

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La procreazione medicalmente assistita nel diritto canonico

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1631399> since 2021-03-20T18:00:25Z

Publisher:

Libreria editrice vaticana

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

ANNALES DOCTRINAE ET IURISPRUDENTIAE CANONICAE

I

ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA
ATTI DEL XLVII CONGRESSO NAZIONALE DI DIRITTO CANONICO
GAETA 7-10 settembre 2015

A cura di Paolo Moneta e Myriam Tinti

Presidente: Mons. Erasmo Napolitano

Vice-Presidenti: Mons. Giuseppe Picu - Avv. Dario Gargano

Consiglio di Direzione

Prof. Héctor Franceschi, avv. Carlo Fusco, prof. Paolo Moneta, avv. Giovanni Muscarello,
mons. Adolfo Zambon, avv. Lucia Musso, segretario

Volami pubblicati nella Collana Studi Giuridici

- 1) Diritto e Pastorale dopo il Vaticano II, in *Mon. Ecccl.* 1969 pp. 509 ss.; 1971, pp. 216 ss.
- 2) *Quo iure vivimus post Vaticanum II; a Codice prout benedictino ad futuram Codicem conciliatam*, in *Mon. Ecccl.* 1970, pp. 229 ss.
- 3) Dal beneficio feudale all'ufficio ecclesiale ed ecclesastico, in *Mon. Ecccl.* 1971, pp. 367 ss.
- 4) La *charitas christiana* sorgente dell'ordinamento giuridico della Chiesa, dopo il Vaticano II, in *Mon. Ecccl.* 1972, pp. 201 ss.
- 5) La giustizia amministrativa nella Chiesa dopo il Vaticano II, in *Mon. Ecccl.* 1973, pp. 441 ss.
- 6) La validità del provvedimento amministrativo e le garanzie amministrative nella Chiesa, in *Mon. Ecccl.* 1974, pp. 135 ss.
- 7) *Res ecclesiale et ministerium reconciliationis*, in *Mon. Ecccl.* 1975, pp. 250 ss.
- 8) Il diritto ecclesiale nella storia del popolo di Dio, in *Mon. Ecccl.* 1977 pp. 64 ss. et 231 ss.; 1978, pp. 55 ss.
- 9) La santificazione della domenica e delle feste sotto l'aspetto giuridico-pastorale, in *Mon. Ecccl.* 1977, pp. 391 ss.; 1978, pp. 78 ss. et 158 ss.
- 10) La Chiesa e la Comunità politica, in *Mon. Ecccl.* 1979 pp. 81 ss. et 208 ss.
- 11) Matrimonio canonico ed ordinamento civile, in *Mon. Ecccl.* 1980, pp. 64 ss. et 204 ss.
- 12) La famiglia nella normativa canonica e civile, in *Mon. Ecccl.* 1980 pp. 412 ss.; 1981 pp. 141 ss. et 239 ss.
- 13) Gli stati giuridici delle persone nella Chiesa, in *Mon. Ecccl.* 1981, pp. 347 ss.
- 14) Lo stato giuridico dei laici nella comunità ecclesiale, in *Mon. Ecccl.* 1982, pp. 469 ss.
- 15) Lo stato giuridico dei ministri sacri nel nuovo Codex Iuris Canonici, *Lev.* 1984, (esaurito).
- 16) Lo stato giuridico dei consacrati per la professione dei consigli evangelici, *Lev.* 1985.
- 17) I beni temporali della Chiesa in Italia, *Lev.* 1986, pp. 130 (esaurito).
- 18) L'annuncio cristiano nella società europea contemporanea, *Lev.* 1987.
- 19) Il diritto di difesa nell'ordinamento canonico, *Lev.* 1989 (esaurito).
- 20) Comunità ecclesiale e devianza. Funzione della sanzione penale nell'ordinamento canonico, in *Mon. Ecccl.* 1989, pp. 1 ss.
- 21) I sacramenti dell'iniziazione cristiana. Testimonianza e disciplina, in *Mon. Ecccl.* 1990 pp. 3 ss.
- 22) Comunione e disciplina ecclesiale, *Lev.* 1991.
- 23) Il matrimonio sacramento nell'ordinamento canonico vigente, *Lev.* 1993.
- 24) Pastorale e diritto nella normativa matrimoniale canonica in Italia, *Lev.* 1994.
- 25) Sacramentalità e validità del matrimonio, *Lev.* 1995.
- 26) Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico, *Lev.* 1995.
- 27) Il "Bonum Coniugum" nel matrimonio canonico, *Lev.* 1996.
- 28) Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi, *Lev.* 1996.
- 29) La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna, *Lev.* 1997.
- 30) L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio, *Lev.* 1998.
- 31) Le associazioni nella Chiesa, *Lev.* 1999.
- 32) La tutela della famiglia e dei minori nel Codice di Diritto Canonico, *Lev.* 2000.
- 33) Crisi coniugali: riconciliazione e contenzioso giudiziario, *Lev.* 2001.
- 34) Il matrimonio tra cattolici ed islamici, *Lev.* 2002.
- 35) La doppia conforme nel processo matrimoniale. Problemi e prospettive, *Lev.* 2003.
- 36) I diritti fondamentali del fedele, *Lev.* 2004.
- 37) Matrimonio Canonico e Realtà Contemporanea, *Lev.* 2005.
- 38) Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico, *Lev.* 2006.
- 39) Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Coniugii". Parte prima: i principi, *Lev.* 2007, pp. 438.
- 40) Matrimonio Canonico e ordinamento civile, *Lev.* 2008, pp. 268.
- 41) La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908-2008), *Lev.* 2009, pp. 284.
- 42) La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008), *Lev.* 2010, pp. 318.
- 43) La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana, *Lev.* 2011, pp. 290.
- 44) Questioni attuali di diritto penale canonico, *Lev.* 2012, pp. 288.
- 45) Lo scioglimento del matrimonio canonico, *Lev.* 2013, pp. 234.
- 46) Esperienze associative nella Chiesa. Aspetti canonistici, civili e fiscali, *Lev.* 2014, pp. 269.
- 47) Matrimonio canonico e culture, *Lev.* 2015, pp. 416.

ANNALES

I

**MATRIMONIO E PROCESSO:
LA SFIDA DEL PROGRESSO
SCIENTIFICO E TECNOLOGICO**



LIBRERIA EDITRICE VATICANA

2016

INDICE

<i>Paolo Moneta</i> Introduzione	7-10
<i>Francesco D'Agostino</i> Progresso scientifico e diritto naturale	11-24
<i>Ciro Basile Fasolo</i> Impotenza sessuale	25-58
<i>Vincenzo Turchi</i> Impotenza e terapia farmacologica	59-72
<i>Ciro Basile Fasolo</i> Il cambiamento di sesso	73-98
<i>Giuseppe Comotti</i> Il cambiamento di sesso	99-118
<i>Daniela Notarfonso</i> La procreazione assistita	119-134
<i>Ilaria ZuanaZZi</i> La procreazione medicalmente assistita nel diritto canonico	135-186
<i>Antonio d'Angiò</i> Disturbi mentali e terapie farmacologiche	187-216
<i>Pierantonio Pavanello</i> Disturbi mentali e terapie farmacologiche	217-224
<i>Cesare Maria Cornaggia, Massimiliano Beghi, Federica Peroni</i> Le dipendenze nell'età della tecnica	225-236
<i>Davide Salvatori</i> Le dipendenze nell'età della tecnica Proposta di lettura della più recente giurisprudenza della Rota Romana (2002-2015) circa l' <i>Internet Addiction</i>	237-262

Tonino Cantelmi

Relazioni tecnoliquide: l'amore e l'amicizia ai tempi
della rivoluzione digitale

263-272

Alessandro Giraudo

Prove e nuove tecnologie nel processo canonico

273-294

Mario Ferrante

Impotenza maschile e chirurgia protesica

295-312

ILARIA ZUANAZZI

Professore associato di Diritto Canonico e di Diritto Ecclesiastico
Università di Torino

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA NEL DIRITTO CANONICO

SOMMARIO: 1. Le conseguenze dell'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sulle relazioni familiari. - 2. La funzione del diritto canonico. - 3. Il principio del *favor personae*: la tutela dei diritti fondamentali della persona. - 4. Il principio del *favor matrimonii* e del *favor familiae*: la tutela dei beni giuridici del matrimonio e della famiglia: 4.1. Il contenuto essenziale dell'impegno coniugale; 4.2. Analisi delle fattispecie di esclusione dei beni essenziali del matrimonio: 4.2.1. La fecondazione omologa: a) la fecondazione *in vivo*; b) la fecondazione *in vitro*; 4.2.2. La fecondazione eterologa. - 5. Il principio del *favor filiationis*: la tutela dell'interesse del nato ad avere un rapporto di filiazione con una coppia di genitori: 5.1. I criteri di diritto naturale alla prova della fecondazione eterologa; 5.2. Il rapporto di parentela legale tra il nato e i genitori sociali; 5.3. Una questione particolare: la maternità e la gestazione surrogata.

1. Le conseguenze dell'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sulle relazioni familiari

L'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita consente di aggirare la condizione di sterilità o di infertilità degli aspiranti genitori, mediante interventi esterni alla coppia che incidono sul processo di procreazione, in modo gradualmente più intenso: l'intervento tecnico del medico, l'intervento di chi fornisce i gameti, la gestazione nell'utero di una donna diversa sia dalla donatrice di ovocita, sia dalla futura madre sociale. Da queste ingerenze artificiali derivano importanti conseguenze sulle dinamiche di generazione di un figlio. Anzitutto, si produce la scomposizione e la manipolazione degli elementi e delle fasi che compongono il processo di generazione e che nella procreazione naturale si intrecciano e sono vissuti come una concatenazione

unitaria e intangibile. Inoltre, si verifica la frammentazione e la moltiplicazione dei ruoli genitoriali tra persone diverse: chi dona i gameti, chi concepisce, chi conduce la gravidanza, chi accoglie il bimbo dopo la nascita¹.

Tali conseguenze comportano effetti rilevanti non solo in ordine all'estensione della capacità di generare delle persone coinvolte, ma, con una portata più ampia e in senso più pregnante, incidono sull'intero fenomeno della procreazione umana, in quanto impongono di definire, o ridefinire, le nozioni tradizionali di paternità e di maternità, nonché di precisare le basi per il sorgere del rapporto di filiazione. Nel processo di procreazione naturale, i concetti e le condizioni riguardanti le relazioni familiari restano impliciti, e quindi vengono dati quasi per scontati o sono considerati del tutto evidenti, mentre ora, nella procreazione medicalmente assistita, richiedono di essere precisati nel significato e nei presupposti. La risposta a queste domande di rinnovata comprensione dei legami personali che derivano dalla procreazione richiede peraltro di tenere conto delle ricadute culturali più ampie che l'uso di queste tecniche induce sul modo di concepire e di intendere la generazione dei figli e le relazioni familiari di coppia e di filiazione all'interno della famiglia.

Con la scissione tra la procreazione e l'unione sessuale, il figlio non è più il frutto dell'atto di congiungimento intimo tra i genitori, ma diviene il prodotto dell'intervento tecnico-scientifico, attuato con diverse modalità più o meno invasive o sostitutive dei vari momenti del processo naturale di concepimento e di gestazione. La copula coniugale, quindi, non è più considerata necessaria e imprescindibile ai fini della procreazione, dato che può essere efficacemente surrogata dalla fecondazione artificiale, tanto che in alcuni ordinamenti giuridici e nella mentalità diffusa la procreazione naturale e quella assistita sono poste sullo stesso piano di valore e si riconosce il diritto della persona di scegliere in quale modo preferisce avere figli². L'aggiramento della copula naturale e la possibilità di generare mediante l'intervento di un fornitore esterno di gameti, inoltre, consente di avere figli anche a coppie che non potrebbero averne in modo naturale, vale a dire non solo le coppie eterosessuali sterili o infertili, ma pure le coppie omosessuali, strutturalmente

¹ Sulle questioni antropologiche ed etiche poste dagli interventi tecnologici sul processo generativo umano, si possono vedere, *ex multis*, L. CICCONE, *Bioetica. Storia, principi, questioni*, Milano, 2003, 81-221; PONTIFICIA ACADEMIA PRO VITA, *La dignità della procreazione umana e le tecnologie riproduttive. Aspetti antropologici ed etici*, a cura di J. Vial Correa e E. Sgreccia, Città del Vaticano, 2005; F. D'AGOSTINO - L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2013², 113-176.

² Per l'analisi delle varie normative civili e delle scelte di valore sottese alle diverse regolamentazioni, si rinvia a L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2014², *passim*.

incapac
i gamet

Il
tecnici
impove
procrea
in quar
della co
coglier
solo bi
figlio,
recipro
creatur
che l'h
prevale
tecnici
fisici d
sano, n
person
dato or

Co
nipolaz
attenta
brione.
la gene
un don
un mist
che po
duttive
procrea
la nasc
per rea
ciascur
genera
di acco
chi non
l'ogget
proprie

moltiplicazione
concepisce, chi

in ordine all'e-
a, con una por-
fenomeno della
nire, le nozioni
si per il sorgere
, i concetti e le
quindi vengono
entre ora, nella
sati nel signifi-
i comprensione
altro di tenere
che induce sul
zioni familiari

il figlio non è
ma diviene il
modalità più
naturale di con-
iù considerata
che può essere
e in alcuni or-
naturale e quella
il diritto della
l'aggiornamento
evento di un
che a coppie
olo le coppie
naturalmente

soci sul processo
incipi, questioni,
azione umana e
a e E. Sgroccia,
mentali, Brescia,

alle diverse re-
ologica. Percorsi

incapaci di generare al loro interno, senza l'apporto di chi metta a disposizione i gameti complementari ovvero dia in uso il proprio utero.

Il ricorso ai metodi di procreazione artificiale produce in definitiva la tecnicizzazione e la spersonalizzazione della procreazione, con il relativo impoverimento della valenza antropologica della generazione umana. Nella procreazione naturale, infatti, il figlio è il frutto di una relazione trilaterale, in quanto nasce dall'incontro-donazione tra due persone, l'uomo e la donna della coppia coniugale, le quali, nel completarsi a vicenda, si aprono all'accoglienza di una terza persona. La filiazione, dunque, non è un fenomeno solo biologico, ma coinvolge l'interessa delle persone dei genitori e del figlio, con l'avvio di processi di accoglienza, di cura e di riconoscimento reciproco, che mirano a formare una nuova persona umana. Questa nuova creatura acquista la propria identità proprio dalla relazione con le persone che l'hanno generata. Diversamente, nella procreazione artificiale vi è una prevalenza ed un'enfasi data alla medicalizzazione gestita dagli interventi tecnici degli operatori sanitari, con una attenzione esasperata agli aspetti fisici della procedura per assicurare a tutti i costi la nascita di un figlio sano, mentre resta sullo sfondo, se non del tutto omissa, il coinvolgimento personale di coloro che con la fusione delle loro cellule germinali hanno dato origine al nuovo individuo.

Comunque sia, la procreazione medicalmente assistita implica una manipolazione della vita, anche se non siano attuati in concreto interventi che attentano all'esistenza, all'integrità fisica o al patrimonio genetico dell'embrione. In queste tecniche, infatti, viene stravolto il modo stesso di intendere la generazione di un figlio. Nella procreazione naturale, la vita è accolta come un dono, che scaturisce dalla precedente donazione reciproca tra i genitori; un mistero che trascende le capacità di disposizione dell'uomo e della donna, che possono solo collaborare mettendo a frutto le proprie potenzialità riproduttive, ma senza che il risultato dipenda interamente dal loro controllo. Nella procreazione artificiale, invece, si instaura un rapporto di dominio sul figlio: la nascita del bambino è considerata alla stregua di un progetto da costruire per realizzare quello che viene preteso come un diritto della vita privata di ciascun individuo, ossia il diritto di usare a piacimento delle proprie capacità generative, il diritto di scegliere se e come procreare, quindi il diritto anche di accogliere il figlio solo se corrisponde alle proprie aspettative. Non vi è chi non veda in questo atteggiamento una reificazione del figlio, che diviene l'oggetto di un diritto del singolo genitore, come un prodotto da esigere a proprio arbitrio.

2. La funzione del diritto canonico

Sull'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita si sono succeduti nel tempo diversi pronunciamenti del magistero della Chiesa³, nei quali l'attenzione è rivolta principalmente a esporre in modo analitico la valutazione morale delle diverse metodiche⁴, ma risultano enunciati anche alcuni principi di diritto, discendenti dalla legge naturale⁵, che individuano i beni fondamentali da proteggere, anche sotto il profilo giuridico, in riferimento allo statuto dell'embrione umano e all'essenza della relazione di procreazione coniugale: «a) il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano dal concepimento fino alla morte naturale; b) l'unità del matrimonio, che comporta il reciproco rispetto del diritto dei coniugi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro; c) i valori specificamente umani della sessualità, che "esigono che la procreazione di una persona umana debba essere perseguita come il frutto dell'atto coniugale specifico dell'amore tra gli sposi" (*Donum vitae*, II, B, 4)»⁶.

Nei documenti è contenuto l'invito al legislatore di stabilire una giusta regolamentazione giuridica sull'uso di queste tecniche, in conformità ai valori morali e giuridici enunciati⁷. Per contro, nell'ordinamento canonico, non risultano emanati interventi normativi specifici che siano diretti a definire regole giuridiche su tali questioni, per integrare o modificare le disposizioni dei codici.

³ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae*, Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, 22 febbraio 1987; GIOVANNI PAOLO II, enciclica *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Dignitas personae* su alcune questioni di bioetica, 8 settembre 2008. Per l'analisi e il commento del magistero in materia, si veda, da ultima, D. MILANI, *L'inizio della vita nel diritto canonico*, in AA.VV., *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino, 2013, 105-192.

⁴ Ai fini del giudizio di liceità o illiceità morale, il magistero ha delineato la distinzione fondamentale tra metodi che sono di ausilio alla procreazione, nel rispetto della dignità del concepito e del modo autenticamente umano di donare e di accogliere la vita, da un lato, e metodi, dall'altro, che manipolano o si sostituiscono all'atto umano di trasmissione della vita, trasformando il processo di procreazione da atto espressivo dell'amore coniugale a rapporto di dominio delle capacità riproduttive che ledono o strumentalizzano il bene integrale delle persone (*Donum vitae*, n. 4; II, B, n. 4; *Dignitas personae*, nn. 4 e 12).

⁵ «La legge naturale, che è alla base del riconoscimento della vera uguaglianza tra le persone e i popoli, merita di essere riconosciuta come la fonte a cui ispirare anche il rapporto tra gli sposi nella loro responsabilità nel generare nuovi figli. La trasmissione della vita è iscritta nella natura e le sue leggi permangono come norma non scritta a cui tutti devono richiamarsi» (BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al Congresso internazionale per il 40° anniversario dell'enciclica *Humanae vitae**, 10 maggio 2008, citato in *Dignitas personae*, n. 6).

⁶ *Dignitas personae*, n. 12.

⁷ Il compito della legge civile e la sua necessaria conformità con la legge morale sono sottolineate nell'istruzione *Donum vitae* (III) e nell'enciclica *Evangelium vitae* (nn. 71-72).

Ci si potret
in materia e

Nell'es
come il diri
rapporti fat
rispetto sia

Di fro
priarsi del
prevedende
matrimonio
deve svolg
famiglia, m
quanto è ev
nei codici p
che sorgono

⁸ Una te
et ius canon
petenza limit
aliquem in
matrimonio f

⁹ Sulla n
principi di dir
ZUANAZZI, L'
EAD., *Per un*
(2013), 409-4
diritto nella C

¹⁰ Alcuni
diritto matrim
artificiale e d
1303-1314; S
1199-1217; U
matrimoniale
tecnicas de f
matrimonial y
metodiche di
so biomedico
J.P. DURAND,
canonique, 45
trimoniale ca
giuridici dell
(2003), 192; B
problematiche
ecclesiastico i
ternità surrog

Ci si potrebbe chiedere, in effetti, se il diritto canonico sia chiamato a statuire in materia e, nel caso, a quali fini e con quale estensione di competenza⁸.

Nell'economia del sistema ecclesiale, ritengo sia importante sottolineare come il diritto canonico svolga un ruolo essenziale, anche nella disciplina dei rapporti familiari, e come tale ruolo sia da considerare necessario e specifico, rispetto sia alla legislazione civile sia alla dottrina morale.

Di fronte alla legislazione civile, anzitutto, il diritto canonico deve riappropriarsi della funzione di promuovere il giusto ordine delle relazioni familiari, prevedendo norme del diritto di famiglia che integrino e completino il diritto matrimoniale previsto nei codici⁹. Si tratta di un compito che il diritto canonico deve svolgere in forma più generale a tutela della integralità del sistema della famiglia, ma che ha ricadute specifiche sul tema della procreazione assistita, in quanto è evidente come non bastino i canoni sul matrimonio canonico contenuti nei codici per dare una adeguata regolamentazione alle questioni complesse che sorgono dall'uso di queste tecniche¹⁰.

⁸ Una tesi, esposta da U. NAVARRETE (*Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica de re canonica*, 77 (1988), 82), sostiene la competenza limitata del diritto canonico: «Practice restringitur ad illos questionis aspectus quos aliquem influxum habere possunt in ius matrimoniale canonicum atque in illa instituta quae in matrimonio fundatur».

⁹ Sulla necessità di elaborare un sistema canonico di diritto della famiglia, che si fondi sui principi di diritto insiti nel piano dell'economia divina secondo la visione cristiana, si rinvia a L. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem prolis del matrimonio canonico*, Napoli, 2012, *passim*; EAD., *Per un diritto di famiglia della Chiesa: i rapporti tra genitori e figli*, in *Ius Ecclesiae*, 25 (2013), 409-430; EAD., *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, in AA.VV., *Famiglia e diritto nella Chiesa*, a cura di M. Tinti, Città del Vaticano, 2015, 117-172.

