti e interessi protetti che impongono di segnare dei limiti a quella libertà.

³² Si tratta del *Surrogacy Arrangements Act* del 16 luglio 1985.

³³ V. al riguardo PAULETTA, cit., 28 s.

³⁴ Sulla ricerca di uno statuto giuridico dell'embrione, v. P. ZATTI, *Inseminazione omologa ed eterologa, fecondazione e trattamento di gameti ed embrioni*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 69 s., il quale ritiene che il problema di tutela dell'embrione, quale problema di protezione della vita umana «fin dal suo inizio», non possa essere impostato e risolto sulla base della qualificabilità o meno dell'embrione in termini di persona. Per l'analisi degli aspetti strettamente biologici ZATTI, *La prospettiva del biologo (statuto biologico dell'embrione)*, ivi, 180 s.

Nel senso che l'embrione, come il feto, debba riconoscersi e tutelarsi *comme une personne humaine potentielle*, si pronuncia il *Comité consultatif national d'éthique* (nominato il 23 febbraio 1983), come riferisce MÉMETAU, *Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélèvements sur embryons et foetus)*, in *J.C.P.*, 1985, 3191. In tema v. già PALAZZO, cit., 666, il quale reputa «non aderente alla realtà costituzionale la distinzione tra tutela dell'individuo appena concepito e tutela della personalità, e viceversa più sicura la derivazione dall'art. 2 Cost., sia della norma del 1° comma dell'art. 32, sia di quella dell'ultima parte del 2° comma dello stesso articolo, ove il trattamento sanitario, a scopi terapeutici o scientifici «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Ciò posto, appare evidente la tutela apprestata dal nostro ordinamento a quell'entità concepita che contiene in sé tutte le componenti della persona.

inizio tale tutela: problema che conduce all'arbitraria soluzione di fissare un determinato termine entro il quale sarebbe lecito sacrificare il prodotto del concepimento³⁵. Per il nostro ordinamento non varrebbe richiamare la legge sull'aborto. Questa, anzi, riconosce che l'embrione ha un diritto fondamentale alla vita: diritto che cede solo di fronte alla madre, in quanto contrasti col suo diritto alla salute. L'embrione che non coinvolge il preminente interesse della donna destinata a partorire esige pertanto una protezione giuridica incondizionata.

Anche la conservazione degli elementi genetici dovrebbe essere consentita al solo fine di renderne possibile la tempestiva utilizzazione. Ragioni diverse, quali il desiderio dei genitori di ritardare la nascita, vanno considerate come immeritevoli di tutela, mentre il fine della ricerca scientifica non potrebbe comunque incidere sul processo della vita già iniziato.

Ammettere la possibilità di conservare il materiale genetico solo per ritardare la nascita creerebbe, tra gli altri, il problema dei tempi di conservazione (se la fecondazione o la gestazione possano essere rinviate a tempo indefinito o fino al tempo consentito dall'attuale tecnica). Si aggraverebbe inoltre il problema della sorte del seme quando il genitore potenziale sia deceduto³⁶ o non intenda più disporre. Questo problema andrebbe comunque risolto consentendone l'utilizzazione alla moglie superstite o alla convivente stabile quali portatrici di un rilevante interesse morale a realizzare la nascita programmata. In mancanza, l'utilizzazione dovrebbe essere consentita ad altre richiedenti, escludendo comunque ogni decisione arbitraria di eliminazione. Suscitano gravi perplessità, poi, le proposte volte a selezionare e a discriminare³⁷ le persone dei richiedenti sulla

³⁵ Discutibile, in particolare, è il termine di quattordici giorni suggerito dal rapporto Warnock: entro tale termine potrebbe essere autorizzato il trattamento sperimentale dell'embrione in quanto non sarebbe ancora iniziata la formazione del sistema nervoso. Nella dichiarazione di dissenso di Carriline e altri (*A question of life, cit.*, 90s.) si rileva tra l'altro che poiché gli embrioni hanno la potenzialità di divenire persone, le finalità di ricerche contro l'infertilità o del progresso del sapere non possono comunque giustificare la soppressione.

Per una chiara indicazione v. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in *Manipolazioni genetiche e diritto*, cit., 164 s.: «L'embrione non è più una parte staccata del proprio corpo, come il seme o l'ovulo, ma un essere umano con potenzialità, un uomo in divenire, un soggetto *in fieri*». E oltre: «...possono essere effettuati sugli embrioni gli stessi esperimenti o trattamenti che possono essere fatti sull'uomo, e, viceversa, non possono essere effettuati sugli embrioni quegli esperimenti o trattamenti vietati per l'uomo».

