

Oggi la Corte Costituzionale si pronuncia sulla legittimità del divieto di fecondazione eterologa: una sentenza fondamentale per la legge 40

# Figli, non Far West

*L'interesse del minore viene tutelato proprio dal grado di certezza sulle sue origini biologiche*

di Paola Binetti

Oggi la Corte Costituzionale si pronuncia sulla legittimità o meno del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge 40/2004 sulla Procreazione medicalmente assistita (Pma) e tra chi ha seguito il dibattito sulla legge 40 c'è la profonda consapevolezza che questa sentenza potrebbe modificare un punto fondamentale della legge. È stato detto più di una volta che la legge 40 si innestava nel crocevia di due valori fondamentali della nostra cultura: la vita e la famiglia; la tutela della vita fin dal suo concepimento e il diritto del bambino a nascere nel contesto di una famiglia, che dopo averlo intensamente desiderato si disponeva ad accoglierlo nel migliore dei modi possibili.

Il Parlamento italiano ha lavorato per diverse legislature a questo disegno di legge, impegnandosi in un lungo e intenso dibattito, che ha toccato questioni di grande delicatezza, che appaiono ancora oggi di straordinaria attualità. Basta

pensare all'art. 5, che afferma: «...possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». In questo caso le coppie di fatto vedono riconosciuto e messo sullo stesso piano il diritto di accedere alle tecniche di Pma, con gli stessi diritti do-

veri delle coppie coniugate. Il desiderio di paternità e di maternità è percepito nella vita di coppia come un punto essenziale in cui la relazione impegna se stessa a prendersi cura di qualcuno, che è totalmente consegnato alla responsabilità di entrambi i genitori. Si riconosce al vincolo affettivo la capacità di andare oltre i confini di un legame o di un sentimento che potrebbe risultare transitorio. Si sottolinea l'impegno che la coppia si assume per realizzare un progetto di lunga durata, in cui resta poco spazio al proprio individualismo, perché i bisogni del neo-nato si impongono alla attenzione di entrambi, senza concedere deroghe di sorta.

**In questa chiave** va letto e interpretato anche l'articolo 8 della legge che affronta il tema dello stato giuridico del bambino nato dalla Pma e recita: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

La distinzione tra figli legittimi e figli riconosciuti si riferisce al fatto che possono accedere alla Pma sia le coppie sposate (figli legittimi), sia le coppie conviventi (figli riconosciuti). Nel primo caso ov-

viamente i genitori sono regolarmente coniugati, il figlio è partorito dalla donna sposata, che lo ha concepito insieme a suo marito. Una situazione analoga a quella che caratterizza la nascita di

ogni bambino nell'ambito della "sua" famiglia. Nel secondo caso, se la donna che dà alla luce il bambino non è sposata con il papà del bambino, e si tratta quindi di una coppia di conviventi, o come si dice oggi: di una coppia di fatto, lo status di figlio naturale riconosciuto è collegato per legge alla stessa richiesta scritta della Pma. Per questo, a differenza di quanto accade generalmente con i bambini nati "fuori" dal matrimonio, non c'è alcun bisogno che il bambino venga riconosciuto dopo la sua nascita. L'articolo 25 del codice civile infatti prevede che il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio venga effettuato da entrambi i genitori, congiuntamente o separatamente, anche in tempi diversi. In altri termini per il bambino concepito da una coppia di fatto con Pma lo status di figlio inizia con il concepimento ed è contestuale a quello della nascita.

Evidentemente nel dibattito che ha caratterizzato l'iter legislativo della legge 40 le coppie di fatto sono state in grado di offrire garanzie forti di stabilità

e di impegno nella tutela e nella cura del figlio, accettando quanto affermato nell'art 4, comma 3: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». Il principio del prevalente interesse del minore viene tutelato proprio dal grado di certezza con cui lui sa subito, senza possibilità di errore, chi sono sua madre e suo padre: lo hanno riconosciuto come figlio prima ancora che nascesse. Il desiderio della sua nascita si è immediatamente incarnato nella esplicita responsabilità del suo riconoscimento. «Tu sei mio figlio, prima ancora di nascere e lo resterai per sempre».

L'articolo 3 della Convenzione dei Diritti del Fanciullo, adottata dall'Onu il 20 novembre 1989, e fatta propria dall'Italia nel maggio del 1991, stabilisce che: «In tutte le azioni riguardanti i bambini se avviate da istituzioni di assistenza sociale, pubbliche e private, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono essere oggetto di primaria considerazione».