¹⁰ Alcune delle questioni giuridiche sorte dall'incidenza dell'uso di queste tecniche sul diritto matrimoniale canonico sono già state esaminate dalla dottrina: P. MONETA, *Procreazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 16 (1987), 1303-1314; S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche in tema di fecondazione artificiale*, *ivi*, 1199-1217; U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica de re canonica*, 77 (1988), 77-107; M.J. MORO ALMARAZ, *Las nuevas técnicas de fecundación artificial y el derecho matrimonial canónico*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro*, 9 (1990), 361-385; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche di intervento sulla vita umana e diritto matrimoniale canonico*, in AA.VV., *Progresso biomedico e diritto matrimoniale canonico*, a cura di C. ZAGLIA, Padova, 1992, 145-182; J.P. DURAND, *implications canoniques des débats actuels sur la procréation*, in *Revue de droit canonique*, 45 (1995), 285-298; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 11 (1998), 418-419; M. GUIDA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale nel diritto matrimoniale canonico*, in *Apollinaris*, 76 (2003), 192; H. FRANCESCO, *La natura del bonum prolis e le sfide antropologico-giuridiche delle problematiche della bioetica*, prolusione all'inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale ecclesiastico regionale calabro del 7 febbraio 2012, in www.tercalabro.it; M.P. FAGGIOMI, *Maternità surrogata. Un nuovo impedimento?*, in *Periodica de re canonica*, 102 (2013), 279-305;

Tanto meno risulta legittimo e opportuno un rinvio automatico e incondizionato al diritto civile. Il panorama delle legislazioni in materia previste dagli ordinamenti giuridici statali mostra un quadro articolato tra modelli differenti, ispirati alle diverse impostazioni etiche e culturali che animano il dibattito socio-politico¹¹. Nondimeno, le spinte evolutive conducono a rilevare come

I. ZUANAZZI, *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, cit., 138-147; A. IACCARINO, *La giurisprudenza rotale e le culture*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e culture*, città del Vaticano, 2015, 186-191; A. GIRAUDDO, *Fecundazione assistita eterologa e matrimonio canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 28 (2015), 164-179; A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, *ivi*, 180-190. Altri contributi riguardano più in specifico la fattispecie della simulazione del consenso: J.J. GARCÍA FALDE, *Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y de la fidelidad*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 12 (1997), 274; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole e la fecondazione assistita*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, 176; I. ZUANAZZI, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Città del Vaticano, 2005, 203-211; M. WEGAN, *Esclusione del bonum prolis e fecondazione artificiale*, in *Quaderni Studio Rotale*, 15 (2005), 93-122; F. CATUZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis nei casi di fecondazione artificiale*, in AA.VV., *Il bonum fidei nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2013, 259-278. Per contro, la giurisprudenza rotale non sembra aver trattato molto l'argomento, dato che risultano occuparsene, tra le sentenze pubblicate, solo poche e risalenti: ARRT, *coram* Stankiewicz, 24 marzo 1988, in *RRDecisiones*, 80 (1988), 185, n. 2; *Passavien.*, *coram* De Lanversin, 15 giugno 1994, in *RRDecisiones*, 86 (1994), 316-318, nn. 11-15; *Reg. Latii seu Romana*, *coram* Stankiewicz, 22 febbraio 1996, in *RRDecisiones*, 88 (1996), 123, n. 13. Per un commento a queste sentenze, si vedano: J. WERCKMEISTER, *Le nouvelles formes de fécondation artificielle dans une sentence récente de la Rose*, in *Revue de droit canonique*, 45 (1995), 329-330; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei alla luce del fenomeno della procreazione artificiale*, in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), 241-252; F. SAUCHELLI, *La Rotai romana e la procreazione artificiale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 108 (1997), 578-579.

¹¹ I diversi orientamenti vedono fronteggiarsi, agli estremi, due grandi modelli di riferimento, tra loro contrapposti: quello libertario e quello personalista (L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica*, cit., 11-16). Il modello libertario pone l'accento sul diritto individuale alla *privacy* nella vita privata e familiare, un ambito nel quale lo Stato deve mantenere un atteggiamento neutrale e deve osservare il principio utilitaristico di garantire ai singoli il diritto di raggiungere la felicità nel modo che preferiscono. Anche il diritto di procreare deve essere tutelato in guisa di una scelta individuale di procreare come si vuole, con la piena liberalizzazione di tutte le tecniche che non confliggono con gli eguali diritti altrui.

Il modello personalista, per contro, afferma la necessità di salvaguardare valori superiori che si pongono come limite all'autodeterminazione individuale e che sono funzionali alla protezione di beni giuridici costituzionalmente garantiti: il primato della persona, l'indisponibilità del corpo umano, la centralità della famiglia. L'interesse a ricorrere alle tecniche di procreazione viene assicurato non come un metodo alternativo alla procreazione naturale, ma come intervento medico strumentale alla realizzazione del diritto alla tutela della salute, nell'ambito di un contesto familiare che promuova i ruoli genitoriali di padre e di madre che sono idonei a perseguire lo sviluppo integrale psico-fisico dei figli.

stia gradualmente e sensibilmente acquisendo prevalenza il paradigma di legislazione più libertario¹², un sistema che propugna la tendenziale liberalizzazione dell'uso di queste tecniche come espressione del principio di prevalenza dell'autodeterminazione individuale, con la previsione di soli pochi limiti inderogabili all'esercizio di questo diritto alla vita privata. Un modello, quindi, che contrasta in tutta evidenza con la dottrina personalistica proposta dall'insegnamento del magistero ecclesiale, che sostiene, come valori preminenti e indisponibili, la tutela della dignità intrinseca della persona e dell'originalità della procreazione umana.

Appare pertanto indispensabile formulare nell'ordinamento canonico delle norme specifiche che siano la traduzione sul piano giuridico della dottrina personalistica della Chiesa sulle relazioni familiari e che possano indicare i giusti principi di riferimento per qualsiasi legislazione in materia, oltre che dare disposizioni certe all'interno della comunità ecclesiale.

A regolare l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, del resto, non bastano i soli pronunciamenti di natura morale. Rispetto alla dottrina morale della Chiesa, infatti, il diritto canonico ha una funzione propria e specifica, come scienza pratica che regola i comportamenti umani, con prospettiva, fini e metodi distinti¹³. La morale guida la coscienza individuale per promuovere la perfezione della persona secondo criteri di bontà, ossia di piena valorizzazione del bene della persona, inteso come realizzazione del suo essere. Il diritto, per contro, ordina la convivenza tra le persone secondo criteri di giustizia che guardano alla tutela dei diritti di ciascuno nelle relazioni sociali e che sono diretti a temperare tra loro diritti diversi di più persone e a risolvere gli eventuali conflitti intersoggettivi¹⁴. La morale, pertanto, mira ad

¹² L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica*, cit., 18-23.

¹³ Il rapporto tra legge e morale viene riproposto, in termini analoghi, nell'istruzione *Donum vitae* (III) e nell'enciclica *Evangelium vitae* (nn. 68-74). Quantunque sia considerata specificatamente la legge civile, le enunciazioni sulla funzione e il metodo della legislazione possono valere anche per il diritto canonico. In particolare, nell'enciclica si evidenzia il compito proprio della legge che «è diverso e di ambito più limitato rispetto a quello della legge morale»: «Il compito della legge civile consiste, infatti, nel garantire un'ordinata convivenza sociale nella vera giustizia. Proprio per questo, la legge civile deve assicurare per tutti i membri della società il rispetto di alcuni diritti fondamentali, che appartengono nativamente alla persona e che qualunque legge positiva deve riconoscere e garantire» (ivi, n. 71).

¹⁴ La distinzione tra bioetica e biodiritto si trova enunciata anche in F. D'AGOSTINO - L. PALAZZANI, *Bioetica*, cit., 90-91 e 104-105: «Biodiritto e bioetica sono due sistemi retti da due codici binari diversi: la bioetica il codice bene/male, il biodiritto il codice giusto/ingiusto. Il diritto si limita all'etica minima della relazionalità socio-istituzionale, è l'etica "minima", necessaria, l'etica della misura e del limite, che lascia alla morale "massima" e "calda" la ricerca personale "oltre" la misura, l'impegno attivo e continuo dell'individuo in vista dell'attuazione compiuta e concreta del rispetto della dignità umana e della responsabilità nel confronto degli

assicurare l'etica massima nel comportamento delle persone, mentre il diritto è volto a realizzare l'etica minima nella convivenza tra più soggetti, tanto che, nell'equilibrare le diverse esigenze, può rinunciare a perseguire determinati atti, pur contrari a interessi rilevanti, per proteggere valori superiori o per evitare che la sanzione possa provocare danni ancora più gravi¹⁵.

Si può dunque predicare correttamente una distinzione tra l'ordine morale e l'ordine giuridico nella Chiesa, quantunque non si tratti di una piena autonomia, dato che entrambi fanno riferimento all'unico piano provvidenziale di Dio e quindi si fondano su presupposti teologici e antropologici che sono condivisi. La prospettiva di analisi, tuttavia, è diversa, così da dare impostazioni e soluzioni differenti a questioni di interesse comune. Si veda, ad esempio, in tema di legittimità dei figli, la diversa rilevanza attribuita a comportamenti contrari all'esercizio ordinato dell'attività sessuale. Per il diritto canonico sono da considerare legittimi i figli nati nel matrimonio, anche se concepiti prima della celebrazione delle nozze tra i genitori, quindi nel contesto di una condotta moralmente illecita¹⁶. Nella considerazione giuridica degli interessi da proteggere, infatti, viene attenuata l'applicazione del principio che legittima il compimento di atti sessuali solo tra persone sposate e viene data piuttosto prevalenza all'interesse del nato di acquisire lo *status* di figlio legittimo¹⁷.

Nel regolare l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pertanto, il diritto canonico ha una funzione specifica e insostituibile nel quadro della missione della Chiesa di curare il benessere spirituale dei fedeli e di promuovere il raggiungimento del fine supremo di salvezza delle anime. Al diritto, in primo luogo, spetta di tutelare i diritti e i valori fondamentali inerenti alla dignità della persona e all'essenza del matrimonio e della famiglia di fronte all'uso di queste tecniche e, di conseguenza, compete di stabilire quali di queste pratiche non compromettano tali beni, e quindi siano liberamente realizzabili, e quali, invece, risultino in qualche modo ad essi lesive e siano pertanto da

altri» (104-105). Il testo sottolinea, peraltro, la complementarità tra i due sistemi: «Il biodiritto senza la bioetica è cieco e la bioetica senza il biodiritto risulta vuota» (ivi, 105).

¹⁵ Quest'ultimo atteggiamento di tolleranza legale viene richiamato dal magistero anche nei temi di bioetica (istruzione *Donum vitae*, III; enciclica *Evangelium vitae*, n. 71). Sull'applicazione di questo principio, elaborato dalla tradizione canonica, in materia di tecniche di procreazione medicalmente assistita, si veda più ampiamente *infra*, § 5.2.

¹⁶ Can. 1137 CIC. Sulla distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale nel diritto canonico, si rinvia a M. LÓPEZ ALARCÓN, *Legítimos (hijos)*, in *Diccionario General de Derecho Canónico* (DGDC), diretto da J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Pamplona, 2012, V, 55-59; I. ZUNNAZZI, *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, cit., 117-138. Sulla questione, si veda quanto più ampiamente esposto *infra*, § 5.

¹⁷ Questa nozione ampia di filiazione legittima è stata sviluppata dal diritto canonico in nome del principio del *favor legitimitatis*.

proibire, prevedendo anche le sanzioni da ricondurre alle eventuali violazioni. Il diritto canonico, tuttavia, deve anche prendere atto del dato sociale per cui, nonostante le proibizioni, siano ormai molte le coppie che ricorrono alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dal momento che le legislazioni civili le consentono sempre più largamente. Al diritto tocca dunque, in secondo luogo, di valutare le conseguenze che derivano sul piano dei rapporti intersoggettivi dall'uso di queste tecniche, sia di quelle lecite che di quelle illecite, e di regolare la loro incidenza sulle relazioni familiari, componendo i diversi interessi e diritti delle persone coinvolte.

In questo contributo si cerca di ricostruire un sistema di norme in materia, strutturandolo intorno ai tre principi che nel corso della tradizione hanno sempre ispirato la normativa canonica: il *favor personae*, il *favor matrimonii* unito al *favor familiae*, e il *favor filiationis*.

3. Il principio del *favor personae*: la tutela dei diritti fondamentali della persona

Il principio del *favor personae* impone di salvaguardare la dignità della persona umana come un bene assoluto, intangibile e indisponibile. Ad ogni persona devono essere riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali che ineriscono all'essere umano in quanto tale, fin dall'origine della sua esistenza, vale a dire dal momento del suo concepimento, quando l'unione del gamete maschile e di quello femminile danno vita alla formazione di un nuova creatura¹⁸. Dalla penetrazione dello spermatozoo nell'ovulo, infatti, si verifica l'evento iniziale della fusione delle cellule germinali che mettono in comune il materiale genetico, avviando un processo vitale che si evolve in modo unitario, continuo e irreversibile, senza salti qualitativi, fino alla nascita del bambino¹⁹. A questo nuovo individuo deve essere garantito, fin dallo stadio embrionale, uno statuto giuridico essenziale, comprensivo di tutti i diritti che siano intrinseci alla sua struttura ontologica e di quelli che siano funzionali al suo benessere e al suo interesse di crescere, di svilupparsi e di essere accolto in un contesto di vita familiare²⁰. La difesa del valore assoluto dell'embrione umano nell'ordinamento

¹⁸ Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, n. 51; Istruzione *Donum vitae*, I, 1; PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Carta dei Diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983, art. 4; *Catechismo della Chiesa cattolica*, nn. 2270-2275; lettera enciclica *Evangelium vitae*, n. 60.

¹⁹ Sulle diverse teorie che pospongono l'inizio della soggettività dell'embrione umano a un momento successivo alla fecondazione, e per la loro critica, si vedano F. D'AGOSTINO- L. PALAZZANI, *Bioetica*, cit., 115-122.

²⁰ *Carta dei Diritti della famiglia*, art. 4.

canonico risulta tanto più necessaria e indispensabile, quanto più si nota come negli ordinamenti civili viene spesso negata la soggettività giuridica a chi non è ancora nato e le sue esigenze, pur essenziali, sono dimenticate o subordinate alle pretese di chi ha deciso di metterlo al mondo²¹. Secondo il principio del *favor personae*, per contro, nel regolare l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, occorre riconoscere la prevalenza dei diritti essenziali e inviolabili della persona nascitura rispetto alle aspettative o alle richieste di paternità e maternità degli aspiranti genitori.

La funzione garantistica del diritto richiede pertanto di proibire l'uso di quelle tecniche che ledono o pongono in situazione di grave pericolo le situazioni giuridiche che ineriscono allo statuto fondamentale dell'embrione.

Tra i diritti essenziali della persona emerge, anzitutto, il diritto alla vita del concepito. Tale diritto viene protetto dall'ordinamento canonico con la repressione penale del delitto di aborto²². Tradizionalmente, nella nozione di aborto era intesa l'espulsione dal grembo della madre del feto immaturo e incapace di vita autonoma, mentre l'uccisione del feto maturo e vitale, nonché l'infanticidio, erano ricompresi nell'omicidio²³. I revisori della codificazione latina non hanno ritenuto di dover prevedere una definizione dell'espressione, in quanto rinviavano a un senso che ritenevano sufficientemente consolidato nella dottrina cattolica²⁴. Nondimeno, con lo sviluppo scientifico e l'impiego di nuove tecniche di soppressione dell'embrione nel corpo della madre si è posto il problema di determinare in forma più precisa il significato del concetto e la tipologia delle condotte che rientrano nella fattispecie²⁵. Sulla questione è

²¹ L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione nell'era tecnologica*, cit., 114-136.

²² Can. 1398 CIC; can. 1450, § 2 CCEO; *Carta dei Diritti della famiglia*, art. 4, a. Per approfondimenti sul tema, si vedano, tra i contributi più recenti: V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di diritto canonico, Libro VI*, Roma, 2000, 363-366; B.F. PIGNIS, *Diritto penale canonico*, Venezia, 2008, 495-517; A. CHRAPKOWSKI, *Il delitto dell'aborto procurato. Problemi vecchi e nuovi*, in *Apollinaris*, 76 (2003), 341-357; F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del bien jurídico «vida» a los 20 años del CIC*, in AA.VV., *Proceso penal e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, a cura di D. Cito, Milano, 2005, 607-629; M. MARTIN, *Aborto*, in *Diccionario general de derecho canónico*, I, 2012, 73-79; M.J. REDONDO ANDRÉS, *Los delitos contra la vida y la libertad del hombre. Una mirada hacia el pasado, presente y futuro*, in AA.VV., *El código de derecho canónico de 1983. Balance y perspectivas a los 30 años de su promulgación*, a cura di J.L. Sánchez-Girón Renedo e C. Peña García, Madrid, 2014, 437-446; L. MIGUEL SÁEZ, *Análisis y valoración sobre la conveniencia de reforma del c. 1398 en base al uso de las técnicas de fecundación artificial*, *ivi*, 447-455.

²³ Can. 1397 CIC; can. 1450, § 1 CCEO.

²⁴ *Communicationes*, 9 (1977), 317: «*Nonnulli petierunt ut detur definitio aborti. Consultores non vident rationem huius definitionis, cum doctrina catholica sit clara hac in re*».

²⁵ Sul punto si confrontavano opinioni diverse. Accanto a chi continuava a sostenere la nozione tradizionale di aborto come l'intervento deliberato e volontario di interrompere la gra-

intervenuta la Commissione per l'interpretazione autentica del codice, con una dichiarazione che ha accolto una comprensione ampia della fattispecie penale dell'aborto, estesa a intendere l'uccisione del feto «*quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis procuretur*»²⁶. Questa concezione risulta confermata dal pontefice Giovanni Paolo II nell'enciclica *Evangelium vitae*, nella quale si definisce "l'aborto procurato" come «l'uccisione deliberata e diretta, comunque venga attuata, di un essere umano nella fase iniziale della sua esistenza, compresa tra il concepimento e la nascita»²⁷.

È significativo sottolineare come la fattispecie criminosa dell'aborto stabilisca per l'uccisione del nascituro una sanzione penale ancora più grave dell'omicidio, all'interno del quale si ricomprende anche l'infanticidio. In ciò si evidenzia una diversa percezione della gravità della condotta costitutiva del delitto nell'ordinamento canonico rispetto agli ordinamenti secolari, in alcuni dei quali la sanzione penale viene ridotta o rimossa in presenza di determinate circostanze che possono giustificare sotto il profilo sociale l'interruzione volontaria della gravidanza²⁸. Nel diritto canonico, invece, l'azione di chi procura intenzionalmente l'aborto ottenendone l'effetto risulta oggetto di una particolare riprovazione, in considerazione della gravità delle sue conseguenze non solo sulla vita del bambino, ma anche sulla salute psichica e sul bene spirituale della madre. Questo "delitto abominevole", come lo qualifica il magistero²⁹, si connota per alcuni aspetti che ne accentuano la condanna rispetto ad altri delitti contro la vita: l'innocenza assoluta del concepito, che non può mai essere considerato come un aggressore³⁰; la sua debolezza estrema, priva di qualsiasi forma di difesa³¹; il suo totale affidamento alla madre, ossia proprio a colei che

vidanza e di espellere il feto immaturo dal corpo della madre, altri proponevano una configurazione più ampia dell'aborto, idonea a comprendere qualsiasi azione diretta a uccidere un feto vivo, sia all'interno che all'esterno del corpo della madre: per l'indicazione dei sostenitori delle diverse tesi, sia nella dottrina anteriore alla vigente legislazione, sia tra i primi commentatori del nuovo codice, si rinvia a A. CHRAPKOWSKI, *Il delitto dell'aborto procurato*, cit., 346-348; F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del bien jurídico «vida»*, cit., 617-618.

²⁶ La dichiarazione è stata confermata dal papa Giovanni Paolo II il 23 maggio 1988 (AAS, 80 (1988), 1818-1819).

²⁷ *Evangelium vitae*, n. 58.

²⁸ L. CICCONE, *Bioetica*, cit., 61-77.

²⁹ *Gaudium et spes*, n. 51; *Evangelium vitae*, n. 58.

³⁰ «Chi viene soppresso è un essere umano che si affaccia alla vita, ossia quanto di più innocente in assoluto si possa immaginare: mai potrebbe essere considerato un aggressore, meno che mai un aggressore ingiusto!» (*Evangelium vitae*, n. 58).

³¹ «È debole, inerme, al punto di essere privo anche di quella minima forma di difesa che è costituita dalla forza implorante dei gemiti e del pianto del neonato» (*ibidem*).

talvolta decide di sopprimerlo³². Nessuna motivazione oggettiva può legittimare il ricorso all'aborto³³, anche se gli scopi soggettivi e le circostanze personali di chi pone in essere la condotta criminosa possono aggravare o attenuare la responsabilità penale³⁴. Peraltro, dato che la sanzione consiste nella scomunica *latae sententiae*, la presenza di circostanze esimenti o attenuanti impedisce di incorrere nella irrogazione automatica della pena³⁵.

L'uso delle tecniche di fecondazione extracorporea ha fatto sorgere l'interrogativo se possano essere ricondotti alla fattispecie dell'aborto gli atti di soppressione degli embrioni concepiti *in vitro*. Non vi possono essere dubbi sulla piena configurabilità di una condotta abortiva per gli atti di riduzione degli embrioni già impiantati nel grembo materno³⁶. Quantunque la fecondazione sia avvenuta al di fuori del corpo della donna, l'uccisione dell'embrione avviene dopo che è stato trasferito nell'utero e quindi è stata avviata la gravidanza³⁷.

Qualche dubbio, invece, è sorto in merito agli atti di soppressione degli embrioni che vengono posti in essere *in vitro*, al di fuori del corpo materno. La selezione degli embrioni da trasferire nel grembo materno viene generalmente attuata a seguito di una diagnosi pre-impiantatoria, per eliminare quelli portatori di difetti non desiderati dai potenziali genitori. A riguardo di questi atti il magistero è chiaro nel considerarli, a tutti gli effetti, una "pratica abortiva precoce"³⁸. Parte della dottrina canonistica, invece, ritiene che tali condotte non siano pienamente riconducibili alla fattispecie del can. 1398, per la mancanza di un inizio di gravidanza, e quindi sostiene che, in base al principio di certezza della norma penale³⁹ o a quello di interpretazione stretta della fattispecie criminosa⁴⁰, questa norma penale non possa essere applicata, ma, per punire tali

³² «È totalmente affidato alla protezione e alle cure di colei che lo porta in grembo. Eppure, talvolta, è proprio lei, la mamma, a deciderne e a chiederne la soppressione e persino a procurarla» (*ibidem*).

³³ *Evangelium vitae*, nn. 57 e 59.

³⁴ B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., 514.

³⁵ V. DE PAOLIS - D. CYTO, *Le sanzioni nella Chiesa*, cit., 366.

³⁶ Atti definiti "pratica abortiva" nell'istruzione *Dignitas personae*, 21: «Dal punto di vista etico, la riduzione embrionale è un aborto selettivo. Si tratta, infatti, di eliminazione deliberata e diretta di uno o più esseri umani innocenti nella fase iniziale della loro esistenza, e come tale costituisce sempre un disordine morale grave».

³⁷ In senso conforme all'applicabilità del can. 1398: M. MARTÍN, *Aborto*, cit., 78; L. MIGUEL SÁEZ, *Análisis y valoración sobre la conveniencia de reforma del c. 1398*, cit., 453.