³⁶ Soluzione radicalmente negativa è data dalla seconda proposta Santosuosso (art. 16): È vietata l'utilizzazione dei gameti dei coniugi, o di embrioni con essi realizzati, dopo la morte di un coniuge nonostante un suo eventuale consenso scritto, o pronunce di scioglimento e annullamento del matrimonio, nello stato di separazione legale o di fatto, nonché nel corso dei giudizi di scioglimento, annullamento o separazione. Sulla inseminazione *post mortem* v., tra gli altri, ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 43 s., e AULETTA, cit., 21, il quale ne esamina i vari profili problematici, concernenti la liceità degli accordi di «conservazione» del materiale genetico (per il quale è data soluzione negativa) e il diritto della vedova ad ottenere il seme del marito defunto: diritto che sarebbe comunque subordinato ad un apposito consenso di quest'ultimo. Incondizionato, invece, il diritto alla restituzione dell'embrione (ponendosi, altrimenti, l'alternativa tra soppressione o adozione).

³⁷ Al pericolo della discriminazione appaiono particolarmente esposti i transessuali. Sul punto v. VECCHI, il quale rileva che fare della presenza transessuale un fattore del divieto di accedere all'inseminazione artificiale, verrebbe a violare, oltre al principio di eguaglianza, una serie di diritti fondamentali della persona, e primo fra tutti il diritto ad avere una famiglia.

base di numerosi requisiti formali e sostanziali³⁸, a limitare soggettivamente il diritto all'inseminazione subordinandolo a varie condizioni positive e negative³⁹, a limitarlo oggettivamente, negando tra l'altro il ricorso ai trapianti di ovuli⁴⁰. Si tratta infatti pur sempre della pretesa di segnare un limite di liceità al ricorso a pratiche finalizzate alla vita⁴¹.

Divieti di tal genere sono comunque destinati ad essere violati. Non possono quindi essere ignorate le questioni che si riflettono sullo stato giuridico delle persone.

5. Lo stato delle persone. Il consenso alla inseminazione. Le presunzioni di paternità. Esigenza di proclamare un unico stato di figlio

Gli aspetti dello stato delle persone connessi alla inseminazione artificiale sono anzitutto quelli riguardanti la paternità e la maternità.

Circa la paternità il problema non dovrebbe concernere l'applicazione delle comuni norme codicistiche, che è superfluo richiamare, quanto piuttosto la rilevanza del consenso prestato dal marito alla inseminazione eterologa⁴².

³⁸ In particolare, contro l'idea di assimilare i requisiti dell'inseminazione a quelli dell'adozione, v. ASCONE e ROSSI CARLEO, cit., 40 s., i quali rilevano che nel primo caso si tratta di incidere su di una scelta dei soggetti, ai quali si deve riservare, nei limiti delle norme, un ampio spazio di autonomia e di libertà, in relazione ai principi costituzionali. Nella seconda ipotesi, invece, si tratta di prospettare i limiti di un intervento successivo e sostitutivo in favore del minore.

³⁹ Pensiamo, ad es., alla proposta di non consentire il ricorso dell'inseminazione alla coppia che abbia già un certo numero di figli. Sul punto v. criticamente FERRANDO, *Libertà della persona, autonomia della famiglia e intervento pubblico nella disciplina della procreazione artificiale*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 255 s.

⁴⁰ Sulla netta opposizione della Commissione Santosuoso ad ogni ipotesi di impianto di ovocita su donna diversa, v. la relazione del Presidente (alla seconda proposta), il quale, deve avere richiamato gli argomenti del rapporto Warnock, riferisce che la Commissione quasi unanime «ha sottolineato il rischio che lo sviluppo del bambino potrebbe risultare condizionato dalle anormali situazioni psicologiche della gestante; inoltre, che la surrogata e la portante si troverebbero limitate nella loro libertà d'azione, o degradate al ruolo di mere incubatrici. Esse, d'altra parte, darebbero il contributo decisivo al sorgere di una vita umana su commissione di altri, facendone oggetto di contratto».

Ma diversamente v. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, «locazione di utero», diritti dell'embrione*, in *Corriere giur.*, 1984, 635 s., la quale ritiene che la gestazione per altri comporta per la donna un atto di disposizione del proprio corpo che non oltrepassa i limiti del codice (art.5), e che per certi versi è affine all'antico baliatico. Analogamente, sulla legittimità di un compenso per il datore del seme v. LOJACONO, cit., 761. Sulla immoralità dell'operazione v. invece DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2, Milano, 1982.