**In questa chiave** va letto e interpretato anche l'art. 9, che nei suoi passaggi cruciali offre ulteriori tutele al bambino, anche nel caso in cui il ricorso alla fecondazione eterologa rappresenti una palese violazione della legge 40: A) *Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non*

*può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità (comma 1); B) In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non*

*può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (comma 3). Il*

*padre o la madre "naturali" nel senso di donatori di gameti, rispettivamente di ovuli o spermatozoi, non possono reclamare alcun diritto sul neonato, proprio perché nel "contratto" sottoscritto dalla coppia per*

*la Pma non appaiono in nessun modo. D'altra parte chi ha dichiarato che quel figlio è suo al momento di stipulare il contratto non può poi disconoscerlo. Non è difficile immaginare come in questo caso si possa dare adito a una sorta di commedia degli equivoci, dai risvolti drammatici soprattutto per la parte lesa, vale a dire per il bambino, vittima innocente delle menzogne degli adulti. È il trionfo dell'ambiguità, con una sorta di smascheramento delle intenzioni dei presunti genitori, per cui più che al bene del bambino hanno pensato di soddisfare un narcisistico desiderio di paternità o di maternità.*

*Il buon senso vorrebbe che ogni bambino venga tutelato nel suo diritto a nascere in una famiglia in cui la chiarezza dei vincoli renda immediatamente riconoscibili chi sono i suoi genitori e chi sono i suoi nonni. Il bisogno di appartenenza non solo alla coppia genitoriale ma a tutto il sistema familiare fa sentire ogni bambino più sicuro nel suo radicamento affettivo ed effettivo.*

*L'eterologa invece scardina l'intero sistema relazionale creando delle ambiguità a cui è tutt'altro che facile dare risposta e apre molti più problemi di quelli che apparentemente sembra risolvere.*

*Ad esempio come affronterà il garante della Privacy domande di questo tipo: il bambino ha il diritto a sapere come è nato e tutti coloro che sono intervenuti nel processo della sua nascita? Immaginando ipoteticamente che i cosiddetti progressi della scienza e della tecnica*

*possano coinvolgere da un lato almeno tre donne: la donatrice di ovuli, la donna disposta ad affittare il suo utero, e infine la donna che ha commissionato ovuli e uteri a una sorta di Agenzia per la procreazione? E d'altro lato ci potrebbe essere un donatore di sperma e un sedicente padre disposto ad accogliere e farsi carico del bambino in questione. Cinque realtà diverse, coinvolte in un unico processo che inizia*

*ben prima del concepimento, con la ricerca di donanti biologici di alta qualità, in modo da garantire al bambino sesso, razza, prerogative fisiche considerate ottimali, e magari anche un quoziente intellettuale di buon livello. Questo bambino sarà felice di essere stato scelto in una sorta di catalogo disponibile perfino su Internet? E se volesse risalire fino ai suoi "antenati biologici" per qualsiasi motivo, compreso quello che potrebbe riguardare la sua salute o l'esistenza di potenziali fratelli e sorelle?*

**Il problema** dell'anonimato dei donatori è tutt'altro che banale e se da un lato difende la loro privacy, dall'altro offende il diritto del bambino a sapere come e da chi è stato concepito. Il recente disegno di legge sul riconoscimento dei figli naturali, appena approvato al Senato, va nella linea della normativa europea che al compimento dei 40 anni consente a tutti di conoscere le proprie origini. D'altra parte fatti di cronaca recenti hanno confermato a quali abusi si può andare incontro quando una persona, per di più un medico impegnato a praticare la Pma, donante di sperma, afferma di aver contribuito a mettere al mondo centinaia (sic!) di bambini, che potrebbe-

ro occasionalmente incontrarsi e stabilire rapporti sessuali, non solo di carattere incestuoso, ma evidentemente a rischio anche sotto il profilo genetico. Non c'è dubbio che le varianti rispetto al processo di procreazione sono tanto più rischiose, quanto più si allontanano dalla condizione naturale in cui un uomo e donna legati da un profondo vincolo affettivo decidono di avere un figlio, magari facendosi aiutare da un medico. Non a caso parliamo di procreazione medicalmente assistita, immaginando un processo in cui il medico interviene a supporto di una coppia in cui un processo artificiale è il più possibile simile a un processo naturale e non di un tipo di fecondazione in cui tutte le fasi fondamentali del processo siano scardinate, a cominciare dalla sostituzione iniziale dell'ovulo e dello spermatozoo, che risultano estranei alla coppia richiedente.