³⁸ «La diagnosi pre-impiantatoria... è finalizzata di fatto ad una selezione qualitativa con la conseguente distruzione di embrioni, la quale si configura come una pratica abortiva precoce» (Istruzione *Dignitas personae*, n. 22).

³⁹ Can. 14 CIC: «*Leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent*».

⁴⁰ Can. 18 CIC: «*Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*».

condo
figura
degli
quali
corpo
It
aborto
quanti
il solo
lità ut
della t
quoc
di abo
mome
all'int
R
brioni
contra
infatti
proprio
ben di
proprio
termin
qualsi
giuridi
esegui
piano
N
ne dell
equiva
della n

41
MARZIA
PAOLIS -
bien juri
Aborto,
42
Revista
43
44
2013, 34

condotte, il legislatore debba provvedere *de iure condendo* a statuire una nuova figura delittuosa⁴¹. Altri, invece, sostengono che gli atti di selezione *in vitro* degli embrioni rientrino a pieno titolo nella nozione di aborto, comprensiva di qualsiasi comportamento di soppressione di nuove vite, sia fuori che dentro il corpo della madre⁴².

Invero, occorre considerare che la struttura della fattispecie del delitto di aborto viene definita dalla dichiarazione autentica come un reato di evento, in quanto l'elemento essenziale della condotta costitutiva dell'azione criminosa è il solo risultato dell'uccisione del concepito, mentre sono indifferenti le modalità utilizzate per realizzarlo e la fase di sviluppo in cui si trova la formazione della nuova vita nel momento in cui si verifica l'offesa (*«quocumque modo et quocumque tempore»*). Di conseguenza, rientra pienamente in questa nozione di aborto qualsiasi atto di soppressione degli embrioni, compiuto in qualsiasi momento dopo il concepimento, sia che avvenga al di fuori, sia che avvenga all'interno del corpo materno.

Ricondurre al can. 1398 gli atti di selezione pre-impiantatoria degli embrioni non comporta una estensione arbitraria della fattispecie criminosa, ma al contrario, una interpretazione conforme al senso autentico del termine. Bisogna infatti ricordare che l'interpretazione stretta è quella che si ricava dal "significato proprio delle parole considerato nel testo e nel contesto"⁴³, da tenere pertanto ben distinta dalla interpretazione "restrittiva", la quale invece riduce il senso proprio delle parole, correggendo il testo legale⁴⁴. Il significato proprio del termine aborto, come precisato dalla interpretazione autentica, considera tale qualsiasi atto di soppressione della vita del nascituro, senza attribuire rilevanza giuridica al momento o al luogo in cui avviene, né alla tecnica con cui viene eseguita. Ne consegue come gli atti di selezione degli embrioni prima dell'impianto rientrano nella nozione di aborto, considerata appunto in senso stretto.

Non vale, del resto, a scriminare tra condotte diverse l'uso, nella descrizione delle azioni, di locuzioni verbali formalmente distinte ma sostanzialmente equivalenti o ricomprese le une nelle altre. Così, non pare ragionevole, ai fini della normativa penale, distinguere tra fecondazione e concepimento, dato che

⁴¹ J. SANCHES, *L'aborto procurato: aspetti canonistici*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), 669; A. MARZON, *Extensión del concepto penal de aborto*, in *Ius Canonicum*, 29 (1989), 585; V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa*, cit., 366; F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del bien jurídico «vida»*, cit., 620-622; B.F. PICHÓN, *Diritto penale canonico*, cit., 511; M. MARTÍN, *Aborto*, cit., 78.

⁴² F. AZNAR GIL, *El delito canónico del aborto. Comentario a una respuesta de la CPI*, in *Revista española de derecho canónico*, 47 (1990), 239.

⁴³ Can. 17 CIC.

⁴⁴ E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma, 2013, 349.

la fecondazione è il momento iniziale del concepimento e la tutela della vita umana viene ricondotta alla sua origine, ossia con la fecondazione del gamete femminile con il gamete maschile⁴⁵. Ancora, non rileva distinguere tra embrione e feto, in quanto l'uno è lo stadio iniziale dell'altro, cosicché la protezione del feto fin dal concepimento non può che ricomprendere la tutela dell'embrione⁴⁶.

In definitiva, le offese alla vita dell'essere umano non ancora nato rientrano tutte nella fattispecie delittuosa dell'aborto, e non possono essere trattate diversamente a seconda che avvengano prima o dopo l'impianto nel corpo materno. La formazione della persona umana, infatti, è un processo vitale unitario che si sviluppa dal concepimento alla nascita senza salti qualitativi, e non si può attribuire valore giuridico diverso alle sue varie fasi, né si può dare maggiore o minore rilevanza agli attentati alla vita a seconda dello stadio o della sede in cui sono posti.

Oltre agli atti che costituiscono pregiudizio al diritto fondamentale alla vita del nascituro, il diritto canonico proibisce anche le tecniche che arrecano una lesione del diritto all'integrità fisica del concepito. Tale può essere considerata la crioconservazione, che pone l'embrione in una situazione di grave rischio di morte o di danno alla salute⁴⁷. E, ancora, le diverse forme di sperimentazione⁴⁸ o di manipolazione genetica, non dirette a uno scopo terapeutico di guarigione o di migliore benessere dell'embrione stesso⁴⁹, che determinano un pregiudizio sia all'integrità fisica del concepito, sia alla sua dignità e identità personale. Non esistendo una fattispecie delittuosa specifica diretta a sanzionare siffatte

⁴⁵ E. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del bien jurídico «vida»*, cit., 620-622; B.F. PICANI, *Diritto penale canonico*, cit., 621.

⁴⁶ B.F. PICANI, *Diritto penale canonico*, cit., 511-512.

⁴⁷ «La crioconservazione è incompatibile con il rispetto dovuto agli embrioni umani: presuppone la loro produzione *in vitro*; li espone a gravi rischi di morte o di danno per la loro integrità fisica, in quanto un'alta percentuale non sopravvive alla procedura di congelamento e di scongelamento; li priva almeno temporaneamente dell'accoglienza e della gestazione materna; li pone in una situazione suscettibile di ulteriori offese e manipolazioni» (*Dignitas personae*, n. 18). Nello stesso senso, *Donum vitae*, I, 6.

⁴⁸ «la sperimentazione non direttamente terapeutica sugli embrioni è illecita» (Istruzione *Donum vitae*, I, 4); «b) Il rispetto per la dignità dell'essere umano esclude ogni manipolazione sperimentale o sfruttamento dell'embrione umano.» (*Carta dei Diritti della famiglia*, art. 4, b); «l'uso degli embrioni o dei feti umani come oggetto di sperimentazione costituisce un delitto nei riguardi della loro dignità di esseri umani, che hanno diritto al medesimo rispetto dovuto al bambino già nato e a ogni persona» (*Evangelium vitae*, n. 63).

⁴⁹ «c) Tutti gli interventi sul patrimonio genetico della persona umana, i quali non mirino a correggere le anomalie, costituiscono una violazione del diritto all'integrità fisica e contrastano il bene della famiglia» (*Carta dei Diritti della famiglia*, art. 4, c). «Queste manipolazioni sono contrarie alla dignità personale dell'essere umano, alla sua integrità e alla sua identità» (Istruzione *Donum vitae*, I, 6).

condotte, nella misura in cui gli atti offensivi provocano una mutilazione o una ferita grave al concepito, possono essere fatti rientrare nella fattispecie più generale del can. 1397, avente ad oggetto la punizione delle lesioni fisiche prodotte a un essere umano, che siano attuate senza uno scopo terapeutico e che comportino una diminuzione grave della sua integrità fisica.

La tutela dell'uguale dignità delle persone umane, come bene assoluto e indisponibile da trattare sempre come fine e mai come mezzo, inoltre, richiede di proibire anche quelle tecniche di procreazione medicalmente assistita che implicano la strumentalizzazione della persona e l'asservimento della stessa o del suo corpo agli interessi di un altro individuo⁵⁰. Sotto questo profilo, deve essere considerata lesiva dei diritti fondamentali della persona la clonazione riproduttiva, in quanto provoca la schiavitù biologica del soggetto clonato e pregiudica il diritto fondamentale alla propria originale identità genetica⁵¹. Del pari, la maternità e la gestazione surrogate risultano contrarie al rispetto dovuto alla dignità delle persone, sia della donna gestante sia del concepito, e al diritto fondamentale del nascituro all'identità familiare⁵². Per queste pratiche, peraltro, sono stati espressi solo giudizi di riprovazione sul piano della dottrina morale, mentre non risultano ancora formulate nell'ordinamento canonico norme giuridiche che li proibiscano, stabilendo anche la tipologia di una eventuale sanzione. Pertanto, quantunque siano da ritenere illegittime in base al diritto naturale, perché arrecano una grave offesa ai beni fondamentali della persona, tuttavia non sono riconducibili a una determinata fattispecie criminosa prevista espressamente dal codice. In attesa di un intervento positivo del legislatore penale, diretto a configurare nuove e apposite figure delittuose, queste condotte possono essere punite con una sanzione penale solo nei modi e alle condizioni stabilite dalla norma generale del can. 1399, che prevede la possibilità di irrogare una giusta pena o penitenza in presenza di una violazione esterna di una legge divina o canonica, quando la speciale gravità della violazione esige una punizione e urge la necessità di prevenire o di riparare gli scandali.

In una visione integrale della difesa dovuta al valore e al benessere della persona umana, peraltro, anche altre tipologie di interventi sulla procreazione sono da considerare lesive degli interessi giuridicamente rilevanti e da proteggere dell'embrione. Si pensi alla fecondazione extra corporea, che priva il concepito della possibilità di instaurare con la madre, fin dai primi momenti di

⁵⁰ «Ogni persona deve essere rispettata per se stessa: in ciò consiste la dignità e il diritto di ogni essere umano fin dal suo inizio» (Istruzione *Donum vitae*, I, 6).

⁵¹ «Il fatto che una persona si arroghi il diritto di determinare arbitrariamente le caratteristiche genetiche di un'altra persona, rappresenta una grave offesa alla dignità di quest'ultima e all'uguaglianza fondamentale tra gli uomini» (Istruzione *Dignitas personae*, 29).

⁵² Sul tema si veda più ampiamente *infra*, § 5.3.

vita, un legame precoce di attaccamento biologico che costituisce presupposto fondamentale per un pieno e sano sviluppo sia fisico che psichico del bambino⁵³. E ancora, si consideri la fecondazione eterologa, che priva il concepito della certezza sull'origine genetica e della corrispondenza tra radici biologiche e identità familiare dei genitori. Tali tecniche sono pertanto da considerare, oltre che moralmente illecite⁵⁴, anche ingiuste in quanto lesive di diritti fondamentali della persona. Spetterà alla valutazione prudente del legislatore stabilire se reprimere l'uso di tali tecniche con sanzioni penali. In ogni caso, la gravità del carattere antigiusdittico di questi atti può assumere rilevanza anche in altri contesti, quando occorra dare un giudizio sulla correttezza delle intenzioni e del comportamento degli aspiranti genitori o sulla loro compatibilità con i valori essenziali della procreazione⁵⁵.

4. Il principio del *favor matrimonii* e del *favor familiae*: la tutela dei beni giuridici del matrimonio e della famiglia.

Il *favor matrimonii* è il principio che ispira l'intera disciplina giuridica del matrimonio⁵⁶ e che riflette l'impostazione teologica e antropologica della dottrina cristiana sul consorzio nuziale, per la quale, da un lato, si guarda con ottimismo alla predisposizione innata dell'uomo e della donna a donarsi reciprocamente nell'unione sponsale e, dall'altro, si presidia con norme favorevoli il valore di questa comunione in quanto realtà positiva, sia sotto il profilo esistenziale, come realizzazione della vocazione all'amore delle persone, sia sotto il profilo sacramentale, come sublimazione del rapporto sponsale tra battezzati nell'alleanza d'amore tra Cristo e la Chiesa⁵⁷. Al *favor matrimonii* sono

⁵³ Fin dallo stadio di due cellule, l'embrione instaura un dialogo incrociato con la madre (*cross-talk*), attraverso uno scambio di sostanze che rappresenta una particolare forma di comunicazione reciproca. L'importanza di questo stadio al fine della formazione del bambino viene ormai sottolineato da studi consolidati di embriologia e di psicologia neonatale.

⁵⁴ Istruzione *Donum vitae*, II, A, 2 e II, B, 5; *Dignitas personae*, n. 14.

⁵⁵ Si vedano le riflessioni svolte *infra* in merito alla validità del consenso nuziale.

⁵⁶ «*Matrimonium gaudet favore iuris*» (can. 1060 CIC; can. 779 CCEO).

⁵⁷ Sul *favor matrimonii* in generale, si vedano: U. NAVARRETE, *Favore del diritto (Favor iuris)*, in *Nuovo dizionario di diritto canonico*, Cinisello Balsamo (Milano), 1993, 492-500; J.J. BAÑARES, *Ad can. 1060*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, vol. III, tomo II, Pamplona 1997, 1083-1089; G. DALLA TORRE, *Il "favor iuris" di cui gode il matrimonio (can. 1060 - 1101 § 1)*, in *AA.VV., Diritto matrimoniale canonico*, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano, 2002, 221-233; ID., *Libertà matrimoniale e "favor matrimonii"*, in *AA.VV., La persona nella Chiesa. Diritti e doveri dell'uomo e del fedele*, Padova, 2003, 151-170; A.S. SÁNCHEZ GIL, *Il favor matrimonii e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale*, in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), 325-344; F. D'AMICO, *Il principio*

pertanto e
processua
connubii
mentre, d
della com

Al fa
famiglia è
sul patto c
con la get
per la real
acceptatio
che proteg
al *favor n*
a salvagu
matrimon
dare piene
sponsale e

Il diri
no alla se
non solo,
della com
profilo per
domestico
fico la gen
fine essen
fondamen
delle pers
alla relazi
in forza de

del favor m
in AA.VV., 5
431-452.

⁵⁸ Can.

Sul diritto al
nel sistema s

⁵⁹ Can.

803, § 2 CCI

⁶⁰ In sp

Lettera alle J
si rinvia a L.
iuris canonici

peraltro da ricondurre una serie di disposizioni giuridiche, sia sostanziali sia processuali, che, prima della celebrazione del matrimonio, promuovono lo *ius connubii* e l'*habilitas* dei nubendi a contrarre un autentico consorzio nuziale⁵⁸, mentre, dopo la celebrazione delle nozze, proteggono la validità e la stabilità della comunione di vita e di amore costituita tra i coniugi⁵⁹.

Al *favor matrimonii* si può ritenere correlato il *favor familiae*, in quanto la famiglia è la comunità di persone che trova nella comunione tra i coniugi sorta sul patto coniugale il proprio nucleo primordiale, che poi si estende e si completa con la generazione dei figli⁶⁰. Le stesse norme che garantiscono i presupposti per la realizzazione della capacità degli sposi di unirsi in una reciproca *deditio acceptatio* ordinata al bene dei coniugi e al bene della prole, nonché quelle che proteggono la comunione di persone così costituita, sono ispirate insieme al *favor matrimonii* e al *favor familiae*. Tali principi sono tesi, in definitiva, a salvaguardare l'attuabilità e la preservazione della struttura ontologica del matrimonio e della famiglia, quali istituzioni necessarie e indisponibili per dare pieno effetto, sul piano sia antropologico sia sacramentale, alla vocazione sponsale e familiare delle persone.

Il diritto canonico, pertanto, protegge gli elementi essenziali che ineriscono alla sostanza del matrimonio e della famiglia, come beni giuridici rilevanti non solo, sotto il profilo istituzionale, per assicurare l'impianto e la missione della comunione familiare nel piano dell'economia divina, ma anche, sotto il profilo personale, per promuovere gli interessi dei diversi componenti il gruppo domestico nell'ambito delle relazioni familiari. Per quanto concerne in specifico la generazione dei figli, l'*ordinatio ad procreationem prolis* costituisce un fine essenziale del matrimonio e della famiglia, che viene tutelato negli aspetti fondamentali, in quanto corrispondono alle esigenze vitali e imprescindibili delle persone. Siffatti interessi giuridicamente rilevanti si riferiscono tanto alla relazione tra coniugi, quanto alla relazione tra genitori e figli. I coniugi, in forza della reciproca *deditio* realizzata con la costituzione del matrimonio,

del favor matrimonii (Annotazioni critiche alla lettura presuntiva del can. 1060 c.l.c. 1983), in AA.VV., *Studi in onore di P. Pellegrino*, a cura di M.L. Tacelli e V. Turchi, I, Napoli, 2009, 431-452.

⁵⁸ Can. 1058 CIC; can. 778 CCEO; art. 1 *Carta dei diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983. Sul diritto al matrimonio, si veda H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Milano, 2004.

⁵⁹ Can. 1061, § 2 CIC; can. 1084, § 2 CIC e can. 801, § 2 CCEO; can. 1086, § 3 CIC e can. 803, § 2 CCEO; can. 1096, § 2 CIC; can. 1101, § 1 CIC e can. 824, § 1 CCEO.

⁶⁰ In questo senso è la definizione di famiglia di GIOVANNI PAOLO II, in *Gratissimam sane*, *Lettera alle famiglie*, 2 febbraio 1994, n. 7. Sul valore della famiglia nella società e nella Chiesa, si rinvia a I. ZUANAZZI, *La famiglia come "soggetto" nel diritto della Chiesa*, in *Ephemerides iuris canonici*, 55 (2015), 405-423.

sono titolari del diritto-dovere di diventare genitori l'uno con l'altra, come frutto della loro mutua integrazione sponsale⁶¹. I figli, in forza della loro eguale dignità di persone, hanno il diritto di nascere dalla donazione vicendevole di una coppia di genitori eterosessuali, uniti nel rapporto stabile di matrimonio, quale condizione e presupposto essenziali per la formazione della loro identità personale e familiare, nonché per la loro maturazione integrale⁶².

Di conseguenza, le tecniche di procreazione medicalmente assistita che risultano contrarie alle esigenze giuridiche fondamentali dei coniugi e dei figli sono da considerare, oltre che moralmente illecite, anche antiggiuridiche, in quanto offendono i beni giuridici del matrimonio e della famiglia, venendo a contraddire i principi di giustizia insiti nelle relazioni familiari. Così, la fecondazione omologa tra conviventi o la fecondazione della persona sola al di fuori del rapporto di coppia contrastano con la correlazione necessaria tra la filiazione e il matrimonio dei genitori⁶³; la fecondazione omologa sostitutiva dell'atto di donazione sponsale contrasta con la connessione inscindibile tra la dimensione unitiva e quella generativa della comunione coniugale⁶⁴; la fecondazione eterologa contrasta con il carattere esclusivo della procreazione tra i coniugi⁶⁵.

La illiceità giuridica di tali tecniche, anche in assenza di disposizioni espresse positivamente, può ritenersi implicita nelle medesime norme di diritto naturale che tutelano i diritti fondamentali dalle stesse violati, sia quelli tra coniugi, sia quelli tra genitori e figli. Tuttavia, il diritto canonico deve anche precisare quali siano le conseguenze che si producono sul piano giuridico, qualora gli aspiranti genitori facciano ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pure quando siano contrarie ai beni giuridici del matrimonio e della famiglia. A tal fine, bisogna distinguere tra le conseguenze nei rapporti tra i coniugi, da regolare in base al principio del *favor matrimonii*, e le conseguenze nei rapporti tra genitori e figli, da regolare in base al principio del *favor filiationis*.

4.1 Il contenuto essenziale dell'impegno coniugale

Tra le conseguenze del *favor matrimonii* viene ricompresa una presunzione generale di validità del matrimonio, «*donec contrarium probetur*»⁶⁶. Si tratta di una presunzione *iuris tantum* che precisa in riferimento al matrimonio

⁶¹ *Donum vitae*, II, A, n. 1; II, B, n. 4.

⁶² *Donum vitae*, II, A, n. 1 e III.

⁶³ Can. 1055, § 1 CIC.

⁶⁴ *Donum vitae*, II, B, nn. 5 e 6; can. 1061, § 1 CIC.

⁶⁵ *Donum vitae*, II, A, nn. 2-3; can. 1056 CIC.

⁶⁶ Can. 1060 CIC; can. 779 CCEO.

un principio comune a tutti gli atti giuridici, a garanzia della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici⁶⁷, ma che acquista un significato ulteriore e più pregnante nel connubio, in ragione della sua funzione promozionale al bene delle persone. Pertanto, se sussiste il fatto della corretta celebrazione nuziale o del pacifico possesso di stato coniugale⁶⁸, per inficiare la validità del matrimonio occorre dimostrare senza alcun dubbio ragionevole o probabile che si è verificato all'origine un vizio di nullità⁶⁹. Deve trattarsi, nondimeno, di una causa che preclude il sorgere del matrimonio nella sua struttura essenziale, in quanto ne pregiudica i requisiti minimi di esistenza, non già di un motivo che ne impedisca la mera felice realizzazione (*ut matrimonium sit, non ut bene sit*).

Di conseguenza, l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte dei coniugi può incidere sulla validità del matrimonio solo se compromette in radice e in modo assoluto la loro disponibilità alla procreazione al momento della celebrazione delle nozze. Ciò può accadere o perché tali pratiche siano oggetto di intenzioni contrarie ai beni fondamentali del matrimonio, o perché l'aver fatto ricorso ad esse abbia alterato l'immagine sponsale di uno dei due nubendi. Potranno quindi avere rilevanza giuridica in ordine all'eventuale nullità del matrimonio i comportamenti di chi sia ricorso alle tecniche di procreazione assistita prima del matrimonio e l'abbia tenuto nascosto all'altra parte, provocando una divergenza tra il proprio vissuto personale e la sua comprensione percepita dall'altro contraente (ed è la fattispecie dell'errore, sia spontaneo sia doloso); ovvero di chi si sia ripromesso di fare uso di queste tecniche nel momento in cui esprime il consenso matrimoniale, determinando una contrapposizione tra la struttura essenziale del matrimonio e la propria volontà di aderirvi (ed è la fattispecie della simulazione, per l'esclusione consapevole, o dell'errore di diritto, per la divergenza inconsapevole). Non incide, invece,

⁶⁷ Il principio, riconosciuto come assioma fondamentale in tutti gli ordinamenti ("*quod factum est, praesumitur recte factum*"), si trova enunciato nel can. 124, § 2 CIC. Il collegamento e il medesimo fondamento tra la presunzione di validità del matrimonio e quella degli atti giuridici enunciata nel can. 124, § 2, come principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico, viene sottolineata dal pontefice GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota romana*, 29 gennaio 2004, in *Ius Ecclesiae*, 16 (2004), 323, n. 4.