⁴¹ Ma occorre anche dare atto delle preoccupazioni di chi vede nell'arbitraria libertà di procreazione il pericolo di una strumentalizzazione della vita lesiva dalla dignità umana. V., così, PARADISO, *Procreazione artificiale o tutela della vita umana?*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica*, cit., 238 s.

⁴² Anche il consenso alla inseminazione omologa ha la sua rilevanza in quanto rientra fra le decisioni che richiedono l'accordo coniugale. Sul punto v. RUBINO, *Rilevanza giuridica degli accordi in tema di fecondazione artificiale* (intervento al Convegno «La procreazione artificiale tra etica e diritto»), la quale esclude comunque che una tale inseminazione possa dar luogo al disconoscimento del figlio.

La nostra dottrina ha già indicato come conforme al diritto vigente la soluzione che nega al presunto padre conseziente l'azione di disconoscimento⁴³. In tal senso si è tratto argomento dall'assenza della fattispecie di adulterio⁴⁴ nonché dal valore che assume il consenso quale modo di partecipazione socialmente responsabile alla procreazione⁴⁵. La giurisprudenza ha mostrato invece di dare prevalente importanza all'argomento della indisponibilità dell'azione⁴⁶. In tal senso si sono pronunziate anche sentenze francesi⁴⁷ e tedesche⁴⁸, pur se queste ultime abbiano evitato le conseguenze più clamorosamente inique ricorrendo al principio di buona fede⁴⁹. Qui si avverte pertanto l'esigenza di un'esplicita preclusione all'azione di disconoscimento da parte del marito consenziente⁵⁰ e all'azione di impugnazione del riconoscimento da parte del convivente stabile consenziente⁵¹. Ma si avverte al

⁴³ La questione è espressamente risolta dal codice svizzero delle obbligazioni (art. 256). Rileva GUINAND, cit., che l'azione di disconoscimento potrebbe essere proposta dal figlio, la cui azione contro il padre genetico risulta tuttavia impedita dall'anonimato della donazione. Cfr., analogamente, il nuovo testo dell'art. 318 del codice civile belga.

⁴⁴ V. la chiara presa di posizione del TRABUCCHI, in nota alla sentenza del Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 217 s. Dello stesso TRABUCCHI v. inoltre *Inseminazione artificiale*, cit., 738: per la tesi da noi criticata resta sempre l'assurdo di considerare il figlio voluto dal marito come adulterino perché la donna era legata proprio a lui, marito, che è il responsabile primo dell'evento. V. inoltre MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Studi sen.*, 1964, 115: se il consenso del marito non impedisse l'esercizio dell'azione di disconoscimento, il matrimonio si presterebbe a ricatti tali da ledere quei diritti inviolabili della famiglia che l'art. 2 della Costituzione espressamente garantisce. Di adulterio e di figli adulterini parla invece ancora KAYSER, cit., 196, con riguardo ad ogni ipotesi di inseminazione eterologa. Il problema potrebbe porsi, semmai, con riguardo alla inseminazione artificiale realizzata senza il consenso del coniuge. Ma anche in questo caso escludiamo che la fattispecie sia socialmente equiparabile alla violazione del dovere di fedeltà, ossia al «tradimento» coniugale. Sul punto v. per altro L'AULETTA, cit., 42 s.

⁴⁵ Cfr. RUBINO, cit.

⁴⁶ V. la segnalata sentenza del Tribunale di Roma del 1956. In dottrina v. GORASSINI, *Procreazione (diritto civile) Enc. dir.* (in corso di pubbl.): il marito, pur consenziente, può sempre provare (prima della decadenza dell'azione) la sua non paternità attraverso il disconoscimento; ed egual diritto viene attribuito al figlio ed alla madre.

⁴⁷ Particolarmente nota la sentenza del Tribunale di grande istanza di Nizza del 30 giugno 1976, in *Recueil Dalloz* 1977, J., 4, con nota di HUET-WELLLER, e in *Gaz. Palais* 1977, J., 48, con nota di PAILLET, e quella del Tribunale di grande istanza di Parigi del 19 febbraio 1985, ivi, 1986, 59: «il n'y a pas lieu de rechercher si le mari était ou non consentant, dès lors qu'un examen comparatif des sangs a conclu à l'exclusion de sa paternité».

⁴⁸ V. al riguardo la sentenza della Corte Suprema Federale del 7 aprile 1983, in *Familienrecht*, 1983, 686 s.

