

## LE IDEE DEGLI ALTRI

---

### GABRIELE CIVELLO

#### **Recensione ad Alice Ferrato La tutela penale del diritto a nascere Padova, Cedam, 2017, pp. XI-450**

La recensione ha ad oggetto il libro di Alice Ferrato, studiosa dell'Università di Padova, dal titolo "La tutela penale del diritto a nascere", riguardante i rapporti tra il diritto penale e i diritti del nascituro. I principali argomenti della monografia sono la vita prenatale, i diritti riproduttivi, la procreazione medicalmente assistita, l'aborto, la *stepchild adoption*, la diagnosi preimpianto, la fecondazione eterologa e la maternità surrogata.

*The review deals with the book by Alice Ferrato, a scholar at Padua University, entitled "Criminal protection of the right to be born", concerning the relationships between Criminal Law and the rights of the embryo/fetus. The main topics of the monograph are prenatal life, reproductive rights, medically assisted procreation, abortion, stepchild adoption, pre-implantation diagnosis, heterologous fertilization and surrogate maternity.*

La monografia di Alice Ferrato, allieva di Enrico Mario Ambrosetti presso la cattedra patavina di diritto penale, è pubblicata per i *Quaderni del Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università di Padova*, e costituisce un interessante e documentato contributo allo studio della tutela penale del nascituro.

L'opera consta di cinque capitoli, nei quali l'Autrice spazia dal diritto positivo ai documenti europei, dagli orientamenti giurisprudenziali interni ed internazionali all'indagine comparatistica; il taglio della ricerca è rigorosamente tecnico-giuridico, pur avendo sullo sfondo importanti e delicate questioni di carattere giusfilosofico e bioetico.

Nel primo capitolo del testo (*La vita prenatale e i diritti riproduttivi*), vengono affrontati in chiave introduttiva i non facili rapporti fra i diritti della coppia alla procreazione (anche assistita) e i diritti alla vita e alla salute in capo al nascituro, ponendo il problema di quale sia lo statuto giuridico della persona non (ancora) nata: il tema, afferma l'Autrice, richiederebbe un necessario adeguamento della normativa tradizionale alle mutate situazioni storiche, anche tramite l'applicazione dei principi consolidati in passato alle problematiche dell'epoca attuale. Anzitutto, però, si rende imprescindibile chiarire quale sia, *de jure*, il momento dal quale può dirsi iniziata una nuova vita umana e, poi, come debba procedersi al bilanciamento fra l'auto-determinazione in ambito riproduttivo e i diritti dell'embrione, tema che viene qui esaminato anche alla luce dei documenti europei *in subiecta materia*.

Nel capitolo secondo, viene illustrato il lungo *excursus* normativo che conduce dal Codice penale Rocco del 1930 alla legge 22 maggio 1978, n. 194 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), esaminando la disciplina giuridica dell'aborto sotto plurimi punti di vista, in chiave comparatistica (Italia vs. Germania), positivo-normativa, costituzionale e giurisprudenziale. Un interessante approfondimento sui rapporti fra omicidio doloso della madre e procurato aborto consente di meglio mettere a fuoco il percorso storico-giuridico che ha condotto al riconoscimento autonomo del bene "vita intrauterina".

Il capitolo terzo è dedicato alle *Prospettive di tutela in ambito di procreazione medicalmente assistita*, e si apre con un'ulteriore investigazione di carattere comparatistico, fra disciplina italiana, spagnola, tedesca ed inglese, ponendo in risalto i due differenti modelli normativi, l'uno più rigido e restrittivo (ad es., in Germania, Austria, Francia e Italia), l'altro più flessibile, permissivo e indulgente verso le scelte individuali (ad es., Spagna e Regno Unito).

Nella seconda sezione del capitolo terzo, l'Autrice esamina a fondo i contenuti della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), costituente il primo atto normativo fondamentale a fronte di quello che viene definito il preesistente "far west giuridico" nella materia della procreazione assistita. A tal proposito, viene accolta con un certo plauso l'opzione, da parte del legislatore italiano, per una disciplina giuridica che ponga alcuni limiti all'indiscriminato arbitrio in capo ai singoli, alla luce dei preminenti e inviolabili diritti alla vita e alla salute dell'uomo in quanto uomo; non mancano, tuttavia, sommesse critiche dell'Autrice nei confronti di alcune incongruenze fra determinati limiti alla procreazione assistita (ad es., l'impossibilità di ricorrervi nei casi di coppia fertile ma suscettibile di trasmettere al concepito gravi malattie congenite) e, viceversa, il più permissivo regime giuridico sulle pratiche abortive a gravidanza già ampiamente avviata.