⁶⁸ Deve comunque risultare dimostrato l'evento storico della celebrazione delle nozze, la c. d. *species seu figura matrimonii*, in quanto la presunzione non opera se il matrimonio è inesistente o sia privo dell'apparenza di un corretto matrimonio (ad esempio un matrimonio celebrato *iocul causa* o nel corso di una rappresentazione teatrale) (G. DALLA TORRE, *Libertà matrimoniale e "favor matrimonii"*, cit., 160).

⁶⁹ Come conseguenza della presunzione di validità, sul piano processuale si prescrive al giudice, che non abbia raggiunto la certezza morale in merito alla prova del vizio di nullità, di pronunciarsi a favore della validità del matrimonio (can. 1608, § 4 CIC; art. 247, § 5 *Dignitas connubi*).

sulla validità del matrimonio il fatto che i coniugi, nel corso della convivenza sponsale, si siano avvalsi concretamente di queste tecniche, senza averlo progettato previamente 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.

L'attenzione, pertanto, si deve focalizzare sul consenso nuziale, il momento costitutivo del connubio, per valutare quale portata possano avere simili fatti o atteggiamenti sulla volontà necessaria a sostenere il matrimonio.

Meno problematiche si presentano le fattispecie di errore sulle qualità di uno dei due contraenti. La dottrina ha già messo in luce alcune qualità di una delle parti che conseguono all'aver fatto uso di tecniche di procreazioni assistite⁷⁰ e che, se sono oggetto di errore dell'altra parte, possono incidere sul suo consenso matrimoniale, nella misura in cui siano idonee a perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale e siano state nascoste⁷¹; ovvero, siano state intese direttamente e principalmente⁷². In queste fattispecie, la difficoltà è data principalmente dalla prova della *quaestio facti*, ossia dal dimostrare che effettivamente tali comportamenti siano stati assunti; che tale evento rappresenti realmente una qualità rilevante per il nubendo caduto in errore o per la realizzazione del connubio; che, nel caso del dolo, sia stato ordito un inganno allo scopo di indurre l'altra parte a contrarre matrimonio⁷³.

Incertezze, invece, rispetto alla *quaestio iuris* si riscontrano in merito alle fattispecie di divergenza tra la volontà matrimoniale e la sostanza del matrimonio. La questione fondamentale che si pone è quella di definire il contenuto essenziale del consenso matrimoniale, ossia l'oggetto indisponibile dell'impegno coniugale a cui deve dirigersi la volontà dei nubendi, per poi verificare la compatibilità con lo stesso dei progetti nuziali assunti concretamente dai singoli sposi.

È nota, in merito, la proposta di una parte della dottrina di integrare la definizione dell'*ordinatio ad prolem* del matrimonio e di estendere il contenuto dei diritti e doveri essenziali dei coniugi in modo da ricomprendere modalità di trasmissione della vita che siano conformi alla dignità umana e alla rettitudine morale. In base a questo orientamento, lo scambio tra gli sposi dello *ius ad actus per se aptos ad proles generationem* sottintende anche la reciproca donazione dello *«ius et obligatio non procreandi filios nisi ex semine proprii coniugis*

⁷⁰ Si veda l'elenco ipotizzato da U. NAVARRETE, *Novae methodi*, 94-95 e ripreso da altra dottrina: M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 168-169; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 175.

⁷¹ Can. 1098 CIC.

⁷² Can. 1097, § 2 CIC.

⁷³ In senso conforme: A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 175.

*necnon ius-obligatio filios non procreandi nisi mediante copula coniugali, coadiuvata, si opus fuerit, mediis moraliter licitis, vitae non periculosis nec extraordinariis*⁷⁴. Seguendo il ragionamento della tesi, quindi, se i coniugi si propongono di generare con mezzi di procreazione medicalmente assistita moralmente illeciti o straordinari, il consenso matrimoniale sarebbe invalido per una insita violazione del *bonum prolis* e del *bonum coniugum*, se trattasi di fecondazione omologa, e pure del *bonum fidei*, se trattasi di fecondazione eterologa⁷⁵.

Una simile conclusione, tuttavia, pare non tenere conto della necessaria differenziazione tra le conseguenze morali e le conseguenze giuridiche che derivano dall'uso delle tecniche di procreazione assistita, come viene invece richiesto dalla distinzione tra l'ordine morale e l'ordine giuridico, sopra sottolineata⁷⁶. Il proposito di ricorrere a mezzi moralmente illeciti, infatti, può comportare la responsabilità della coscienza individuale, ma non è detto che contrasti in modo radicale con la necessaria disponibilità ad accogliere i beni fondamentali del consorzio coniugale, così da determinare la nullità del matrimonio per il venir meno dei requisiti minimi del consenso nuziale. Non si può dedurre automaticamente la contrarietà delle intenzioni dei nubendi alla struttura essenziale del matrimonio in base alla sola qualificazione morale delle tecniche che gli stessi si propongono di usare. È necessario, al contrario, svolgere una valutazione complessiva della volontà integrale ed effettiva dei nubendi nella progettazione del matrimonio, quale emerge non solo dalla natura

⁷⁴ U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 96. La tesi è ripresa in dottrina da M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 155-157; J.J. GARCIA FALDE, *Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida*, cit., 274; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 271. In giurisprudenza questo orientamento viene seguito dalle poche sentenze che hanno affrontato la questione: ARRT, *coram* Stankiewicz, 24 marzo 1988, 185, n. 2; *Reg. Latii seu Romanae, coram* Stankiewicz, 22 febbraio 1996, 123, n. 13; *Passavien., coram* De Lanversin, 15 giugno 1994, 316-318, nn. 11-15.

⁷⁵ Conclusioni analoghe, dirette a rilevare la nullità del patto nuziale, sono sostenute anche da altri autori, i quali, pur non seguendo le argomentazioni della posizione precedente, ritengono nondimeno che nella struttura naturale del matrimonio la procreazione non possa essere separata dall'atto di intimità coniugale. La previsione di attuare strumenti che distacchino i due aspetti inscindibili della donazione sponsale, pertanto, impedisce per ciò stesso il sorgere di un autentico consorzio: P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1309; R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Madrid, 1995, 127; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei*, cit., 249; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole e la fecondazione assistita*, cit., 176; A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, II, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano, 2003, 313.

⁷⁶ Evidenziamo la necessità di distinguere tra responsabilità nella sfera morale e conseguenze sul piano giuridico S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1212; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., 369-370; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 171.

oggettiva dei mezzi programmati, ma, soprattutto, dalle motivazioni soggettive che stanno alla base della volontà di ricorrervi e dalle modalità concrete con cui ci si propone di realizzarle⁷⁷. Solo in base a questa analisi completa si può verificare se ricorrano realmente i presupposti giuridici di una fattispecie di nullità del matrimonio.

Ciò vale soprattutto in merito alla fattispecie della simulazione, nella quale si richiede l'atto positivo di volontà diretto a escludere un bene essenziale del matrimonio⁷⁸. Ma risulta fondamentale anche in quella dell'*error determinans voluntatem*, per la quale occorre che sia provato nel caso concreto non solo un *actus intellectus speculativi*, ossia un semplice errore astratto sugli elementi essenziali del coniugio, ma pure un *actus intellectus practici* che applica quella visione falsificata alla concreta intenzione nuziale del nubendo e viene così a costituire la *practica agendi ratio* della volontà, in quanto la ordina effettivamente a quell'oggetto⁷⁹. In entrambe le fattispecie, dunque, non basta la mera previsione astratta e teorica di far ricorso a pratiche moralmente illecite, ma occorre verificare se questa intenzione abbia realmente inciso sulla volontà matrimoniale, precludendo la disponibilità dei coniugi ad accogliere i *bona matrimonii* nel loro contenuto essenziale.

Nella prospettiva di una valutazione globale dei propositi concreti dei nubendi, anche la programmazione prenuziale di ricorrere a mezzi moralmente leciti, per le motivazioni che la ispirano e le modalità con cui la si vuole attuare, potrebbe risultare contraria ai beni giuridici del matrimonio e compromettere i requisiti minimi di un autentico consenso matrimoniale.

Può essere utile svolgere un esempio, pur con i limiti intrinseci del metodo esemplificativo. Si faccia l'ipotesi di una donna che si riserva di accedere alla inseminazione artificiale omologa *in vivo*, con seme raccolto durante l'atto coniugale, una tecnica considerata dal Magistero come moralmente lecita, in quanto non si sostituisce all'atto coniugale, ma è diretta a coadiuvarlo nella realizzazione del fine procreativo⁸⁰. Peraltro, la donna assume questa decisione unilateralmente, senza parlarne con il futuro sposo; inoltre, si propone di raccogliere fraudolentemente il seme durante l'atto coniugale, all'insaputa del marito; e ancora, si propone di insistere con accanimento nella ricerca del concepimento, nonostante i numerosi fallimenti che provocano numerosi aborti spontanei. Siffatta volontà di procreare, nonostante abbia ad oggetto tecniche moralmente lecite, si connota per diversi profili di contrarietà sia al *bonum*

⁷⁷ Tesi già esposta in I. ZUANAZZI, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione*, cit., 207-211.

⁷⁸ Can. 1101, § 2 CIC.

⁷⁹ Can. 1099 CIC.

⁸⁰ Istruzione *Donum vitae*, II, B, n. 6.

coniugum
nei confre
embrioni,
a tutti i co

Al co
non pregi
ad accogli
dere, quin
conto sia c
generale c
sociale dif
atteggiam
tevole aut
induce ori
per gener
coglie nea
sicché pot
matrimoni
dei nubend
mancare i
sione degl
di discordi
sui conten

4.2. Analisi

L'anal
imprescimi
mente le c
nuziale. Se
di esclusio
significativ
di giudizio
rapporto al

La fatt
in dottrina
tecniche di

⁸¹ A. Gi
rotale e lo cul

coniugum sia al *bonum proles*: si veda la volontà di dominio e di sfruttamento nei confronti del coniuge, ovvero l'atteggiamento di disprezzo per la vita degli embrioni, che inducono la donna a calpestare le esigenze altrui pur di realizzare a tutti i costi il proprio desiderio egoistico di maternità.

Al contrario, la previsione di ricorrere a mezzi moralmente illeciti potrebbe non pregiudicare in forma essenziale quel *minimum* necessario di disponibilità ad accogliere e rispettare i beni giuridici del matrimonio. Non si può prescindere, quindi, da un'analisi puntuale delle singole fattispecie concrete, tenendo conto sia delle intenzioni reali degli specifici nubendi, sia della considerazione generale che queste tecniche rivestono nella cultura attuale e nella mentalità sociale diffusa, per le ricadute soggettive che questa percezione può avere sugli atteggiamenti individuali. In particolare, è opportuno considerare come il notevole aumento del numero delle persone che si avvalgono di queste tecniche induce ormai la collettività a ritenere che non si tratti più di mezzi straordinari per generare dei figli⁸¹. Inoltre, il modo prevalente del pensare corrente non coglie neanche il disvalore morale e giuridico di alcune di queste pratiche, cosicché potrebbe non percepire nemmeno la loro contrarietà ai beni essenziali del matrimonio. Di conseguenza, nonostante la divergenza oggettiva tra la volontà dei nubendi e la sostanza del matrimonio, sotto il profilo soggettivo potrebbero mancare i presupposti per configurare un vero e proprio atto volontario di esclusione degli stessi beni. Non si verrebbe, pertanto, a configurare una fattispecie di discordanza consapevole e deliberata, quanto di inavvertenza, ossia di errore sui contenuti essenziali del consenso matrimoniale.

4.2 Analisi delle fattispecie di esclusione dei beni essenziali del matrimonio

L'analisi delle singole fattispecie, in base alle circostanze concrete, risulta imprescindibile, come si è sottolineato, per accertare se ricorrano effettivamente le condizioni giuridiche per configurare le cause di nullità del consenso nuziale. Senza pretendere di esaurire i possibili casi, potenzialmente infiniti, di esclusione dei beni essenziali del matrimonio, si illustrano alcune ipotesi significative che possono aiutare a comprendere il metodo di indagine e i criteri di giudizio per impostare l'esame del capo della simulazione matrimoniale in rapporto alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La fattispecie su cui si riscontra una sostanziale convergenza di opinioni in dottrina è quella di chi, uno o entrambi i nubendi, si rifiuta di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita, persino a quelle lecite, nonostante siano

⁸¹ A. GIRAITO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 171; A. IACCARINO, *La giurisprudenza rotale e le culture*, in AA.VV., *Matrimonio canonico e culture*, Città del Vaticano, 2015, 186-187.

l'unico modo possibile per generare figli. Questa decisione è solo in apparenza contraria all'orientamento procreativo del matrimonio, in quanto ai coniugi non si riconosce uno *ius ad prolem*, bensì uno *ius ad procreationem*, vale a dire il diritto-dovere di donarsi reciprocamente le proprie capacità generative attraverso il compimento degli atti che sono naturalmente idonei al concepimento di una nuova creatura⁸². Un rigetto dei metodi artificiali di generazione sarebbe pertanto pienamente rispettoso della struttura naturale del matrimonio⁸³.

Maggiori difficoltà presenta invece l'analisi delle fattispecie di chi si riserva di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita al momento della celebrazione delle nozze.

4.2.1. La fecondazione omologa

Per la fecondazione omologa, sia *in vivo* che *in vitro*, valgono con maggior forza le considerazioni svolte nel paragrafo precedente circa la percezione sociale di queste tecniche, non considerate mezzi straordinari di sussidio alla procreazione, né colte come atti illeciti. Ai fini di una valutazione più analitica della possibile incidenza sui beni giuridici del matrimonio, si può distinguere, anzitutto, a seconda che il proposito dei nubendi riguardi la fecondazione *in vivo* o quella *in vitro*, e, di seguito, in base alle diverse motivazioni e modalità del progetto matrimoniale.

a) La fecondazione *in vivo*

Si esamini in primo luogo la fattispecie di chi, entrambi gli sposi o uno solo di essi, si proponga di ricorrere alla tecnica della fecondazione omologa *in vivo* con il seme raccolto al di fuori della copula coniugale⁸⁴. Un simile proposito appare solo formalmente favorevole alla prole, perché in realtà è contrario al modo veramente umano di trasmettere la vita all'interno degli atti di amore coniugale⁸⁵. Purtuttavia, all'interno di questa ipotesi, bisogna ulteriormente

⁸² Istruzione *Donum vitae*, II, B, n. 8; *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 2378.

⁸³ P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1309-1310; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 147; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, cit., 172. Aderiscono a questa conclusione anche P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale*, cit., 418-419; M. GUIDA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale*, cit., 192.

⁸⁴ Pratica considerata moralmente illecita nella istruzione *Donum vitae*, II, B, n. 6.

⁸⁵ In questa fattispecie, come sottolinea G. DALLA TORRE (*L'esclusione della prole*, cit., 173), la volontà non esclude la procreazione in sé, ma è diretta a condizionarne le modalità. L'orientamento prevalente in dottrina sostiene l'invalidità del consenso che preveda un simile proposito: P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1309; S. GHERO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1211; R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit., 127; J.J. GARCÍA FALDÍ, *Incidenca de las técnicas*, cit., 274-275; H. FRANCESCO, *Il contenuto del «bonum prolix»*, cit.,

considerare l'alternativa al solo attraverso distinguere s coniugale, qu ovvero se ril funzione un

Nel case priamente co il diritto degl persino con la totale dei cor Data la gravi matrimonio, i motivazioni e in patologie l della prole⁸⁷.

è diretta a cos costanze conc *ipsum* o al bo la figura della

Nel case vere coniugai concepimento

248-249; G. DAL fecondazione art esclusione del bon

⁸⁶ Il contras filiazione deve es coniugum, in qua naturali (P. MON essentiali del ma 1211; F. CATOZZI

⁸⁷ Gli essem nare gli sposi a rit o di particolare fis sanitaria di evitar attraverso il rappo vanza di simili pu in rapporto all'Al a cura di S. GHER AA.VV., *Prole e s*

considerare se l'uso di questa tecnica viene progettato in funzione sostitutiva o alternativa alla procreazione naturale. Se i coniugi si propongono di procreare solo attraverso il metodo della fecondazione artificiale, è necessario ancora distinguere se siano comunque disponibili ad avere tra loro gli atti di intimità coniugale, quantunque la procreazione sia programmata in via solo artificiale, ovvero se rifiutino di realizzare del tutto la copula coniugale, anche solo in funzione unitiva.

Nel caso in cui i nubendi escludano del tutto di porre tra loro gli atti propriamente coniugali, questa intenzione si pone in contraddizione non solo con il diritto degli sposi a procreare attraverso l'incontro personale dei corpi⁸⁶, ma persino con la struttura sostanziale del matrimonio che presuppone la donazione totale dei coniugi, anche sotto il profilo della comunione nella sfera sessuale. Data la gravità dell'incidenza di una simile decisione sulla natura stessa del matrimonio, non pare che possa avere valore scriminante la possibile varietà di motivazioni che ne stanno a base, in quanto pure quelle che non hanno origine in patologie fobiche degli sposi ma guardano alla salute dell'altro coniuge o della prole⁸⁷, non valgono a compensare il fatto che la volontà dei coniugi non è diretta a costituire un autentico matrimonio. Salva sempre la verifica delle circostanze concrete, si potrebbe configurare una volontà contraria al *matrimonium ipsum* o al *bonum coniugum* e al *bonum prolis*, che realizza, rispettivamente, la figura della simulazione totale o della simulazione parziale.

Nel caso in cui, invece, i nubendi non escludano di porre in essere gli atti *vere coniugales*, ma si riservino di usare le opportune cautele per evitare il concepimento naturale, bisogna passare a esaminare quali siano le ragioni che

248-249; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, cit., 173-174; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale*, cit., 415; M. GUIDA, *Riflessi giuridici*, cit., 190; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 272.

⁸⁶ Il contrasto viene configurato in dottrina sia nei riguardi del *bonum prolis*, in quanto la filiazione deve essere frutto degli atti naturali di amore coniugale, sia nei confronti del *bonum coniugum*, in quanto una simile riserva priva gli sposi del diritto alla paternità o alla maternità naturali (P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1309). La negazione del duplice elemento essenziale del matrimonio è prospettata anche da S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1211; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 277.

⁸⁷ Gli esempi proposti in dottrina in merito alle possibili motivazioni che possono determinare gli sposi a rifiutare la generazione per via naturale concernono una «qualche forma di fobia o di particolare fissazione» (P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1309), oppure «la ragione sanitaria di evitare il contagio al coniuge e la trasmissione alla prole di infezione trasmissibile attraverso il rapporto sessuale» (G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, cit., 173). La rilevanza di simili patologie infettive sul matrimonio è stata esaminata in dottrina particolarmente in rapporto all'AIDS o virus da HIV. Sul tema si vedano: A.A.VV., *Matrimonio canonico e AIDS*, a cura di S. GHERRO e G. ZUANAZZI, Torino, 1995; G. BONI, *L'esclusione della prole e l'AIDS*, in A.A.VV., *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, 2003, 179-259.

inducono ad adottare un simile progetto e se siano compatibili con il *minimum* essenziale di disponibilità ad accogliere i beni del matrimonio. Così, si può considerare l'ipotesi dei nubendi che ricorrano a tale risoluzione per evitare di contagiare il coniuge con una malattia infettiva trasmissibile attraverso l'atto coniugale non protetto dal preservativo. Pur se anche l'uso degli anticoncezionali diversi dai metodi naturali sia considerato una pratica moralmente illecita, tuttavia non si intravede, nelle intenzioni dei nubendi, una contrarietà ai presupposti minimi tanto del *bonum prolis* (perché vogliono un figlio, quantunque per via artificiale), quanto del *bonum coniugum* (perché sono disponibili alla integrazione sessuale, quantunque protetta). Pertanto, qualora sussistano cause gravi di procreazione responsabile, la preclusione dell'esercizio di atti fecondi, anche per l'intera durata del matrimonio, può essere compatibile con una intenzione nuziale che faccia egualmente salva l'essenziale *ordinatio ad prolem* del connubio⁸⁸.

Nell'ipotesi in cui la fecondazione artificiale sia programmata dai nubendi in via alternativa o sussidiaria, ossia qualora non riescano ad avere figli con la procreazione naturale, la dottrina generalmente distingue a seconda che gli sposi abbiano programmato di far uso di metodi che siano leciti sotto il profilo morale o, al contrario, illeciti. Mentre la decisione di impiegare tecniche che rispettino la derivazione della generazione dall'atto coniugale e non separino l'aspetto unitivo da quello procreativo viene ritenuta da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza conforme al *bonum prolis*, invece il progetto diretto ad applicare modalità illecite è considerato contrario alla struttura essenziale del matrimonio, in quanto nell'oggetto indisponibile del consenso sono da comprendere pure i diritti-doveri inerenti ai presupposti di trasmissione della vita nel contesto del rapporto interpersonale tra coniugi⁸⁹. Altra parte della dottrina, invece, ritiene, più correttamente, che il fatto di progettare di avvalersi di mezzi di procreazione assistita contrari alla morale, pur repressibile sul piano etico, non implichi automaticamente la nullità giuridica del consenso nuziale⁹⁰. Per

⁸⁸ Sulla procreazione responsabile e sull'incidenza delle decisioni ad essa ispirate sul consenso matrimoniale, si rinvia a I. ZUANAZZI, *La filiazione*, cit., 149-154.

⁸⁹ U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 98-99; M.F. POMPIDDA, *Nuove metodiche*, cit., 156-157. Aderiscono a questa posizione F. SAUCHELLI, *La Rota Romana e la procreazione artificiale*, cit., 577-578; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione*, cit., 41-42; M. GUIDA, *Riflessi giuridici*, cit., 193; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 272-273. Per la giurisprudenza si vedano le sentenze citate *supra* nella nota 74.

⁹⁰ Evidenziano la necessità di distinguere tra responsabilità nella sfera morale e conseguenze sul piano giuridico S. GHERO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1212; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, cit., 174; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., 369-370. Riconoscono la validità del consenso matrimoniale di chi non escluda la procreazione naturale ma si riservi comunque il diritto, *si casus ferat*, di ricorrere a tecniche di fecondazione omologa,

valutare l'...
non basta c...
esaminare i...
le quali gli...
deciso di co...
e ancora, s...
perseguire...
a salvaguar...
natura del n...
disposti a c...

b) La f...

Per qu...
rere alla fe...
compatibili...
fisica dell'e...
pone l'emb...
offese ai su...
bendi di far...
progetto di...
Pure in que...
va della vo...
vuole ricor...
Peraltro, oc...
diritti fonda...
la presunzi...
sopprimere...
che possano...
tale volontà...
possa confi...
delle altre c...
ricorrere a c...

La prin...
fattispecie c...

pure R. NAVA...
las técnicas, e...

⁹¹ Si ved...