⁴⁹ Sul punto v. le osservazioni e altri richiami in VECCHI, *La fecondazione artificiale nel caso di mutamento del sesso in Italia e nella Germania Federale* (relazione presentata al Convegno «La procreazione artificiale e tra etica e diritto»).

⁵⁰ Sull'esigenza di una disciplina normativa che regoli gli aspetti del consenso e del segreto, v. PATTI, *Consenso e segreto. Le raccolte di dati*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, cit., 136 s., il quale segnala, tra gli altri, il problema del disconoscimento da parte del genitore consenziente nonché quello che attiene alla raccolta e alla elaborazione dei dati relativi al fenomeno dell'inseminazione, e alla tutela del diritto alla riservatezza.

I limitati interventi normativi in materia hanno tutti ribadito la posizione paterna del marito della madre, che abbia dato il proprio consenso alla inseminazione eterologa.

In tal senso v. anche le disposizioni emanate in alcuni Stati nordamericani, tradotte e riportate in *L'inseminazione artificiale*, cit., 80 s.

⁵¹ Rileva MEULDERS-KLEIN, *La vérité en droit des personnes. Aspects nouveaux en droit belge* (relazione inedita presentata alle *Journées canadiennes 1987 de L'Association Henri Capitant*), che il convivente conseziente non è obbligato al riconoscimento, ma se il riconoscimento è effettuato la sua impugnazione non potrebbe essere basata solo sulla mancanza del legame biologico occorrendo, secondo il nuovo codice belga, un vizio del consenso. Il nostro diritto prevede invece l'impugnazione anche per semplice mancanza di veridicità (art. 263 c.c.). Appare tuttavia fondata la tesi di RUBINO, cit., secondo la quale la prestazione del consenso inibisce comunque l'impugnazione del

tempo stesso l'esigenza di porre fine alla persistente discriminazione del figlio naturale e di prendere occasione da questo intervento normativo per proclamare un solo e unico stato di figlio.

Il pericolo che una legislazione speciale sull'inseminazione artificiale, anziché abolire le vecchie, crei nuove discriminazioni, si ripresenta concretamente con riguardo al figlio che a seguito della conservazione del seme sia nato dopo il periodo di presunzione della legittimità⁵². Questo pericolo va scongiurato, dovendosi escludere con tutta fermezza non solo l'idea che una tale circostanza possa comunque comportare la «illegittimità» del figlio⁵³, ma più in generale l'idea che una nascita tardiva possa privare il figlio di alcuni dei suoi diritti⁵⁴.

6. Madre uterina e madre genetica

Una regola apposita si rende opportuna in tema di maternità, in particolare con riferimento al conflitto tra madre uterina e madre genetica. Le persistenti incertezze teoriche e il contrasto delle prime indicazioni giurisprudenziali⁵⁵ richiedono una

riconoscimento perché anche per il convivente - e quindi a prescindere dallo stato coniugale - essa costituisce una forma socialmente rilevante di partecipazione responsabile alla procreazione.

⁵² Sul diritto della vedova a utilizzare il seme depositato dal marito defunto si è pronunciato il Tribunale di grande istanza di Créteil il 1° agosto 1984 (in *Gaz. Palais*, 1984, J., 560), risolvendo un caso che aveva appassionato la pubblica opinione (caso Corinne). La decisione è stata commentata in Italia; da DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive (In margine ad una recente sentenza francese)*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 417 s., il quale reputa legittimo, secondo il nostro diritto, che il soggetto possa disporre del proprio seme *post mortem*. Sul riconoscimento alla vedova, anche a prescindere dalla volontà del defunto, del diritto di prelevare dalla salma del coniuge quanto occorre per tentare di ottenerne la gravidanza, v. LOJACONO, cit., 758.

⁵³ Anche *de lege ferenda* vi è chi si pronuncia per negare al figlio nato da inseminazione *post mortem* lo stato di figlio legittimo. V., così, RUBELLIN-DEVICHI, *Réflexion sur une proposition de loi «tendant a faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation»*, in *Etudes offertes à J. Vincent*, Paris, 1981, 394 s., il quale argomenta anzitutto dal rilievo che il concepimento non avviene durante il matrimonio (*après tout il ne fu pas conçu en mariage*) e poi dalla opportunità di non inquinare con problemi patrimoniali certe *merveilleuse preuve d'amour conjugal*.