Eppure ci sono tre distinte ordinanze: una del tribunale di Firenze, una del tribunale di Milano e una del tribunale di Catania, che hanno rinviato alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 4, comma 3, della legge 40: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». I ricorrenti fanno riferimento alla Convenzione europea per i Diritti dell'Uomo (Cedu), firmata a Roma nel novembre del 1950, e finora la prassi giuridica ha cercato di mantenere una sostanziale convergenza tra il diritto nazionale e il diritto europeo. Ma la Corte europea si è espressa in diverse occasioni in modo non univoco su punti analoghi. Ad esempio la sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo nel 2010 nel caso SH e altri contro Austria, sosteneva che il divieto alla fecondazione eterologa non era valido, l'anno dopo la Corte europea nella sede della Gran camera, stabiliva esattamente il contrario rispetto alla decisione di primo grado. In altri termini abbiamo sentenze contraddittorie rispetto alla Convenzione

europea per i Diritti dell'Uomo, per cui sarebbe assai strana una sentenza della Corte Costituzionale che giustificasse il venir meno del divieto dell'eterologa appellandosi a una Convenzione, i cui principi (art. 8 e 14) vengono articolati in modo diverso anche in riferimento allo stesso caso.

D'altra parte per valutare la questione dell'eterologa non possiamo neppure dimenticare i risultati dei referendum abrogativi sulla legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, che si tennero il 12 e 13 giugno 2005 e non raggiunsero il quorum. Tenendo conto che il livello di astensione fu uguale per tutti e quattro i referendum: il 74,40%, dei quattro referendum allora proposti, quello in cui il No ottenne maggiori voti, è stato il quarto. Proprio quello che proponeva l'abolizione del divieto dell'eterologa. Il fronte del No tra i votanti raggiunse circa il doppio delle risposte negative: fino al 30% contro un massimo del 16% negli altri referendum. Evidentemente nella percezione generale il valore "famiglia", che il divieto dell'eterologa garantisce più e meglio, era chiaro e forte. L'atteggiamento prevalente era allora, come ancora oggi, decisamente a favore della famiglia, tenendo conto anche della forte apertura espressa nei confronti delle coppie di fatto. Chi decise di andare a votare, ed era un popolo sostanzialmente contrario alla legge, espresse un No particolarmente convinto proprio su questo punto. Non tenerne conto oggi potrebbe apparire perfino poco democratico e scarsamente rispettoso della volontà popolare, i cui valori di riferimento restano sostanzialmente: la tutela del concepito, così come recita l'articolo 1 della legge 40. Parte integrante di questa tutela è il diritto a conoscere il proprio padre e la propria madre naturale e il diritto ad avere un elevato grado di certezza nella composizione del proprio nucleo familiare.

**Il problema, dal punto di vista umano oltre che giuridico,** riguarda la priorità che hanno i diritti del figlio su un presunto diritto al figlio. Molte coppie considerano il diritto al figlio come decisamente prioritario rispetto ai diritti del bambino, ma la contraddizione profonda è che sul piano naturale il diritto a un figlio con l'eterologa non sarebbe il diritto al "proprio" figlio, ma una sorta di adozione anticipata: adotterei un ovocita piuttosto che uno spermatozoo. Non si capisce allora perché non adottare un figlio, attingendo alla grande schiera di bambini già nati che in tutto il mondo sono in attesa di una coppia di genitori che li adottino e li sottraggano a una vita complicata di fame e di miseria in alcuni casi, di abbandono e di malattia in altri.

Sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale confermando il divieto dell'eterologa contribuisse a rendere meno complicati sotto il profilo burocratico i canali che debbono percorrere i genitori in attesa di un figlio da adottare. È decisamente più facile e più comprensibile dire un no convinto e determinato all'eterologa quando le coppie possono esprimere il loro desiderio di maternità e di paternità in modo sereno ed efficace accedendo a politiche per l'adozione più moderne e flessibili. Speriamo davvero che qualcosa cambi in questo senso, senza andare a toccare altre strutture della legge 40, che potrebbero riaprire il fronte del cosiddetto *Far West* procreativo...

◆ **Il referendum del 2005 fu favorevole alla difesa della famiglia: bisogna tenerne conto**

◆ **Il problema riguarda la priorità dei diritti del bambino sul diritto al bambino**