⁹² Alfere...
PIDDA, *Nuove...
prolis*, cit., 27...

n il *minimum*
Così, si può
per evitare di
traverso l'atto
anticoncezio-
nemente illecita,
arietà ai pre-
dio, quantun-
so disponibili
ra sussistano
ercizio di atti
mpatibile con
ordinatio ad

ta dai nubendi
vere figli con
sconda che gli
sotto il profilo
tecniche che
non separino
della dottrina
etto diretto ad
essenziale del
sono da com-
ione della vita
della dottrina,
alersi di mezzi
ul piano etico,
nuziale⁹⁰. Per

essa ispirate sul

odiche, cit., 156-
azione artificiale,
Riflessi giuridici,
cit., 272-273. Per la

rale e consequen-
G. DALLA TORRE,
ile, cit., 369-370,
creazione naturale
idazione omologa,

valutare l'effettiva incidenza sul matrimonio di tale proposito, come si è detto, non basta considerare esclusivamente la tipologia delle tecniche, ma occorre esaminare con attenzione le motivazioni personali e le modalità oggettive con le quali gli sposi si propongono di attuare una simile risoluzione: se l'abbiano deciso di comune accordo o se sia l'imposizione unilaterale dell'uno all'altro; e ancora, se siano disposti a rispettare la vita come un dono o se intendano perseguire la strada del figlio a tutti i costi. In definitiva, se siano disponibili a salvaguardare comunque i beni fondamentali del matrimonio connessi alla natura del rapporto coniugale e alla dignità del nascituro o se, all'opposto, siano disposti a calpestarli pur di raggiungere i propri obiettivi personali.

b) La fecondazione *in vitro*

Per quanto concerne, in secondo luogo, la fattispecie di chi voglia ricorrere alla fecondazione omologa *in vitro*, un aspetto ulteriore da valutare è la compatibilità dell'uso di queste tecniche con la tutela della vita e dell'integrità fisica dell'embrione, in quanto il concepimento al di fuori del corpo della madre pone l'embrione in una situazione di grave pericolo di subire manipolazioni e offese ai suoi interessi fondamentali⁹¹. Di conseguenza, l'intenzione dei nubendi di fare uso di questa tecnica pone il dubbio circa la compatibilità del loro progetto di procreazione con il *bonum prolis* cui è ordinato il matrimonio⁹². Pure in questa fattispecie la risposta va cercata in una valutazione complessiva della volontà matrimoniale, che non guardi solo ai mezzi oggettivi cui si vuole ricorrere, ma pure alle motivazioni ispiratrici e alle modalità attuative. Peraltro, occorre tenere conto della gravità offensiva di queste tecniche verso i diritti fondamentali del concepito, che può costituire un indizio da cui inferire la presunzione di una volontà che, se pure non è diretta intenzionalmente a sopprimere o ledere in altro modo gli embrioni, quanto meno accetta il rischio che possano subire un simile pregiudizio. Bisognerà pertanto valutare quanto tale volontà abbia pesato sul disegno complessivo del matrimonio e se davvero possa configurare una esclusione del *bonum physicum prolis* o non sussistano delle altre circostanze che possano attenuare o ridimensionare la decisione di ricorrere a questi interventi.

La prima attenzione, come si vede, deve considerare le peculiarità della fattispecie concreta. Per questo si possono distinguere diversi comportamenti.

pure R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit., 127; J.J. GARCÍA FALDÉ, *Incidencia de las técnicas*, cit., 275.

⁹¹ Si veda quanto detto *supra*, § 3.

⁹² Affermano la contrarietà di un simile proposito al *bonum physicum prolis*: M.F. POMPIDA, *Nuove metodiche*, cit., 163; F. CANTOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 274.

Una prima ipotesi può riguardare il caso di due sposi che si propongono di ricorrere alla fecondazione extracorporea perché sanno di non poter procreare naturalmente, a causa di un difetto dell'apparato riproduttivo dell'uno o dell'altra, ma decidono di concepire *in vitro* solo pochi embrioni e di trasferirli tutti nell'utero per portare avanti la gravidanza. Se pure gli embrioni subiscono un danno dal non essere concepiti direttamente nel grembo della madre e dall'essere impiantati solo successivamente, nondimeno le lesioni alla loro integrità fisica sono ridotte e gli aspiranti genitori dimostrano di adottare tutte le cautele possibili per tutelare la loro vita e salute, evitando la soppressione di alcuni embrioni e il congelamento di altri.

Una seconda ipotesi, invece, concerne il caso in cui i nubendi siano consapevoli di essere portatori sani di gravi patologie di origine genetica e programmino di generare dei figli solo per via artificiale *in vitro*, in modo da poter selezionare gli embrioni e impiantare nell'utero solo quelli privi della patologia ereditaria. Una simile intenzione è certamente illecita, perché contraria al diritto fondamentale alla vita degli embrioni, ma, d'altro canto, potrebbe non sembrare del tutto contraria al fine procreativo del matrimonio, perché i nubendi vogliono avere figli, quantunque con modalità ingiuste, non rispettose della dignità di tutti gli esseri umani. Il loro atteggiamento è analogo a quello di chi, nella procreazione naturale, si ripromette di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza quando, dagli esami prenatali, possa risultare una malformazione del feto⁹³. In ambedue le fattispecie i genitori si prefiggono l'obiettivo di mettere al mondo solo figli sani: si tratta di un modo di concepire la procreazione che costituisce certamente una distorsione della funzione dei genitori, ma che non nega radicalmente la possibilità di avere figli. Occorre pertanto chiedersi se tale programmazione possa essere considerata compatibile con i requisiti essenziali dell'*ordinatio ad prolem* del matrimonio.

In senso contrario, si può anzitutto sottolineare come il proposito di subordinare la nascita dei figli al riscontro di determinati requisiti di eugenetica venga a contraddire il carattere assoluto dell'*ordinatio ad procreationem* del matrimonio, che richiede ai nubendi di essere aperti a far nascere tutti i figli donati dal Creatore, senza porre limiti o condizioni a riguardo del loro stato di salute⁹⁴. L'esclusione condizionata dei figli per motivi di eugenetica è solo apparentemente un rifiuto parziale o temporaneo, in quanto risulta potenzialmente totale e perpetuo, nella misura in cui la condizione non abbia mai a verificarsi.

⁹³ Un atto che viene definito come gravemente illecito (*Donum vitae*, l. n. 2), oltre che configurare il delitto canonico ai sensi del can. 1398 CIC, su cui si veda *supra*, § 3.

⁹⁴ Sull'invalidità del consenso che esprime una esclusione condizionata della prole, si veda P. BIANCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal C.I.C. 1983*, in AA.VV., *Prole e matrimonio canonico*, cit., 125.

Invero, se uno è sano, la loro vita che non lo sia sia portatore di creature con mali, l'*ordinatio ad prolem* è disponibile, quella malattia.

Il rifiuto è giustificato in modo previsto. La vita umana nessuna motivazione di avere un figlio di non portatore sia la patologia e per nessuna eugenetica è una volontà considerata.

Sembra che la fecondazione sia una esclusione di carattere assoluto.

4.2.2. La

Con la fecondazione di coppia degli embrioni ha individuato di tali tecniche.

⁹⁵ Si veda

⁹⁶ *Evangelium*

⁹⁷ Se i mal

tuale di rischio quella di astensione di non a se comprende l'*La filiazione ne*

Invero, se anche gli sposi mirano in astratto ad avere eventualmente un figlio sano, la loro intenzione è deliberatamente diretta a scartare tutti gli altri figli che non lo siano, e quindi, se non riescono a ottenere alcun embrione che non sia portatore della patologia, andranno a sopprimere un numero illimitato di creature concepite *in vitro*. Viene pertanto a mancare, nei presupposti minimali, l'*ordinatio ad procreationem* del consenso matrimoniale; intesa come disponibilità ad accogliere e a prendersi cura di ogni vita, sia quella sana che quella malata.

Il rifiuto dei figli con patologie ereditarie non può neppure essere ritenuto giustificato in base ad argomentazioni di procreazione responsabile, dato che il modo previsto per evitare la nascita consiste nella soppressione di vite umane. La vita umana, come si è visto⁹⁵, è un bene assoluto e indisponibile, per cui nessuna motivazione, né oggettiva né soggettiva, può rendere legittima l'intenzione di arrecarle un'offesa diretta. Di conseguenza, neppure il desiderio di avere un figlio sano può compensare o rendere meno riprovevole la volontà di non portare a termine lo sviluppo degli altri concepiti, per quanto grave sia la patologia ereditaria di cui potrebbero essere portatori, in nessun caso e per nessuna ragione⁹⁶. La volontà di selezionare gli embrioni per motivi di eugenetica è da equiparare alla volontà di uccidere degli esseri umani, quindi una volontà che è contraria al *bonum physicum prolis* e non può essere affatto considerata una decisione di procreazione responsabile⁹⁷.

Sembra pertanto di dover concludere che il programma di ricorrere a una fecondazione extra corporea con selezione eugenetica degli embrioni configuri una esclusione tanto del bene dei figli considerato *in seipsum*, quanto del carattere assoluto della *ordinatio ad procreationem* del matrimonio.

4.2.2. La fecondazione eterologa

Con la fecondazione eterologa si ricorre ai gameti di persone estranee alla coppia degli aspiranti genitori per generare un figlio. Il Magistero ecclesiale ha individuato un duplice profilo di contrarietà ai beni del matrimonio nell'uso di tali tecniche. In primo luogo, si configura il contrasto con l'unità del ma-

⁹⁵ Si vedano le osservazioni svolte *supra*, § 3.

⁹⁶ *Evangelium vitae*, nn. 57 e 59.

⁹⁷ Se i nubendi sanno di essere portatori di gravi patologie ereditarie e con un'alta percentuale di rischio di trasmissione ai figli, l'unica scelta veramente di procreazione responsabile è quella di astenersi dal procreare. Sulla compatibilità con l'*ordinatio ad bonum prolis* della decisione di non avere figli, motivata da ragioni oggettive che guardano al bene delle persone, pur se comprende l'intera durata del matrimonio, si rinvia alle riflessioni contenute in I. ZUANAZZI, *La filiazione nel diritto canonico della famiglia*, cit., 150-154.

trimonio e la fedeltà reciproca dovuta tra gli sposi, venendo così ad ampliare il contenuto del diritto-dovere di fedeltà che deriva dall'impegno coniugale, sino a ricomprendere "il reciproco rispetto del loro diritto a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro"⁹⁸. In secondo luogo, la fecondazione eterologa appare anche contraria al diritto del figlio di essere concepito, portato in grembo, partorito e cresciuto dalle medesime figure di genitori uniti in matrimonio⁹⁹. Anche sotto questo profilo, si viene ad estendere il contenuto della *ordinatio ad procreationem prolis* del consorzio coniugale, dato che si riconosce il diritto-dovere degli sposi di mettere a frutto i propri gameti all'interno del rapporto nuziale come requisito essenziale per garantire il benessere e la crescita integrale del figlio.

Sulla scorta di questi pronunciamenti, la maggioranza della dottrina ritiene che l'intenzione dei nubendi di usare gameti di altre persone, o di cedere ad altri i propri gameti per generare dei figli, configuri la fattispecie di nullità del consenso matrimoniale per esclusione del *bonum fidei*¹⁰⁰. Alcuni autori individuano anche la figura dell'esclusione del *bonum prolis*¹⁰¹, o, ancora, dell'esclusione del *bonum coniugum*¹⁰².

È evidente che la fecondazione eterologa provoca un *vulnus* all'unità del matrimonio, in quanto il connubio si costituisce con la donazione integrale dei nubendi e determina la condivisione di un patrimonio di comunione di vita e di amore che è esclusivo tra i coniugi e quindi, per ciò stesso, è escludente il coinvolgimento di terze persone¹⁰³. Tale carattere esclusivo ed escludente del vincolo coniugale comprende e connota tutti gli aspetti del matrimonio, tanto la relazione interpersonale tra gli sposi, quanto la finalità procreativa e il rapporto tra genitori e figli. In tutti gli elementi essenziali del matrimonio, pertanto, i coniugi si devono vicendevolmente il diritto-dovere di fedeltà, che

⁹⁸ Istruzione *Donum vitae*, II, A, nn. 1-2.

⁹⁹ Istruzione *Donum vitae*, II, A, nn. 1-2.

¹⁰⁰ P. MONETA, *Procreazione artificiale*, cit., 1308-1309; S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1208; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 167; J.J. GARCIA FALDE, *Incidencia de las técnicas*, cit., 267-284; R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, cit., 126-127; H. FRANCISCHI, *Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei*, cit., 249-252; P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., 395; F. CAJOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 275-276; C. PEÑA GARCÍA, *Matrimonio y causas de nulidad en el derecho de la Iglesia*, Madrid, 2014, 241; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 172.

¹⁰¹ Il *bonum prolis* è considerato l'unico profilo di esclusione da U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 103; M. WEGAN, *Esclusione del bonum prolis*, cit., 117. Invece viene ritenuto un profilo aggiuntivo da altri: F. CAJOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 276; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 170-171.

¹⁰² F. CAJOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 277; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 173.

¹⁰³ P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., 388.

discende
affettivo
atti propri

Per i
fecondaz
questioni
bene fon
decisione
venga d
presuppo
Come si
fecondaz
mente im
ma bisog
matrimos
fondame

Rigu
dubbia la
l'ordinaz
sotto pro
carattere
duttive tr
l'uno con
zione ete
coniugi b
un figlio
dal rappo
di genito
diversi a
femminil
di un altr
concepit
anche co
rapporto
ruoli dive
rapporto
il bene de

discende dalla mutua appartenenza dell'uno con l'altra: sia nelle espressioni affettivo-sessuali ordinate al bene dei coniugi, sia nello scambio reciproco degli atti propriamente coniugali aperti alla procreazione.

Per quanto concerne peraltro l'incidenza del proposito di ricorrere alla fecondazione eterologa sul consenso matrimoniale, occorre affrontare due questioni: la prima, di carattere più sistematico, richiede di definire con quale bene fondamentale del matrimonio si possa porre in contraddizione una simile decisione; la seconda, più sostanziale, impone di valutare quando tale intenzione venga ad escludere un elemento essenziale della sostanza del matrimonio nei presupposti minimi necessari, così da determinare l'invalidità del consenso. Come si è detto, infatti, non basta la sola previsione di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa, pur se sono qualificate dal Magistero come atti gravemente immorali, per configurare la fattispecie della simulazione del consenso, ma bisogna esaminare in modo complessivo la programmazione concreta del matrimonio, in tutti i suoi aspetti, per verificare la sussistenza dei requisiti fondamentali di una fattispecie di nullità.

Riguardo alla individuazione dei beni giuridici compromessi, sembra indubbia la contrarietà del progetto di ricorrere alla fecondazione eterologa con l'ordinazione del matrimonio al bene della prole. La contraddizione emerge sotto profili diversi. Anzitutto, la fecondazione eterologa arreca un'offesa al carattere esclusivo della reciproca *donatio-acceptatio* delle potenzialità riproduttive tra i nubendi, al diritto-dovere di diventare padre e madre solamente l'uno con l'altra, di generare i figli all'interno del matrimonio. Ma la fecondazione eterologa comporta anche un pregiudizio alla parità dei diritti-doveri dei coniugi in ordine alla filiazione, in quanto l'uso di gameti estranei per generare un figlio porta a uno squilibrio all'interno della coppia dei genitori, che deriva dal rapporto diverso che ciascuno di essi viene ad avere con il bambino: l'uno di genitore anche biologico, l'altro di genitore solo sociale. Gli squilibri sono diversi a seconda che si ricorra alla donazione del gamete maschile o di quello femminile o di entrambi. Infatti, mentre per il marito il ricorso al seme maschile di un altro uomo comporta l'essere privato di qualsiasi contributo naturale al concepimento del figlio, invece per la moglie lo sviluppo della gravidanza, anche con l'ovulo di un'altra donna, implica comunque l'instaurarsi di un rapporto naturale con il figlio¹⁰⁴. In ogni caso, i coniugi vengono ad assumere ruoli diversi nel concepimento della prole e questo può produrre effetti anche sul rapporto successivo con il figlio. Infine, la fecondazione eterologa compromette il bene del figlio come persona, non tanto dal punto di vista dell'integrità fisica,

¹⁰⁴ Per analisi più approfondite si veda *infra*, § 5.

quanto da quello della identità genetica e familiare, nonché della formazione integrale della personalità¹⁰⁵.

Per tutti questi aspetti, l'intenzione dei nubendi di usare delle tecniche di fecondazione eterologa per avere dei figli potrebbe causare l'invalidità del matrimonio per l'esclusione dell'*ordinatio ad bonum prolis*, ma, come precisato, occorre verificare in concreto se realmente, nel complesso della programmazione matrimoniale, tale proposito abbia comportato la negazione dei requisiti minimali di questo elemento essenziale del matrimonio¹⁰⁶. I criteri di valutazione sono quelli già espressi per le altre fattispecie di esclusione: se sia stata una decisione assunta unilateralmente e in modo arbitrario da uno dei due sposi, in spregio delle legittime aspettative di paternità o maternità dell'altro, ovvero se non siano state tenute in alcun conto le esigenze fondamentali del futuro concepito¹⁰⁷.

Qualche interrogativo, invece, può sorgere circa la compromissione anche del diritto-dovere alla fedeltà nel rapporto di comunione interpersonale tra i coniugi¹⁰⁸. In proposito si può avanzare più di una obiezione. Anzitutto, appare una forzatura considerare alla stregua dell'adulterio l'uso dei gameti altrui per generare dei figli o, viceversa, il dare gameti propri per consentire ad altri di procreare¹⁰⁹. È vero che per configurare l'adulterio non si ritiene necessario il compimento di atti sessuali¹¹⁰, ma nella pratica della fecondazione eterologa manca anche il coinvolgimento personale nel rapporto con un soggetto diverso dal coniuge, che conduca a rivolgere a un terzo i moti affettivi e le attenzioni intime che dovrebbero essere riservate al proprio sposo. Non si riscontra quindi il requisito essenziale dell'inserimento di un estraneo all'interno del rapporto di comunione interpersonale che deve restare esclusivo tra i coniugi. Certamente gli atti di disposizione dei gameti non sono equiparabili agli atti di disposizione di altre parti del corpo umano, perché con le cellule germinali viene trasmesso al figlio il proprio patrimonio genetico, una parte della propria identità. Sono atti, quindi, che generano una grave responsabilità, sia nei confronti di chi viene concepito con quei gameti¹¹¹, sia nei confronti del coniuge al quale si è donata

¹⁰⁵ Si veda la trattazione più ampia svolta *infra*, § 5.

¹⁰⁶ In questo senso, anche A. GIBALDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 171.

¹⁰⁷ Se i nubendi si ripromettono di attuare la fecondazione con l'uso delle tecniche extra corporee, si vedano le riflessioni svolte supra, § 4.2.1 b. Sulla rilevanza di un eventuale accordo tra i coniugi, invece, si veda *infra* in questo paragrafo.

¹⁰⁸ Dubbio già sollevato da U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 103.

¹⁰⁹ L'equiparazione all'adulterio viene sostenuta da J.J. GARCÍA FAJDE, *Incidencia de las técnicas*, cit., 278-281; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 276.

¹¹⁰ P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., 395-396; C. PEÑA GARCÍA, *Matrimonio y causas de nulidad*, cit., 241.

¹¹¹ Sulla responsabilità verso il concepito, si veda *infra* § 5.

l'interesse
mente la rel
rapporto se
per le ricad
l'offesa arre
generative,
del matrimo

Equipar
ritornare a
tromissione
allo *ius in*
ritenuta sup
alla quale p
atto isolato
cessaria un
di comunio

Del res
che i coniug
minili, si d
Ma la doma
generalità d
alla feconda
altrui pur di
desiderio di
del terzo che
sia percepit
coniugale, e
ricorrere a q

Proprio
ordinamenti
fecondazion
pratica alla

¹¹² Si ved
tralaticia dist
Esclusione del
nel diritto mat
della fedeltà
completo degli

¹¹³ A. GI

¹¹⁴ L. D'

l'interessa della propria persona. Tuttavia, non sono atti che offendono direttamente la relazione interpersonale tra gli sposi, come nel caso dell'adulterio per rapporto sessuale o affettivo con un'altra persona, ma piuttosto indirettamente, per le ricadute che può avere sul piano della comunione spirituale tra gli sposi l'offesa arrecata al carattere esclusivo della donazione reciproca delle capacità generative, in definitiva, alla fedeltà nella *ordinatio ad procreationem prolis* del matrimonio.

Equiparare all'adulterio l'atto di servirsi dei gameti altrui significherebbe ritornare a una visione fisicistica del rapporto coniugale, per cui qualunque intromissione di una parte del corpo di un altro sarebbe da considerare un'offesa allo *ius in corpus exclusivum* tra i coniugi. Ma tale prospettiva deve essere ritenuta superata dalla impostazione personalistica dei nuovi codici, in base alla quale per configurare un pregiudizio alla fedeltà coniugale non basta un atto isolato di tradimento fisico, senza un coinvolgimento personale, ma è necessaria una negazione positiva del carattere esclusivo del rapporto integrale di comunione tra gli sposi¹¹².

Del resto, se l'uso di gameti esterni equivale a un tradimento, nel caso che i coniugi ricorrano al prestito sia del seme maschile sia degli ovociti femminili, si dovrebbe configurare un doppio tradimento da parte di entrambi. Ma la domanda veramente fondamentale da porsi è: tradimento di chi? Nella generalità dei casi, invero, non è il coniuge isolato che si propone di ricorrere alla fecondazione eterologa, ma è la coppia che decide di avvalersi di gameti altrui pur di realizzare l'obiettivo di generare un figlio, come completamento del desiderio di costituire una famiglia¹¹³. L'assenza del coinvolgimento personale del terzo che fornisce i gameti, in effetti, fa sì che la fecondazione eterologa non sia percepita dalla mentalità sociale diffusa come un tradimento della fedeltà coniugale, cosicché accade sovente che ambedue i coniugi siano d'accordo nel ricorrere a questa tecnica pur di riuscire ad avere un figlio.

Proprio l'esistenza dell'accordo tra i coniugi, richiesto per giunta dagli ordinamenti civili come condizione essenziale per accedere alla tecnica della fecondazione eterologa¹¹⁴, induce a rivedere la possibilità di ricondurre questa pratica alla fattispecie di nullità del consenso matrimoniale per esclusione del

¹¹² Si veda, in merito a questa evoluzione della giurisprudenza che tende a superare anche la tradizionale distinzione tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto, A. ERRERA, *Esclusione del "bonum fidei" ed esclusione del "bonum coniugum"*, in AA.VV., *Il bonum fidei nel diritto matrimoniale canonico*, cit., 199-228. In tal modo, si è venuto a spostare «il baricentro della fedeltà ... dall'aspetto meramente sessuale al profilo del coinvolgimento interpersonale completo degli sposi» (ivi, 221).