Per la incontestabilità del titolo della filiazione legittima v. BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 1985, 260 (nel riferimento normativo al momento del concepimento ciò che conta è la partecipazione del padre alla procreazione, nel caso prospettato tale partecipazione si è compiuta ad esaurita in costanza di matrimonio). Ad una interpretazione estensiva accenna, con qualche esitazione, DOGLIOTTI, ult. cit. (potrebbe forse proporsi un'interpretazione estensiva dell'art. 234 c.c., e sul punto un intervento legislativo sarebbe opportuno).

Rileva esattamente l'AULETTA, cit., 21, che nella coscienza sociale la vedova resta sposa del marito defunto sino ad un eventuale nuovo matrimonio. Può allora dirsi che la c. d. *maritalis affectio* non è venuta meno e che quindi il figlio non è concepito al di fuori del rapporto matrimoniale.

⁵⁴ Ma sulla tendenza a recidere il rapporto di filiazione con un padre genetico ormai estraniato v., tra gli altri, LABRUSSE-RIOU, *La vérité dans le droit des personnes. Aspects nouveaux* (relazione inedita presentata alle *Journées canadiennes 1987 de l'Association Henri Capitant*) («comme si on pouvait être l'entant d'un patrimoine génétique... comme si... on pouvait... fonder une filiation hors de toute alliance du père et de la mère, hors de toute relation vivante... »).

⁵⁵ Nell'ormai famoso caso Whitehead il giudice americano ha deciso in conformità dell'accordo intervenuto tra le parti. Anche nei paesi di *Common law* sembra tuttavia difficile poter riconoscere validità giuridica ad accordi di tal genere. Per il nostro diritto la contrarietà dell'accordo all'ordine pubblico non può essere messa in dubbio. Anche senza ricorso alla nozione di ordine pubblico la conclusione non dovrebbe essere diversa. Per la validità giuridica dell'accordo, pur escludendo si la coercibilità della consegna dell'infante, v. per altro COESTEA WALTJEN, *Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft*, in *NJW*, 1982, 2528 s.

chiara soluzione normativa, anche se l'opinione nettamente prevalente è quella che favorisce la madre uterina⁵⁶. Nel senso che il titolo della maternità spetti giuridicamente alla madre uterina si pronunzia la maggioranza della nostra dottrina⁵⁷. Al riguardo si è rilevato che la maturazione che si opera nel corpo della gestante identifica la formazione della vita dell'uomo⁵⁸, e che è la gestazione a creare l'essenziale e concreto rapporto in cui si realizza l'accoglimento della vita umana⁵⁹.

Questo titolo di maternità non può d'altra parte annullare quel titolo naturale di maternità che spetta a chi è stata partecipe della procreazione concorrendo a formare il patrimonio genetico del figlio. Se è interesse del figlio mantenere il rapporto materno vissuto nella fase prenatale occorre ammettere che è interesse del figlio anche il recuperare il rapporto con la madre genetica, quando la gestante abbia rifiutato la propria maternità. Il valore che il nostro ordinamento conserva ancora al legame di sangue porta a lasciare aperta la possibilità del riconoscimento da parte della madre genetica quale alternativa privilegiata rispetto alla dichiarazione dello stato di abbandono⁶⁰.

⁵⁶ V. la decisione del BGH del 19 marzo 1985, in *JZ*, 1985, 1053, con nota di GIESE, dove si esclude che l'accordo di gestazione eterologa, quale che ne sia la valutazione morale e sociale, valga ad attestare l'inidoneità della madre uterina e del marito alla cura genitoriale del figlio. *Ivi* è pubblicata e commentata anche la decisione della *High Court of Justice (Family Division)* del 15 gennaio 1985 (si tratta del caso Cotton). Nella sentenza, pubblicata in originale in *Family Law*, 1985, 191, l'affidamento del figlio alla madre genetica e al marito è motivato esclusivamente in base all'interesse del minore, prescindendosi della vicenda dell'accordo di gestazione.

V. anche RUBELLIN-DEVICHI, *La gestazione pour le compte d'autrui*, in *Dalloz* 1985, I, *Chr.*, 147 s.

⁵⁷ Ma v. N. COVIELLO, *ult. cit.*

⁵⁸ Cfr. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 597 s., e *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, *cit.*, 11 s. Analogamente COMPORTI, *cit.*, 172 s.

⁵⁹ V. anche RAYMOND, *La procreation artificielle et le droit français*, in *Recueil Dalloz*, 1983 *doctr.*, 3114: «la mère gestatrice... a apporté à l'enfant les conditions de son développement physique et psychoaffectif ultérieur».

⁶⁰ V. anche P'AULETTA, *cit.*, 55 s.