¹¹³ A. GIUAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 173.

¹¹⁴ L. D'AVACK, *Il progetto di filiazione*, cit., 26.

bonum fidei in ordine alla procreazione. È vero che l'accordo su di un oggetto illecito non è valido e non è idoneo a far sorgere alcun diritto o dovere¹¹⁵, ma l'aver dato prima del matrimonio il consenso all'uso di gameti diversi dai propri, può cambiare la prospettiva di valutazione delle intenzioni dei nubendi e può far ritenere che non sussistano i presupposti dell'atto positivo di volontà contrario alla procreazione esclusiva tra coniugi, né da parte del nubendo estromesso dalla procreazione, né da parte dell'altro. Invero, se c'è il consenso dell'altro, si può ancora parlare di rifiuto di riconoscere il diritto-dovere di esclusività nella procreazione?

La domanda richiede di ripensare il contenuto e il fondamento del diritto-dovere tra i coniugi di procreare insieme, dato che la risposta potrà essere diversa a seconda che si dia una impostazione oggettiva o soggettiva alla situazione giuridica di obbligo reciproco che deriva dalla proprietà dell'unità del matrimonio. Se si accoglie l'impostazione oggettiva, questa situazione viene considerata come un diritto-dovere indisponibile, che vincola i coniugi indipendentemente dalle loro preferenze, per cui il consenso del titolare non vale a legittimare una eventuale violazione. Se si accoglie invece una impostazione soggettiva, il consenso dell'avente diritto libera dall'obbligo di rispettare il corrispettivo dovere e rende possibili e leciti gli atti ad esso contrari.

Essendo il matrimonio una istituzione indisponibile, non può essere accolta la prospettiva che rimette alle scelte dei coniugi il carattere vincolante o meno delle conseguenze del connubio. Il consenso del coniuge non può, pertanto, far venire meno l'unità del connubio e il carattere esclusivo dei diritti-doveri essenziali che ne deriva. Tuttavia, il consenso non può neppure essere considerato privo di alcuna rilevanza giuridica. L'assenso all'uso di gameti estranei, infatti, manifesta, da un lato, l'interesse del nubendo alla procreazione; dall'altro, l'assenza della pretesa che siano utilizzati i propri gameti per raggiungere tale obiettivo. Se questo non vale giuridicamente a rimuovere il *bonum fidei* nel matrimonio, può però giustificare l'assunzione di decisioni comuni dei coniugi, le quali, se pure dal punto di vista formale siano contrarie alla proprietà essenziale del connubio, dal punto di vista sostanziale non contengono la negazione o il rifiuto di riconoscere qualcosa di dovuto reciprocamente. Quindi, possono non riscontrarsi nei fatti i presupposti della fattispecie giuridica della simulazione, come atto positivo di esclusione di un bene necessario del matrimonio, perché il dovere di rispettare la procreazione esclusiva tra i coniugi è stato rimosso, almeno soggettivamente, dal consenso dei nubendi. Viene così a mancare il fondamento psicologico della simulazione, giacché non si può escludere qualcosa che si ritiene che non esista.

¹¹⁵ U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 99.

Qual
pertanto,
si possa r
requisiti f
di procre
mettere e
con l'alt
solo abbi
realment
program

5. Il primo rapporto

Nei r
derivano
ispirare a
viene tute
ne con la
ottenere l

Se i
l'assunzi
quella ch
all'intern
sidera ge
l'inizio d
figlio nat
secondo i
viceversa
legittimo
criteri tra

¹¹⁶ Ne
viene conse
classificazi
degn e ide
comporta al
più ampian
¹¹⁷ Ca
tativo».

Qualora i coniugi siano d'accordo a ricorrere alla fecondazione eterologa, pertanto, si potrà, al più, valutare se, in base alle circostanze del caso concreto, si possa riscontrare la figura dell'*error determinans*, purché si accertino alcuni requisiti fondamentali. Anzitutto, si deve verificare che il progetto dei nubendi di procreare a tutti i costi, facendo uso anche di gameti esterni, venga a compromettere e distorcere il minimo essenziale della disponibilità a procreare l'uno con l'altra. In secondo luogo, si deve dimostrare che un simile progetto non solo abbia falsificato l'idea corretta di procreazione coniugale, ma che abbia realmente inciso sul consenso nuziale, venendo applicato alla loro effettiva programmazione del futuro matrimonio.

5. Il principio del *favor filiationis*: la tutela dell'interesse del nato ad avere un rapporto di filiazione con una coppia di genitori.

Nei riguardi dei figli, la regolamentazione delle conseguenze giuridiche che derivano dall'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita si deve ispirare al principio tradizionale del *favor filiationis*. In base a tale principio viene tutelato l'interesse del nato a vedersi riconosciuto il rapporto di filiazione con la coppia di genitori, al fine di acquisire la propria identità familiare e ottenere le cure necessarie a una formazione integrale della personalità.

Se i genitori sono sposati tra di loro, il *favor filiationis* è diretto a favorire l'assunzione dello *status* di figlio legittimo, quale condizione preferenziale, quella che garantisce i presupposti migliori per maturare l'identità di figlio all'interno della comunità familiare (*favor legitimitatis*)¹¹⁶. Per questo, si considera generato in costanza di matrimonio non solo il figlio concepito dopo l'inizio della convivenza coniugale e prima della sua cessazione, ma anche il figlio nato durante il matrimonio, quantunque concepito in epoca anteriore, secondo il criterio per cui il concepimento viene equiparato alla nascita (e viceversa) ogniqualvolta sia più favorevole per acquisire lo *status* di figlio legittimo¹¹⁷. Per accertare l'identità dei genitori, poi, si ricorre a una serie di criteri tradizionali: la maternità, anzitutto, si evince direttamente con l'evento

¹¹⁶ Nel codice latino di diritto canonico, nel capitolo relativo agli effetti del matrimonio, viene conservata la distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi (cann. 1137 e 1139 CIC). Tale classificazione vuole sottolineare la connessione tra la filiazione e il matrimonio, quale luogo degno e ideale per la nascita, la crescita e la formazione della personalità dei figli, mentre non comporta alcuna diversità di trattamento giuridico nel rapporto con i genitori. Sul tema, si veda, più ampiamente, I. ZUANAZZI, *La filiazione*, cit., 122-138.

¹¹⁷ Can. 1137 CIC83: «*Legitimi sunt filii concepti aut nati ex matrimonio valido vel putativo*».

del parto; la paternità, invece, viene dedotta indirettamente tramite due presunzioni di diritto, in base alle quali si considera padre il marito della madre¹¹⁸ e si ritiene nato o concepito all'interno del matrimonio il figlio partorito dopo 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio o entro 300 giorni dalla cessazione della vita coniugale¹¹⁹.

Se i genitori, per contro, non sono sposati tra di loro, il principio del *favor filiationis* mira, da un lato, a promuovere la costituzione del rapporto di filiazione naturale, anche senza un esplicito riconoscimento da parte del padre e della madre, e, dall'altro, ad agevolare la dimostrazione in foro esterno dell'esistenza di tale relazione. La maternità si accerta nello stesso modo della filiazione legittima, con la dimostrazione dell'evento storico del parto e dell'identità del nato. Per la paternità, invece, se esiste un rapporto stabile di convivenza, si presume che sia padre il convivente della madre; altrimenti, la filiazione si può constatare con una dichiarazione di riconoscimento o con qualunque altro mezzo di prova.

Il fondamento giuridico del rapporto di filiazione viene ricondotto principalmente al rapporto naturale di discendenza biologica dai genitori. Negli ordinamenti civili questo criterio assume generalmente carattere prevalente, tanto da far coincidere tendenzialmente la filiazione giuridica con la filiazione naturale¹²⁰. Peraltro, la corrispondenza alla discendenza biologica si può combinare con altre esigenze ritenute degne di considerazione nel sistema dei rapporti familiari, quali il principio di responsabilità nell'assunzione delle funzioni parentali¹²¹, l'interesse del minore, la certezza e stabilità degli *status*,

¹¹⁸ «*Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant, nisi evidentibus argumentis contrarium probetur*» (can. 1138, § 1 CIC 83).

¹¹⁹ Can. 1138, § 2 CIC 83.

¹²⁰ Con le riforme del diritto di famiglia progressivamente attuate nei Paesi europei dalla seconda metà del secolo scorso, viene aumentata e rafforzata la tendenziale corrispondenza al principio della verità biologica, di contro a restrizioni contemplate nei regimi precedenti. Per approfondimenti, si vedano: M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Milano, 2012², 3-18; J. NANCLARES VALLE, *Filiación*, in *Diccionario General de Derecho Canónico* (DGDC), diretto da J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Pamplona, 2012, III, 991-994; *Maternidad*, in DGDC, V, 298-299; Id., *Paternidad (determinación de la)*, in DGDC, V, 954-955.

¹²¹ Il principio di responsabilità viene applicato in materia di filiazione naturale, nella quale il rapporto di filiazione non si forma automaticamente, ma si costituisce in base a un atto volontario di riconoscimento da parte del genitore, ovvero a seguito di un provvedimento del giudice che accerta la discendenza genetica. Nell'ordinamento civile italiano si richiede un atto di riconoscimento (volontario o giudiziale) sia per la paternità che per la maternità fuori del matrimonio, ancora dopo le recenti riforme in tema di filiazione (legge delega n. 219/2012 e decreto legislativo delegato n. 154/2013). Nella maggioranza degli altri ordinamenti europei, invece, la maternità si costituisce automaticamente.

la solidarietà possono condica oltre l'ana a restringerla fecondazione della volontà, quindi dall'asproprio, acquistain capo ai gem

Secondo l filiazione si co della discende gameti per dan era individuata in epoca conte trasmissione d sulla base del i volontario di ri sia nella filiaz

¹²² Come ne ad imitazione dell

¹²³ Si vedano quali i figli incesti noscimento di que la corrispondenza

¹²⁴ L. D'Avv

¹²⁵ Nel meda i principi generati della madre attrao *proxime convertit carnali contrahit unius consanguines menstruum convert enim sui generatio De matrimonio, To viene chiamato tra*

¹²⁶ «*In iure et in facto communis*» L'origo genetica ci tutta la dottrina: S. *methodi*, cit., 90-92 *surrogata*, cit., 285

mite due presun-
della madre¹¹⁸ e si
rstorito dopo 180
dalla cessazione

il principio del
ine del rapporto
nto da parte del
ne in foro ester-
ello stesso modo
orico del parto e
pporto stabile di
adre; altrimenti,
oscimento o con

ricondotto prin-
i genitori. Negli
tere prevalente,
a con la filiazio-
biologica si può
e nel sistema dei
nzione delle fun-
lità degli *status*,

argumentis contrarium

Paesi europei dalla
le corrispondenza al
gimi precedenti. Per
Trattato di diritto di
Mantovani, Milano,
Derecho Canónico
91-994; *Maternidad*,
l. 954-955.

nzione naturale, nella
isce in base a un atto
a provvedimento del
no si richiede un atto
a maternità fuori del
selega n. 219/2012 e
ordinamenti europei,

la solidarietà e la pace all'interno del nucleo domestico. Questi altri valori possono condurre, in determinate circostanze, ad allargare la filiazione giuridica oltre l'ambito della sua configurazione naturale¹²², ovvero, al contrario, a restringerla¹²³. In materia di regolamentazione giuridica delle tecniche di fecondazione assistita, in particolare per la fecondazione eterologa, il criterio della volontà, dato dalla manifestazione del consenso all'uso di gameti altrui e quindi dall'assunzione di responsabilità ad accogliere il nato come figlio proprio, acquista valore determinante nella costituzione del rapporto di filiazione in capo ai genitori sociali¹²⁴.

Secondo la tradizione risalente dell'ordinamento canonico, il rapporto di filiazione si costituisce sulla base del principio, considerato di diritto naturale, della discendenza biologica dall'uomo e dalla donna che hanno unito i loro gameti per dare vita alla nuova creatura. Una discendenza che in epoca classica era individuata nella comunanza di sangue per generazione carnale¹²⁵, mentre in epoca contemporanea, alla luce delle scoperte scientifiche, si precisa come trasmissione del patrimonio genetico¹²⁶. Il rapporto sorge automaticamente sulla base del mero legame di discendenza biologica, senza richiedere un atto volontario di riconoscimento da parte dei genitori, sia nella filiazione legittima sia nella filiazione illegittima, sia per copula lecita sia per copula illecita.

¹²² Come nel caso dell'adozione, nella quale si costituisce un rapporto di filiazione legale ad imitazione della filiazione naturale.

¹²³ Si vedano i limiti posti nei regimi precedenti al riconoscimento di alcuni figli naturali, quali i figli incestuosi. Nell'ordinamento civile italiano, a seguito delle recenti riforme, il riconoscimento di questi figli deve essere autorizzato previamente dal giudice, dopo aver valutato la corrispondenza con l'interesse del figlio minore (art. 251 c.c.).

¹²⁴ L. D'AVACK, *Il progetto filiazione*, cit., 25-27.

¹²⁵ Nel medioevo era recepita la fisiologia antica, risalente ad Aristotele, secondo la quale i principi generativi maschile e femminile erano trasmessi con l'unione del sangue del padre e della madre attraverso la copula coniugale, come riportato da TOMMASO D' AQUINO: «*illud quod proxime convertitur in semen, est sanguis... et propter hoc, vinculum quod ex propagatione carnali contrahitur, convenientius dicitur consanguinitas quam carnalitas; et quod aliquando unus consanguineus dicitur esse caro alterius, hoc est inquantum sanguis qui in semen viri aut menstruum convertitur, est potentia caro et os*» (*Super Sententias*, lib. 4, d. 40, q. 1, a. 4 arg. 5). La spiegazione era condivisa ancora nella vigenza del codice piano-benedettino: «*Per copulam enim seu generationem sanguis parentum in filios derivatur*» (FM. Cappello, *De Sacramentis*, V, *De matrimonio*, Torino, 1961, 442). Questa è anche la ragione per cui l'impedimento di parentela viene chiamato tradizionalmente *consanguinitas vel cognatio carnalis*.

¹²⁶ «*In iure canonico, sicuti etiam in ceteris ordinamentis iuridicis, consanguinitas fundatur in facto communis originis seu procedentiae geneticae*» (U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 90). L'*origo genetica* come fondamento naturale della relazione di filiazione è una tesi condivisa da tutta la dottrina; S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1212-1215; U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 90-93; M.F. PUMPERIA, *Nuove metodiche*, cit., 173-174; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 285-287; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum proles*, cit., 266.

Essendo la procreazione medicalmente assistita un fenomeno abbastanza recente e non trovando ancora una disciplina puntuale nel diritto canonico, occorre valutare la possibilità di applicare i criteri tradizionali, fondati su principi di diritto naturale, anche alla filiazione prodotta con l'uso di tali tecniche, sia quelle lecite che quelle illecite.

Non risultano in generale difficoltà a fare ricorso al principio naturale della discendenza genetica come criterio automatico nella costituzione del rapporto di filiazione per quanto concerne le tecniche omologhe di procreazione medicalmente assistita, anche se il figlio non è stato generato *per carnalem copulam*, ma attraverso la fusione dei gameti con la procreazione artificiale¹²⁷. Ciò che conta, infatti, è la provenienza dalle cellule germinali dei genitori. Il figlio viene considerato legittimo se nato nel matrimonio da genitori sposati tra di loro, anche se sono ricorsi a metodi illeciti di procreazione. Se i genitori non sono sposati tra di loro, invece, si costituisce un rapporto di filiazione naturale.

Un problema particolare, peraltro, può sorgere se la procreazione omologa sia realizzata dalla moglie dopo la morte del marito, con materiale biologico proveniente dallo stesso consorte¹²⁸. L'incertezza riguarda non tanto la costituzione del rapporto di filiazione con il coniuge premorto, che risulta sicuramente, proprio sulla base del principio della discendenza biologica accertabile con un'analisi del codice genetico del figlio, quanto, piuttosto, la possibilità di qualificare tale filiazione come legittima. Quantunque non sussistano differenze di trattamento giuridico tra figli legittimi e figli naturali, per il diritto canonico si deve continuare a considerare lo *status* di legittimo come la condizione ideale e quindi, in base al principio del *favor legitimitatis*, occorre promuovere e facilitare la sua acquisizione. Nel caso di specie, se il figlio è nato più di 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio per morte del coniuge, non sarebbero applicabili le presunzioni che consentono di dichiarare come padre il marito della madre¹²⁹. Tuttavia, il *favor legitimitatis* dovrebbe ispirare una interpretazione più elastica delle condizioni necessarie perché il bambino sia considerato nato *ex matrimonio*. L'una, quella della paternità del marito della madre, già si è visto come risulti verificata; l'altra, del concepimento nel matrimonio, si potrebbe considerare assolta se si interpretano in modo flessibile

¹²⁷ U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 91; M.F. POMPEIDA, *Nuove metodiche*, cit., 182; J.P. DURAND, *Implications canoniques*, cit., 295-296; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 287; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 267.

¹²⁸ Sulla questione, si veda I. ZUANAZZI, *La filiazione*, cit., 143-144.

¹²⁹ In questo senso si esprimono J.P. DURAND, *Implications canoniques*, cit., 296; F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 267, per i quali il nato è illegittimo, in quanto figlio di madre *non nupta*.

i tempi na
nozione e

Occor
che prima
piscono in
nell'utero
è già sciol
mondo fue
Pertanto,
per il qual
favorevole
il bambino

La ses
seme del n
la feconda
il figlio co
estensiva c
materiale c
entrambi i
sta della fe
concepito,
comunque

Nell'a
problemi c
che si reali
nitori gene
accolgono
l'accudime
della genit
mente disg
costruzione
femminile
nenti della
genitoriali

¹³⁰ M.F.
rispetto al mo
dopo il period
¹³¹ L'ap
recente come
mitocondriale

meno abbastanza
to canonico, oc-
ndati su principi
tali tecniche, sia

nio naturale della
one del rapporto
creazione medi-
malem copulam,
ciale¹²⁷. Ciò che
genitori. Il figlio
ori sposati tra di
Se i genitori non
iazione naturale.
iazione omologa
teriale biologico
in tanto la costi-
ne risulta sicu-
ogica accertabile
la possibilità di
stano differenze
diritto canonico
condizione ide-
arre promuovere
lio è nato più di
del coniuge, non
rare come padre
bbe ispirare una
è il bambino sia
del marito della
pimento nel ma-
modo flessibile

metodiche, cit., 182;
minia surrogata, cit.,
267.

cit., 296; F. Caroz-
il nato è illegittimo.

i tempi naturali necessari per il processo di nascita, ovvero se si accede a una nozione estensiva di concepimento.

Occorre considerare due ipotesi distinte. La prima è quella di due coniugi che prima della morte del marito e in vista di una futura procreazione, concepiscono *in vitro* un embrione e lo congelano. L'embrione viene poi impiantato nell'utero della madre dopo la morte del padre e nasce quando il matrimonio è già sciolto da almeno nove mesi. In questo caso, anche se il figlio viene al mondo fuori del matrimonio, è stato concepito durante la convivenza coniugale. Pertanto, si può applicare il criterio tradizionale, ispirato al *favor legitimitatis*, per il quale il concepimento viene equiparato alla nascita ogniqualvolta sia più favorevole per l'acquisizione dello *status* di figlio legittimo, e quindi considerare il bambino nato *ex matrimonio*¹³⁰.

La seconda ipotesi, invece, è quella di due coniugi che congelano il solo seme del marito, mentre il figlio viene concepito dopo la morte dell'uomo, con la fecondazione artificiale della moglie. In questo caso, per poter considerare il figlio come generato all'interno dell'unione, si può ricorrere a una nozione estensiva della procedura di concepimento che ricomprenda non solo il fatto materiale della fecondazione, ma pure il progetto di avere un figlio voluto da entrambi i coniugi e concretizzato con il deposito del seme del marito in vista della futura fecondazione. In questo modo, si possono estendere anche al concepito *post mortem mariti* gli effetti positivi del matrimonio e considerarlo comunque un figlio legittimo.

Nell'uso delle tecniche di procreazione eterologa, per contro, sorgono problemi complessi per identificare il sorgere del rapporto di filiazione, dato che si realizza una scissione tra i diversi ruoli genitoriali, vale a dire tra i genitori genetici, che hanno fornito le cellule germinali, e i genitori sociali, che accolgono e si prendono cura del bambino. Invero, la discendenza genetica e l'accudimento parentale sono due dimensioni fondamentali e complementari della genitorialità umana che nella procreazione artificiale sono deliberatamente disgiunte tra le molteplici figure che vengono coinvolte nel progetto di costruzione di una nuova creatura: i fornitori di gamete maschile e di gamete femminile¹³¹, la donna che porta avanti la gravidanza su commissione, i componenti della coppia che ricevono il prodotto finale. Tale moltiplicazione di fattori genitoriali pone serie difficoltà a individuare chi, tra coloro che intervengono

¹³⁰ M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 179-180 ritiene invece che sia determinante, rispetto al momento del concepimento, il momento in cui "si dà il via allo sviluppo dell'embrione" dopo il periodo di ibernazione e, di conseguenza, ritiene che il figlio sia da considerare illegittimo.

¹³¹ L'apporto genetico femminile si può ulteriormente duplicare con la nuova tecnica, di recente consentita in Gran Bretagna, che combina il DNA nucleare di una donna con il DNA mitocondriale di un'altra.

nelle diverse fasi del processo di procreazione, possa realmente chiamarsi padre e madre del bambino. In proposito si confrontano una pluralità di posizioni, sul piano sia etico che giuridico, circa le ragioni che sono da considerare prevalenti nel riconoscere il rapporto di filiazione: se dal punto di vista medico è ritenuto genitore più autentico quello genetico, che trasmette il patrimonio genetico, dal punto di vista socio-giuridico si può riconoscere più determinante il ruolo di chi si assume la responsabilità di mettere al mondo il nato e di seguirne la crescita¹³².

È evidente come lo scardinamento dei presupposti naturali della procreazione imponga al diritto di ridefinire i concetti che nella procreazione naturale erano dati per evidenti, vale a dire le nozioni di padre e di madre, nonché le basi su cui si fonda il rapporto di filiazione. La questione presenta profili di differenziazione rispetto alla situazione dei bambini che sono stati abbandonati dopo la nascita dai genitori, impossibilitati a prendersene cura, e che vengono dati in adozione ad un'altra coppia. Quantunque anche nell'adozione ricorra la doppia figura dei genitori naturali e dei genitori sociali, non sussiste alcun dubbio circa la qualificazione di padre e di madre che si può dare ai genitori naturali. Nella fecondazione eterologa, invece, colui o coloro che forniscono i gameti, al di fuori dell'aver dato mezzo patrimonio genetico al nascituro, non partecipano al concepimento e non vogliono avere alcun rapporto con il concepito, tanto da voler restare generalmente anonimi: a questi risulta difficile riconoscere la qualifica di "genitore", anche solo in senso biologico.

Occorre sottolineare, invero, come la filiazione, dal punto di vista antropologico, non sia una mera derivazione biologica di un essere dall'unione di due altri esseri, ma sia un rapporto familiare tra tre persone: i due genitori, padre e madre, e il figlio¹³³. Il figlio non è solo il prodotto dell'incontro tra le cellule

¹³² Un evento tragico, ossia lo scambio di embrioni tra due coppie che erano ricorse al procedimento di fecondazione *in vitro* omologa, è stata di recente l'occasione per il COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA di approfondire e di confrontare le diverse argomentazioni a sostegno della maternità genetica o della maternità gestazionale, della paternità genetica o della paternità sociale (*Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014). Al termine dell'analisi il Comitato «ritiene ... di non esprimere una 'preferenza' bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali» (p. 10). La conclusione viene criticata da F. D'AGOSTINO, l'unico componente del Comitato a esprimere voto contrario, in una *Postilla* allegata al parere, nella quale rimarca come, sostenendo l'indecidibilità della questione, l'organismo abbia mancato alla sua funzione, che è quella di valutare «quale tra le donne che hanno contribuito a diverso titolo al processo procreativo debba essere eticamente, socialmente e giuridicamente considerata madre» (p. 13).

¹³³ La dimensione interpersonale e non solo biologica delle relazioni tra genitori e figli viene sottolineata da H. FRANCESCHI, *La natura del bonum proles e le sfide antropologico-giuridiche*, cit., 9.

germinali, ma tra l'uomo e loro e con il familiari tra riconoscere senso biolog

5.1 I criteri

Come si naturale per di fatto dell questo criteri

La mer veste di gen sia maschili donazione o importanti i metà del suo una responsi dovrebbe co generata, m consentono delle loro ce nato veders sorte, piutto Nell'alterna nevole dare bilità dei se al dovere di solo ai fini soprattutto prescindere un rapporto

¹³⁴ F. D'

¹³⁵ Per il

anche biolog

¹³⁶ Sulla

ricercare le pr

germinali, ma è il frutto della relazione di donazione-accoglienza vicendevole tra l'uomo e la donna, ed è da questa relazione interpersonale dei genitori tra loro e con il figlio che il nato può acquisire la propria identità nei rapporti familiari tra le generazioni. Per questo, sotto il profilo giuridico, è necessario riconoscere lo *status* di figlio nei confronti non tanto di chi è procreatore in senso biologico, ma di chi è genitore *humano modo*.

5.1 I criteri di diritto naturale alla prova della fecondazione eterologa

Come si è visto, nella tradizione canonica il criterio fondamentale di diritto naturale per identificare il genitore e costituire il rapporto di filiazione è il dato di fatto della discendenza biologica. Nella fecondazione eterologa, tuttavia, questo criterio viene messo seriamente in difficoltà.

La mera derivazione genetica, infatti, appare inidonea a far indossare la veste di genitore in senso pienamente umano in capo al fornitore di gameti, sia maschili sia femminili, che sia estraneo alla coppia dei genitori sociali. La donazione o fornitura di gameti è certamente un atto che produce conseguenze importanti nella vita di un'altra persona, dato che trasmette al concepito la metà del suo patrimonio genetico. Per questo è un atto che dovrebbe generare una responsabilità grave nei confronti del nato¹³⁴, anzi, per diritto naturale dovrebbe comportare l'assunzione del dovere di prendersi cura della creatura generata, ma, poiché le legislazioni che legittimano la procreazione eterologa consentono a chi fornisce i gameti di disinteressarsi completamente del frutto delle loro cellule germinali, non sembra neppure corrispondere all'interesse del nato vedersi attribuire un rapporto di filiazione con chi è indifferente alla sua sorte, piuttosto che con i genitori sociali che hanno voluto metterlo al mondo. Nell'alternativa tra genitori sociali e fornitori di gameti, quindi, sembra ragionevole dare prevalenza ai primi nelle funzioni parentali¹³⁵, mentre la responsabilità dei secondi risulta ridotta, in modo variabile a seconda delle normative, al dovere di consentire al nato di conoscere le proprie origini genetiche, non solo ai fini sanitari, per sapere ad esempio eventuali patologie ereditarie, ma soprattutto allo scopo di accertare la propria identità personale, che non può prescindere dalle radici biologiche¹³⁶. Dato comunque che sussiste pur sempre un rapporto di discendenza genetica, non pare incongruo ritenere che per diritto

¹³⁴ F. D'AGOSTINO-L. PALAZZANI, *Bioetica*, cit., 128-129.

¹³⁵ Per il riconoscimento della parentela legale tra il figlio e i genitori sociali che non siano anche biologici, si veda *infra*, § 5.2.

¹³⁶ Sulla diversa disciplina, prevista nelle legislazioni civili, della possibilità del nato di ricercare le proprie origini genetiche, si rinvia a L. D'AVACK, *Il progetto filiazione*, cit., 56-85.

naturale questa responsabilità possa anche estendersi, qualora lo giustifichi l'interesse del nato.

L'aver solo fornito il materiale genetico, peraltro, senza aver avuto nessun coinvolgimento personale nel concepimento, risulta insufficiente come base giuridica per istituire con il nato un rapporto di genitorialità in senso pienamente umano, che deve ricomprendere anche la dimensione di cura e di accudimento del bambino¹³⁷. Nondimeno, è indubbio che sussiste un legame biologico per la trasmissione del codice genetico tra il nato e il fornitore di gameti. Di conseguenza, ci si può chiedere se tale discendenza genetica, al di fuori del contesto familiare, possa configurare il legame di consanguineità che costituisce il presupposto per il sorgere dell'impedimento matrimoniale tra ascendenti e discendenti in linea retta (quindi tra il fornitore di gameti e il nato) e in linea collaterale tra discendenti da un medesimo capostipite (quindi tra i nati da un medesimo fornitore)¹³⁸. Invero, l'impedimento di consanguineità ha natura complessa, in quanto, sebbene tragga origine da una base naturalistica, attiene in modo più ampio alle relazioni di prossimità che si instaurano tra le persone che sono tra loro più vicine a motivo della comunanza di sangue¹³⁹. Peraltro, le ragioni a fondamento dell'impedimento sono molteplici e riguardano tanto quelle morali relative alla correttezza dei costumi nelle relazioni sessuali intrafamiliari che richiede la *reverentia* e la *verecundia* tra consanguinei¹⁴⁰; tanto quelle etico-sociali relative alla tendenza esogamica dei matrimoni per

¹³⁷ Situazione ben diversa è quella dello scambio involontario di embrioni, in cui l'embrione frutto dei gameti di una coppia viene impiantato per errore nel grembo della donna di un'altra coppia (qual è il caso esaminato nel parere del Comitato nazionale di bioetica citato *supra*, nella nota 132). In questo caso, infatti, non manca il coinvolgimento personale e la volontà di prendersi cura del concepito da parte dei genitori genetici, i quali, anzi, cercano di opporsi a che il figlio così intensamente desiderato venga loro sottratto definitivamente.

¹³⁸ Can. 1091, §§ 1-2.

¹³⁹ Si veda in questo senso la definizione tratta dalla tradizione: «*Consanguinitas sive parentela vel cognatio carnalis est vinculum personarum ab eodem stipite propinquo descendendum carnali propagatione contractum. Quod vinculum maioris amicitiae, affectus, necessitudinis inter consanguineos distinguitur ab aliis vinculis amicitiae, eo quod fundamentum habeat in unitate et communione sanguinis, non in alia quadam communicatione honorum, atque est ratio legis irritantis sive impedimenti dirimentis, ob quod matrimonium inter certas personas illo vinculo inter se ligatas valide iniri nequeant*» (F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, V, *Ius matrimoniale*, Romae, 1946, 428). In merito si vedano anche: G. MICHELIS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Lublin-Brasschaat, 1932, 179-180; G. OESTERLE, *Consanguinité*, in *Dictionnaire de droit canonique*, 4 (1949), 232; F.M. CAPPELLO, *De matrimonio*, cit., 442; G. DALLA TORRE, v. *Parentela (dir. can.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 31 (1981) 670; P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone nel matrimonio canonico*, Torino, 2002, 4.

¹⁴⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 154, art. 9; *Supplementum*, q. 54, art. 3.

estendere le logiche rel dei figli ch prossimi¹⁴¹ e la preven giustificare dalla mera resto, anch tra persone nella speci atto isolato rale. È sign come inder collaterale, lo stesso di

Con i ma non esi distinzione schile o l'o svolgono it

Si esat fornitura es all'interno genetica co

¹⁴¹ «*Hab honestissima* C. XXXV, q. 1

¹⁴² «*Qui norum, seu di sobolem non p*

¹⁴³ Dom il fornitore di NAVARRETE, N FAGGIONI, *Ma del bonum pro*

¹⁴⁴ Nella colo nel primo sui quali, per vedute si risc collaterale. Su cit., 443-451; 672; P. PELLE

estendere le relazioni di carità e di amicizia tra gli uomini¹⁴¹; tanto quelle biologiche relative al *bonum physicum* della prole, per evitare i danni alla salute dei figli che già in epoca antica erano stati riscontrati nelle unioni tra parenti prossimi¹⁴². Alcune di queste motivazioni, come la reverenza dovuta al sangue e la prevenzione di patologie ereditarie nella futura prole, possono certamente giustificare la sussistenza dell'impedimento anche tra coloro che sono legati dalla mera discendenza genetica a seguito della fecondazione eterologa¹⁴³. Del resto, anche nella tradizione più risalente tale impedimento era riconosciuto tra persone che non avevano rapporti stabili di prossimità familiare, dato che, nella specie della *consanguinitas illegitima*, poteva sorgere a seguito di un atto isolato di copula extraconiugale che avesse dato la vita a un figlio naturale. È significativo comunque notare che si tratta di un impedimento definito come inderogabile, nella linea retta all'infinito e nel secondo grado della linea collaterale, in quanto fondato su di un legame biologico ritenuto rilevante per lo stesso diritto naturale¹⁴⁴.

Con i genitori sociali, invece, si instaura una relazione di accudimento, ma non esiste una discendenza genetica da entrambi. Occorre tuttavia fare una distinzione a seconda che la fornitura di gameti estranei riguardi il seme maschile o l'ovocita femminile, per il diverso contributo che l'uomo e la donna svolgono in ordine alla procreazione.

Si esamini anzitutto la fattispecie della fecondazione eterologa con la fornitura esterna del solo seme maschile. Si verifica un rapporto squilibrato all'interno della coppia, perché la sola madre ha un legame di ascendenza genetica con il figlio e solo con lei si costituisce un rapporto di filiazione per

¹⁴¹ «Habitu est enim illis ratio certissima charitatis, ut homines quibus esset utilis atque honestissima concordia, diversarum necessitudinum vinculis nequerentur» (Graziano, in c. un., C. XXXV, q. 1).

¹⁴² «Quaedam lex Romana permittit ut sive fratris sive sororis seu duorum fratrum germanorum, seu duarum sororum filius et filia misceantur: sed experimento didicimus ex tali coniugio sobolem non posse succrescere» (Graziano in c. 20, C. XXXV, q. II-III).

¹⁴³ Dottrina favorevole a riconoscere l'impedimento matrimoniale di consanguineità tra il fornitore di gameti e il nato: S. GHERRO, *Considerazioni canonistiche*, cit., 1212-1215; U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 90-93; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 175; M.-P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 285-287; F. CAVOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis*, cit., 266.

¹⁴⁴ Nella tradizione canonistica la dottrina era unanime nel ritenere di diritto naturale il vincolo nel primo grado della linea retta, mentre esistevano opinioni divergenti per i gradi successivi, sui quali, peraltro, la prassi della Sede apostolica non ha mai concesso la dispensa. Diversità di vedute si riscontravano anche sulla riferibilità al diritto naturale del secondo grado della linea collaterale. Sull'analisi delle diverse tesi, si vedano: E.X. WERNZ- P. VIDAL, *Ius matrimoniale*, cit., 443-451; F.M. CAPPILLO, *De matrimonio*, cit., 452-455; G. DALLA TORRE, v. *Parentela*, cit., 672; P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici*, cit., 12-14 e 26.

diritto naturale. Con il padre sociale, invece, non c'è alcun legame biologico e quindi non si costituisce un rapporto di filiazione di diritto naturale, perché manca il presupposto della discendenza genetica. Tuttavia, se i genitori sociali sono sposati tra di loro e il figlio nasce nel corso del matrimonio, operano le presunzioni legali di paternità, per cui si considera padre a tutti gli effetti il marito della madre¹⁴⁵. Quindi il bambino viene considerato formalmente figlio del padre sociale, e figlio legittimo, ma per il diritto naturale sarebbe possibile superare questa presunzione con la dimostrazione che in realtà è stato generato con il seme di un altro uomo.

Dato che non esiste una discendenza genetica dal padre sociale, non risulta neppure un vincolo di consanguineità, e quindi non sorge l'impedimento matrimoniale di parentela. Tuttavia, la costituzione di relazioni personali stabili nell'ambito di una famiglia, può giustificare l'applicazione di altri impedimenti. Se i genitori sociali sono sposati, tra l'uomo e il figlio naturale della moglie sussiste l'impedimento di affinità nel primo grado della linea retta¹⁴⁶. Se i genitori non sono sposati ma sono conviventi, sussiste l'impedimento di pubblica onestà¹⁴⁷.

Nella fattispecie della fecondazione eterologa con la fornitura esterna del solo gamete femminile, invece, il padre è anche genitore genetico e quindi tra lui e il concepito si instaura un rapporto di filiazione di diritto naturale. La madre, invece, non ha messo a frutto le proprie cellule germinali per concepire il figlio, ma ha accolto l'embrione generato con l'ovulo di un'altra donna e ha portato avanti la gravidanza fino alla nascita del bambino¹⁴⁸. Il rapporto di gestazione assume peraltro una grande rilevanza nella formazione della nuova creatura. È dimostrato, infatti, che tra la gestante e il feto si instaura un profondo dialogo, composto dallo scambio non solo di emozioni affettive e di percezioni sensoriali, ma anche di materiale biologico e finanche di influenze genetiche¹⁴⁹. La

¹⁴⁵ J.P. DURAND, *Implications canoniques*, cit., 297.

¹⁴⁶ Can. 1092. A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 177.

¹⁴⁷ Can. 1093.

¹⁴⁸ Se la madre sociale non è anche madre gestazionale, si hanno le figure della maternità e della gestazione surrogata, delle quali si tratterà *infra*, § 5.3.

¹⁴⁹ Sono ormai consolidati gli studi di embriologia e di psicologia prenatale che attestano un *cross-talk* o dialogo incrociato tra la gestante e il bambino nell'utero, una vera simbiosi fisica e psichica che si sviluppa tramite diversi canali di scambi reciproci di stimoli sensoriali e affettivi, di cellule, di messaggi ormonali e di fattori di crescita. Una ricerca recente è giunta a mettere in luce come anche nel caso di impianto in utero di ovuli fecondati vi sia una comunicazione e interazione tra l'endometrio della gestante e l'embrione che può interferire sulle informazioni genetiche del nascituro: F. VILELLA, J.M. MORENO-MOYA, N. BALAGUER, A. GRASSO, M. HERRERO, S. MARTÍNEZ, A. MARCILLA, C. SIMÓN, *Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*, in *Development*,

gravidanza inc
sulla sua identi
ricevuto mezz
forte legame bi
la gravidanza,
anche in capo

Il bambine
nile: quella con
procreatrici in
un coinvolgim
crescere il bam
considerata ma
sociale gestazi
tradizionale pe

Resta, non
gestante poss
tà tra discenden
di parentela¹⁵¹
netica, né un vi
cui sono comun
Pertanto, ampli
me biologico e
consentita dal
l'esercizio del
attaccamento t

142 (2015), 3210
Dialogo prenatale

¹⁵⁰ Si veda il
sociale.

¹⁵¹ La quest
quale la gestante
mo interrogativo
la gravidanza e il
Novae methodi, c
Maternità surrog
moniali, cit., 186-

¹⁵² Mentre l
nutrice, invece alt
tra la madre e il f
nutrizione: M.F. B
cit., 298; A. ZAMB

¹⁵³ Can. 184

legame biologico o naturale, perché i genitori sociali operano e tutti gli effetti il ormai figlio sarebbe possibile è stato generato

ociale, non risulta impedimento ma i personali stabili e di altri impedimento naturale della linea retta¹⁴⁶. l'impedimento di

natura esterna del ico e quindi tra lui turale. La madre, concepire il figlio, onna e ha portato erto di gestazione nuova creatura. È rofondo dialogo, ercezioni senso-genetiche¹⁴⁹. La

77.
gure della maternità

matale che attestano vera simbiosi fisica sensoriali e affettivi, e è giunta a mettere na comunicazione e e sulle informazioni RASSO, M. HERRERO, *an endometrium, is se*, in *Development*,

gravidanza incide, quindi, sia sullo sviluppo fisico e psichico del bambino, sia sulla sua identità. Per questo si può ritenere che il bambino, nonostante abbia ricevuto mezzo patrimonio genetico da un'altra donna, abbia comunque un forte legame biologico con la madre gestazionale che abbia condotto a termine la gravidanza, così da costituire il presupposto naturale per poter riconoscere anche in capo alla stessa un rapporto di filiazione.

Il bambino viene ad avere quindi una doppia discendenza biologica femminile: quella con la fornitrice di ovocita e quella con la gestante. Entrambe sono procreatrici in senso fisico, ma solo la madre sociale gestazionale risulta avere un coinvolgimento personale nel concepire, portare in grembo, far nascere e crescere il bambino. Di conseguenza, se la fornitrice di gameti non può essere considerata madre in senso socio-giuridico¹⁵⁰, lo è invece certamente la madre sociale gestazionale. Risulta così confermato in questa fattispecie il principio tradizionale per cui la madre è colei che ha partorito.

Resta, nondimeno, il problema di valutare se il rapporto con la madre solo gestante possa essere considerato un legame analogo al vincolo di consanguineità tra discendenti che costituisce il presupposto dell'impedimento matrimoniale di parentela¹⁵¹. Invero, con la gestante non c'è un rapporto di discendenza genetica, né un vincolo di consanguineità nel senso vero e proprio dei termini con cui sono comunemente intesi e sono stati recepiti dal legislatore canonico¹⁵². Pertanto, ampliare la portata dell'impedimento sino a ricomprendere il legame biologico con la gestante, costituirebbe una interpretazione estensiva non consentita dal codice a riguardo delle disposizioni inabilitanti che restringono l'esercizio dei diritti¹⁵³. Data la rilevanza sul piano naturale della relazione di attaccamento tra la madre e il feto attraverso la gravidanza e il parto, tuttavia,

142 (2015), 3210-3221. La notizia viene riportata pure sul quotidiano *Avvenire* (A. MARIANI, *Dialogo prenatale tra figlio e madre anche surrogata*, 24 settembre 2015, inserto *è vita*, 472).

¹⁵⁰ Si veda quanto detto *supra* in merito al fornitore di gameti che non sia anche genitore sociale.

¹⁵¹ La questione è stata affrontata in dottrina a riguardo della gestazione surrogata, nella quale la gestante non diviene madre sociale. Le due fattispecie, peraltro, presentano il medesimo interrogativo giuridico, circa la rilevanza da attribuire al rapporto personale costituito con la gravidanza e il parto, senza discendenza genetica. Sulla questione si vedano: U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 90-93; M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 175-177; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 298-300; A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, cit., 186-189.

¹⁵² Mentre U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 92 equipara la madre gestazionale alla nutrice, invece altra parte della dottrina sottolinea come la gestazione instauri un rapporto vitale tra la madre e il feto che incide sulla sua formazione molto di più di un semplice rapporto di nutrizione: M.F. POMPEDDA, *Nuove metodiche*, cit., 176; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 298; A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, cit., 187.

¹⁵³ Can. 18 CIC.

non pare irragionevole configurare l'esistenza di uno specifico impedimento matrimoniale tra la gestante e il nato¹⁵⁴. Alla base di simile impedimento si possono indicare le medesime ragioni che giustificano l'impedimento di parentela, per quanto concerne sia l'ordine etico-giuridico delle relazioni familiari, dato che la gestante è anche madre sociale, sia della *reverentia* dovuta al sangue, perché tra il nato e la madre gestazionale vi è comunque una comunanza di materiale biologico. Di conseguenza, si può motivatamente sostenere che l'impedimento trova fondamento immediato nel diritto naturale, tanto che si potrebbe ritenere vigente anche senza un esplicito intervento del legislatore supremo. Nondimeno, ai fini della certezza del diritto, parrebbe opportuna una adeguata regolamentazione con un'apposita norma giuridica, che precisi i presupposti e la portata dell'impedimento.

Infine, nella fattispecie in cui si ricorre alla fornitura esterna sia dell'ovulo sia del seme maschile, si applicano le conseguenze di quanto detto nelle fattispecie precedenti: la madre sociale, in quanto gestante e partoriente ha un rapporto di filiazione con il bambino basato su di un legame biologico; il padre sociale non ha alcun rapporto di filiazione naturale con il nato.

5.2 Il rapporto di parentela legale tra il nato e i genitori sociali

Il ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa, come si è visto, conduce a generare delle figure genitoriali "imperfette", ossia i genitori sociali che non hanno contribuito alla formazione del patrimonio genetico del figlio, ovvero, come nella madre gestante, vi hanno contribuito in maniera ridotta e incompleta. Per il diritto canonico sono pratiche illecite, perché contrarie sia al diritto essenziale dei coniugi di procreare insieme, sia al diritto fondamentale del figlio di essere generato e di essere accudito dalla medesima coppia di genitori. Tuttavia, occorre tenere in conto il dato di fatto, per il quale un numero sempre maggiore di persone ricorre a queste tecniche per superare la propria incapacità ad avere figli con la procreazione naturale, tanto più che le legislazioni civili ammettono con sempre maggiore ampiezza il loro impiego. Il diritto canonico si trova pertanto a dover regolare le conseguenze che derivano sul piano dei rapporti familiari dall'uso di queste tecniche. Applicare in modo rigoroso il criterio di diritto naturale che riconosce il rapporto di filiazione solo sulla base

¹⁵⁴ La dottrina è favorevole a stabilire *iure positivo Ecclesiae* un nuovo impedimento di *cognatio ex gestatione* tra il nato e la madre gestante non consanguinea, nonché tra questi e gli altri bambini nati dallo stesso utero. Tale impedimento viene comunque ritenuto di diritto umano: U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 92-93; M.F. POMPEIDA, *Nuove metodiche*, cit., 177; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata*, cit., 300-301; A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, cit., 188.

della discendenza e questi genitori ma anche per il legame biologico.

Qui entra in gioco il dovere di vedere al bene del nato, di filiazione con cura e formazione, si può riconoscere un'apposita norma la tecnica del rito al riconoscimento canonico rinvia ai modi necessari in questa fattispecie giuridica le conseguenze relative all'adottato del figlio nato con il figlio dei genitori nell'ordinamento di diritto naturale. Al nativo, a seconda

Al pari del diritto canonico, è dure a statuire un impedimento a questi figli naturali o, visto, si tratterebbe di diritto naturale, mentre, per impedimento d

¹⁵⁵ Can. 110 144-147.

¹⁵⁶ Un altro impedimento civile di diritto canonico (CCIO). Nei codici di diritto parentale legale si vedano: P. PILLI, *MANTECÓN, Parentela legale*; P. MONTEZ, *Tecniche di fecondazione*, cit., 177.

della discendenza genetica, conduce a negare il rapporto di filiazione tra il nato e questi genitori sociali, vale a dire principalmente per il padre non biologico, ma anche per la madre solo gestante, qualora non si riconosca rilevanza al legame biologico prodotto dalla gravidanza.

Qui entra in gioco il principio del *favor filiationis*, ossia la necessità di provvedere al bene del figlio e di favorire il suo interesse a instaurare una relazione di filiazione con la coppia di persone che provvedono concretamente alla sua cura e formazione. Se manca il presupposto della discendenza genetica, non si può riconoscere una filiazione di diritto naturale, ma si può prevedere, con un'apposita norma giuridica, la costituzione di una filiazione legale, attraverso la tecnica del rinvio alla legislazione civile, quale viene già applicato in merito al riconoscimento dell'adozione¹⁵⁵. Nell'adozione o parentela legale, il diritto canonico rinvia agli ordinamenti civili per la disciplina delle condizioni e dei modi necessari alla costituzione del rapporto di filiazione, recependo poi la fattispecie giuridica sorta nel diritto civile come presupposto cui ricondurre le conseguenze rilevanti per il diritto canonico, in particolare il riconoscimento all'adottato della qualifica di figlio degli adottanti¹⁵⁶. Similmente, pure per il figlio nato con procreazione assistita eterologa, la registrazione civile come figlio dei genitori sociali, pur non essendo loro discendente genetico, può valere nell'ordinamento canonico come presupposto giuridico per attribuirgli lo *status* di figlio. Al nato può essere riconosciuta la qualifica di figlio legittimo o illegittimo, a seconda che i genitori sociali siano uniti o non in matrimonio canonico.

Al pari dell'adozione, il riconoscimento di una filiazione legale può condurre a statuire, con un'apposita norma dell'autorità suprema della Chiesa, un impedimento al matrimonio con i genitori sociali e con i loro eventuali altri figli naturali o legali¹⁵⁷. Per il rapporto con la madre gestazionale, come si è visto, si tratterebbe di dichiarare un impedimento già vigente per diritto naturale, mentre, per il padre sociale non genetico, si dovrebbe costituire un nuovo impedimento di diritto umano.

¹⁵⁵ Can. 110 CIC. Si veda l'esposizione della tesi già in I. ZUANAZZI, *La filiazione*, cit., 144-147.

¹⁵⁶ Un altro effetto giuridicamente rilevante che si produce nel diritto canonico dal provvedimento civile di adozione è il sorgere dell'impedimento al matrimonio (can. 1094 CIC; can. 812 CCEO). Nei codici giovanneo paolini, diversamente dal codice piano benedettino, l'impedimento di parentela legale viene configurato in modo autonomo dagli ordinamenti civili. Sull'argomento si vedano: P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici*, cit., 102-131; J. MANTECÓN, *Parentesco legal (impedimento de)*, DGDC, V, 899-901.

¹⁵⁷ Suggestiscono la costituzione di un nuovo impedimento matrimoniale di "consanguineità legale": P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 2008, 86; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale*, cit., 429; A. GIRAUDO, *Fecondazione assistita eterologa*, cit., 177.

La considerazione che l'uso delle tecniche di fecondazione eterologa sia moralmente illecito non costituisce un ostacolo insormontabile al riconoscimento giuridico di una filiazione legale. La tradizione canonica conosce infatti l'istituto della *tolerantia*, per regolare in modo più attento alle esigenze delle persone le conseguenze di un atto illecito¹⁵⁸. In base a questo principio, qualora risulti impossibile l'applicazione della giusta regola di diritto, si possono tollerare gli effetti di un atto antiggiuridico per evitare i danni peggiori che verrebbero provocati dall'applicazione rigorosa della norma violata. L'atto antiggiuridico resta illegittimo, ma le sue conseguenze sono considerate legittime¹⁵⁹.

L'applicazione dell'istituto della *tolerantia* in materia di fecondazione eterologa implica la seguente scansione tra presupposti ed effetti. Per il giusto ordine dei rapporti familiari, nel diritto canonico l'uso delle tecniche di fecondazione eterologa è proibito, ma le legislazioni civili le ammettono e la Chiesa non riesce efficacemente a impedire che sempre più coppie ricorrano a tali pratiche. Applicare in modo rigido le sanzioni connesse ai comportamenti antiggiuridici condurrebbe a negare l'esistenza di un rapporto di filiazione tra il nato e i genitori sociali con i quali non abbia un legame genetico. Questa conseguenza priverebbe però il bambino di un rapporto familiare stabile e significativo con i genitori sociali, con evidenti danni per la promozione del suo benessere personale e sociale. Pertanto, il diritto canonico può attenuare gli effetti giuridici negativi e riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione legale tramite il rinvio agli ordinamenti civili, pur senza venire a legittimare o approvare l'uso delle tecniche di fecondazione eterologa che sono e restano illecite per il diritto canonico.

Il *favor filiationis* viene così a promuovere la realizzazione dell'esigenza fondamentale del nato ad avere un rapporto di filiazione con una coppia stabile

¹⁵⁸ Sulla *tolerantia* e sulla sua distinzione da istituti simili come la *dissimulatio*, si veda: CH. LEFEBVRE, *Dissimulation*, in *Dictionnaire de droit canonique*, 4 (1949), 1296-1307; G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1953; P.G. CARON, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 44 (1992), 714-719; M. ROCA, *Dissimulatio*, in DGDC, III, 379-381; *Tolerantia*, *ivi*, VII, 607-609.

¹⁵⁹ Sulla base delle fonti, si possono distinguere due forme di *tolerantia*. L'una concerne la tolleranza di un atto antiggiuridico, con la concessione della facoltà di compierlo, senza l'applicazione delle dovute sanzioni: si veda, come esempio più conosciuto, la tolleranza *pro bono pacis*, siglata anche con accordi, degli atti di ingerenza delle autorità politiche secolari sulla *libertas Ecclesiae* e sull'organizzazione interna della Chiesa (G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., 177-180). L'altra, che è quella esposta nel testo, riguarda gli effetti di un atto illegittimo. Una fattispecie di questo tipo è trattata nel c. 4, *Litteras vestras discretionis*, in X, 1, 10, dove si lasciano sussistere come validi gli effetti di un atto compiuto in modo invalido (la provvista di un ufficio ecclesiastico). Annota la glossa: «*de iure talis ordinatio non valebat... et sic nota quod sola patientia dat hoc ius talibus institutis, non ex illa institutione ex tunc: sed ex nunc ex tali patientia*». Sul passo, si veda il commento di G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia*, cit., 175.

di genitori
ché si pos
essenziali
di queste c

Nel c
cudimento
turale, né l
un legame
la complet
è la condi
condizioni
personale
genitori (p

5.3 Una qu

Nella
tra genitor
tuazione d
Nella mati
gravidanza
donna vien
donna, che
entrambe l
separarsen

Il rico
materno in
o intenzio
principio a
se anche h
precoce ch
specificità
sia la cond
piuttosto p
personalità

¹⁶⁰ F. D

¹⁶¹ Su i
regolament
Commission
europeo il 23

one eterologa sia
bile al riconosci-
ta conosce infatti
le esigenze delle
principio, qualora
si possono tolle-
ri che verrebbero
tto antiggiuridico
ittime¹⁵⁹.

di fecondazione
ffetti. Per il giu-
elle tecniche di
ammettono e la
ppie ricorrano a
i comportamenti
di filiazione tra
genetico. Questa
liare stabile e si-
mozione del suo
uò attenuare gli
orto di filiazione
ire a legittimare
e sono e restano

ne dell'esigenza
na coppia stabile

simulatio, si veda
(1949), 1296-1307;
1953; P.G. CARON,
44 (1992), 714-719;
609.

a. L'una concerne la
rlo, senza l'applica-
anza pro bono pacis,
colari sulla *libertas
ulatio e tolerantia*,
un atto illegittimo.
in X, I, 10, dove si
lido (la provvista di
...et sic nota quod
sed ex nunc ex tali
olerantia, cit., 175.

di genitori, che assicurino la sua adeguata e integrale formazione umana. Perché si possa applicare il principio, peraltro, occorre che ci siano le condizioni essenziali per realizzare il diritto fondamentale del bambino alla famiglia. Una di queste condizioni attiene all'esistenza di una coppia di genitori eterosessuali.

Nel caso di persone omosessuali, si può configurare una relazione di accudimento sociale, ma non una relazione genitoriale in senso proprio, né naturale, né legale. Ciò non tanto perché non vi è discendenza genetica, dato che un legame genetico può sussistere almeno con uno dei due, ma perché manca la complementarità eterosessuale dei genitori. Tale complementarità non solo è la condizione fisica per realizzare la procreazione naturale, ma è anche la condizione antropologica per assicurare il processo di formazione dell'identità personale del figlio, che si matura proprio nella interazione trilaterale con i genitori (padre e madre) di sesso diverso¹⁶⁰.

5.3 Una questione particolare: la maternità e la gestazione surrogate

Nella maternità o nella gestazione surrogate il problema della scissione tra genitori biologici e genitori sociali si ripropone con una maggiore accentuazione di drammaticità, in quanto si viene a disgregare il ruolo materno¹⁶¹. Nella maternità surrogata, una donna fornisce l'ovocita e porta a termine la gravidanza per conto di un'altra donna; nella gestazione surrogata, invece, alla donna viene impiantato nell'utero un embrione fecondato con l'ovulo di un'altra donna, che può essere della stessa committente, ovvero di una terza donna. In entrambe le fattispecie, la gestante si impegna a far nascere il bambino per poi separarsene e darlo a un'altra donna che diverrà la madre sociale.

Il ricorso a questa pratica, come si vede, frantuma la complessità del ruolo materno in figure distinte: la fornitrice di ovociti, la gestante, la madre sociale o intenzionale. Inoltre, colei che conduce la gravidanza è destinata fin dal principio a non diventare la madre sociale del nato, mentre la madre sociale, se anche ha fornito l'ovulo, non ha sviluppato con il figlio quell'attaccamento precoce che si instaura con la gravidanza. Viene così ad essere scardinata la specificità della funzione genitoriale femminile rispetto a quella maschile, ossia la conduzione della gravidanza, da intendere non solo in senso fisico, ma piuttosto personale: come accoglienza e cura dello sviluppo della vita e della personalità del concepito fin dal suo inizio. Se la madre sociale è solo genetica

¹⁶⁰ F. D'AGOSTINO - L. PALAZZANI, *Bioetica*, cit., 129.

¹⁶¹ Su queste pratiche si veda il *Pareere sulla gestazione surrogate. La questione della regolamentazione a livello europeo o internazionale*, del Gruppo di riflessione bioetica della Commissione degli episcopati della Comunità europea (COMECE), presentato al Parlamento europeo il 23 febbraio 2015, in *Il Regno. Documenti online*, n. 16, 2015, 15-23, in www.ilregno.it.

e distinta dalla gestante, il ruolo materno viene assimilato a quello paterno, essendo entrambi ridotti alla fornitura delle cellule germinali.

Con maggiore complessità che nelle altre forme di fecondazione eterologa, la maternità e la gestazione surrogate pongono enormi interrogativi sulla individuazione della figura della madre e sulla precisazione del fondamento del rapporto di filiazione¹⁶².

Nella maternità surrogata la donna che porta a termine la gravidanza è la stessa che ha fornito gli ovociti. Diversamente dalla procreatrice genetica che si limita a fornire i gameti, la madre surrogata, anche se non ha dato impulso spontaneamente al processo di procreazione, nondimeno assume un ruolo rilevante nella formazione del bambino, dato il forte coinvolgimento personale che comporta la gravidanza, con lo scambio di materiale biologico e di percezioni sensoriali ed emotive tra la gestante e il feto. Tanto è intenso l'attaccamento fisico e psichico tra la madre surrogata e il figlio, che la separazione dopo la nascita comporta per entrambi un grave trauma, con ripercussioni negative sul successivo sviluppo psico-affettivo del bambino. Bisogna pertanto riconoscere che la madre surrogata è vera madre, l'unica madre naturale. Con lei il bambino ha un vincolo di discendenza genetica e di consanguineità che costituisce anche il fondamento dell'impedimento matrimoniale di parentela.

Nella gestazione surrogata, invece, la gestante riceve l'embrione concepito con l'ovocita di un'altra donna. La gestante non è anche fornitrice di gameti, ma in forza della gravidanza, come si è sottolineato, instaura comunque con il concepito un legame biologico¹⁶³. Pur non essendo madre genetica, quindi, la gestante è vera madre naturale. La relazione tra la madre gestazionale e il bambino non può essere considerata uguale al vincolo di consanguineità che sorge dalla discendenza genetica, ma costituisce comunque un vincolo naturale che può portare a configurare un altro impedimento matrimoniale tra il nato, la donna e gli eventuali altri figli di lei¹⁶⁴.

¹⁶² Sul dibattito, negli ordinamenti civili, circa la legittimità di queste tecniche, si veda L. D'AVACK, *Il progetto filiazione*, cit., 85-100. Le legislazioni europee sono in prevalenza contrarie a tali pratiche, sia per i problemi etici sollevati dalla scomposizione della maternità; sia per i principi di ordine pubblico che sanciscono l'indisponibilità del corpo umano e l'indisponibilità degli status delle persone, che rendono illeciti gli accordi di maternità; sia per la tutela dei diritti fondamentali della gestante e del bambino. In caso di conflitto tra le pretese della committente e quelle della gestante si privilegia il criterio del parto, per cui si riconosce come madre colei che ha fatto nascere il bambino.

¹⁶³ Si veda quanto detto *supra* (§ 5.1) in merito alla fornitura eterologa di gameti femminili.

¹⁶⁴ Si vedano le riflessioni svolte *supra* (§ 5.1) circa l'esistenza di un impedimento di diritto naturale tra il nato e la madre per la madre sociale gestazionale non consanguinea. La dottrina è favorevole a configurare un nuovo impedimento di *cognatio legalis ex gestatione*, ma ritiene che sia una norma di diritto umano: U. NAVARRETE, *Novae methodi*, cit., 92-93; M. P. FAGGIONI,

Se l'ovocita
dalla gestante, s
gameti, sebbene
senso più pieno
essendo né l'asce
con il bambino.

Se l'ovocita
procreatrice gene
ad avere due ma

Questo risul
dente la natura p
ad offendere i be
tecniche di fecor
fondamentale del
alla medesima co
rapporti stabili e

In più, la mu
lesive della dign
sia nei riguardi d
della madre gesta
aspettative altrui
schiavitù biologica
sano¹⁶⁹. Nei conf
quanto viene tratt

*Maternità surrogate,
moniali*, cit., 186-189

¹⁶⁵ Si veda qua

¹⁶⁶ Le madri bi
donatrice di DNA mi

¹⁶⁷ Istruzione D
17-21. Giudizio negat

¹⁶⁸ Anche per la
fattispecie di nullità d

nel corso del matrimo
vedere l'elenco delle p

matrimoniali, cit., 18

esaminate *supra*, la r
matrimoniale deve esi

le motivazioni soggett
¹⁶⁹ COMECE, P

quello paterno,
fecondazione eterologa
interrogativi sulla
del fondamento

la gravidanza è la
rice genetica che
ha dato impulso
me un ruolo rile-
vante personale che
o e di percezioni
o l'attaccamento
razionale dopo la
ioni negative sul
quanto riconoscere
on lei il bambino
costituisce anche

embrione concepito
attrice di gameti,
s comunque con
genetica, quindi,
gestazionale e il
trasanguineità che
vincolo naturale
ale tra il nato, la

tecniche, si veda L.
prevalenza contrarie
maternità; sia per i
o e l'indisponibilità
e la tutela dei diritti
e della committente
e come madre colei

li gameti femminili,
pedimento di diritto
guinea. La dottrina
maternità, ma ritiene
93; M. P. FAGGIANI,

Se l'ovocita che ha dato origine all'embrione è di una donna diversa sia dalla gestante, sia dalla madre intenzionale, costei, quale mera fornitrice di gameti, sebbene sia procreatrice genetica, non assume il ruolo di madre in senso più pieno e umano¹⁶⁵. La madre solo intenzionale, d'altro canto, non essendo né l'ascendente genetica, né la gestante, non ha alcun legame naturale con il bambino.

Se l'ovocita fecondato, invece, proviene dalla madre sociale, questa è la procreatrice genetica del bambino. In questa fattispecie, pertanto, il nato viene ad avere due madri biologiche: la gestante e la genetica sociale¹⁶⁶.

Questo risultato aberrante nelle relazioni familiari rende ancor più evidente la natura particolarmente riprovevole di questa pratica¹⁶⁷, la quale, oltre ad offendere i beni giuridici del matrimonio e della famiglia al pari delle altre tecniche di fecondazione eterologa¹⁶⁸, arreca un grave pregiudizio al diritto fondamentale del figlio di essere concepito e di nascere nella relazione interna alla medesima coppia di genitori e di poter formare la propria identità attraverso rapporti stabili e significativi con gli stessi.

In più, la maternità e la gestazione surrogate sono pratiche gravemente lesive della dignità della persona e dei diritti fondamentali ad essa inerenti, sia nei riguardi della madre gestante, sia nei riguardi del figlio. Nei confronti della madre gestante, mirano a strumentalizzare il suo corpo per soddisfare le aspettative altrui di procreazione, determinando una sorta di asservimento o di schiavitù biologica della donna, al fine di garantire la consegna di un prodotto sano¹⁶⁹. Nei confronti del figlio, inoltre, si sottintende una sua reificazione, in quanto viene trattato come una merce da produrre e, talvolta, anche da com-

Maternità surrogata, cit., 300-301; A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, cit., 186-189.

¹⁶⁵ Si veda quanto detto *supra* sui fornitori di gameti.

¹⁶⁶ Le madri biologiche possono anche diventare tre, se si aggiunge il contributo della donatrice di DNA mitocondriale.

¹⁶⁷ Istruzione *Donum vitae*, II A, n. 3; COMECE, *Parere sulla gestazione surrogata*, cit., 17-21. Giudizio negativo viene espresso in F. D'AGOSTINO-L. PALAZZANI, *Bioetica*, cit., 132-134.

¹⁶⁸ Anche per la maternità e la gestazione surrogate si possono configurare molteplici fattispecie di nullità del consenso matrimoniale, sia per chi si riserva di usare queste pratiche nel corso del matrimonio, sia per chi vi è ricorso prima della celebrazione delle nozze. Si può vedere l'elenco delle possibili fattispecie in A. ZAMBON, *Maternità surrogata: profili canonistici matrimoniali*, cit., 182-185. Peraltro, come per le altre fattispecie di fecondazione eterologa esaminate *supra*, la reale incidenza di questi comportamenti o progetti sulla programmazione matrimoniale deve essere valutata in concreto, considerando sia la tipologia delle tecniche, sia le motivazioni soggettive, sia le modalità di attuazione.

¹⁶⁹ COMECE, *Parere sulla gestazione surrogata*, cit., 17-19.

prare, subordinando il suo concepimento e la sua nascita all'essere conforme alle pretese dei committenti¹⁷⁰.

Per questa contrarietà ai diritti essenziali della persona e della famiglia la pratica della maternità e della gestazione surrogata sono da considerare proibite dal diritto canonico¹⁷¹, né, pare, data la gravità delle conseguenze negative sulle persone coinvolte, che possano essere attenuati gli effetti antiggiuridici ricorrendo al principio della *tolerantia* in nome del *favor filiationis*. In effetti, sorge il dubbio se sia davvero conforme all'interesse del bambino instaurare un rapporto di filiazione con la coppia committente, la quale, per dare seguito al proprio desiderio di avere un figlio a tutti i costi non ha esitato a calpestare i diritti della gestante e del bambino stesso.

Come appare evidente dalle riflessioni che precedono, l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita ha provocato una vera rivoluzione culturale nel modo di intendere la procreazione dei figli e di gestire le capacità riproduttive personali. Di fronte a questo scardinamento delle forme tradizionali di filiazione è necessario richiamare un nuovo umanesimo, una comprensione autentica della natura della persona umana che faccia riscoprire i valori essenziali coinvolti nella generazione umana e nelle relazioni tra le persone¹⁷². Questa antropologia rinnovata implica una visione sapienziale e un modo di comportarsi verso il fenomeno della procreazione che non conducano a un asservimento degli individui alla potenza della tecnica, con un atteggiamento di dominio senza limiti nei confronti della natura¹⁷³, ma, piuttosto, promuovano un atteggiamento di stupore e di ammirazione nei riguardi del mistero della creazione¹⁷⁴, quale progetto di amore di Dio, che porta al rispetto assoluto della dignità della persona e del senso umano della trasmissione della vita alle nuove creature¹⁷⁵.

¹⁷⁰ COMECE, *Parere sulla gestazione surrogata*, cit., 19-21.

¹⁷¹ Nel *Parere sulla gestazione surrogata* del COMECE (*op. cit.* 21-23) si invitano le legislazioni civili a non riconoscere né incoraggiare, con le normative e con le prassi giuridiche, queste «modalità di riproduzione in cui il bambino e la donna che lo porta in grembo sono trattati l'uno come un prodotto e l'altro come strumento di produzione» (*ivi*, 23).

¹⁷² FRANCESCO, *Lettera enciclica sulla cura della casa comune, Laudato si'*, 24 maggio 2015, nn. 114-119.

¹⁷³ *Ivi*, n. 117.

¹⁷⁴ *Ivi*, n. 11.

¹⁷⁵ *Ivi*, nn. 120-155.

Introduzione

Ringraziamo
avv. Dario
appuntato
altresì em
per circa 2
ospedali
Salute Me

Prima
di raccont
e il suo op
D'Agostin
sione della
(nel senso
contenuti e

La col
lizzazione s
dalla Prolu
stino, è que
anni cinqu

¹ Ludwi
lingen 1957,
*Psychiatrie u
M. d'Ippolito*