Dopo una disamina dei rapporti fra legge n. 194 del 1978 e legge n. 40 del 2004, vengono analizzate le più importanti sentenze della Corte costituzionale *in subiecta materia*, ossia la n. 151/2009 sul divieto di creare ed impiantare embrioni in un numero superiore a tre; la n. 162/2014 sul divieto di fecondazione eterologa; la n. 96/2015 sul ricorso alla p.m.a. da parte di coppie fertili ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili; e la n. 229/2015 sul divieto di diagnosi preimpianto. Pur mettendo in luce le criticità, anche gravi, che affliggono la "normativa di risulta", a valle della normazione primaria e dei successivi interventi della Consulta, l'Autrice sostiene che il complessivo sistema giuridico sui diritti del nascituro, in rapporto alle pratiche di procreazione assistita, risulti correttamente indirizzato alla preminente tutela della vita

della persona, quest'ultima bisognosa di essere tutelata in seno a rapporti familiari e sociali fondati non già sul mero e velleitario desiderio personale, bensì sull'amore.

Il capitolo quarto ha ad oggetto tre questioni bioetiche fondamentali, vale a dire la diagnosi pre-impianto, la fecondazione eterologa e la maternità surrogata.

In merito alla prima pratica, a fronte di un iniziale e significativo silenzio della legge, l'Autrice illustra l'evoluzione giurisprudenziale e normativa *in subiecta materia*, sino alle importanti e già citate sentenze della Corte costituzionale; infine, Ella auspica l'intervento del legislatore, volto a meglio individuare le patologie e le "situazioni" che possano giustificare l'accesso alla p.m.a. e alla diagnosi preimpianto.

Quanto alla fecondazione eterologa, dato atto del fallimento della via referendaria percorsa nel 2005, viene illustrata la sentenza della Corte E.D.U. nel caso *S.H. e altri c. Austria* del 2010, con cui i giudici di Strasburgo ebbero ad accogliere il ricorso presentato da due coppie di cittadini austriaci, i quali avevano chiesto di poter accedere a tale pratica, al di là dei limiti imposti dalla normativa nazionale. L'Autrice poi esamina la successiva sentenza della Grande Chambre del 3 novembre 2011, con cui la Corte europea ha sancito che il divieto di fecondazione eterologa vigente nell'ordinamento austriaco, pur costituendo un'indubbia interferenza rispetto alla vita privata e familiare dei cittadini, riguarda una materia "eticamente sensibile" in cui, all'epoca dei fatti, gli Stati contraenti erano ancora lungi dal raggiungere un approccio comune. Si giunge così alla sentenza n. 162/2014, con cui la nostra Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, qualora sia stata diagnosticata ai genitori una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Infine, la monografia passa a trattare il problema della c.d. "maternità surrogata", oggetto di divieto in Italia: oltre alle pratiche in qualche modo elusive, consistenti nel praticare la maternità surrogata all'estero, salvo poi chiedere in Italia la registrazione negli atti di stato civile dell'atto pubblico formato oltre confine, vengono esaminate le due sentenze della Corte E.D.U. *Menesson c. Francia*, e *Labassee c. Francia*, entrambe del 26 giugno 2014, con cui i giudici di Strasburgo hanno sancito la violazione dei diritti al rispetto della vita privata, in caso di rifiuto da parte delle autorità nazionali di riconoscere valore legale alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici nati all'estero facendo ricorso a surrogazione di maternità, pronunzia europea cui hanno poi fatto seguito alcune sentenze della nostra Corte di cassazione. A fronte di ciò, l'Autrice osserva come i nuovi rapporti familiari, che prendono piede

nella nostra società attuale, comportino la tutela di un modello di famiglia ben distante da quello tradizionale, in cui, in ogni caso, al centro deve porsi la difesa dell'identità del minore, anche a prescindere dal legame genetico e a discapito della veridicità dei rapporti giuridici. Lungo tale direttrice si colloca, da ultimo, la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del gennaio 2017, in cui la Grande Chambre, nel ribaltare la sentenza della Sezione Seconda dell'anno 2015, ha concluso che non viola la Convenzione la decisione del giudice italiano che, ritenuto in istato di abbandono un minore nato in Russia da maternità surrogata, lo aveva allontanato dalla coppia che lo aveva "commissionato" e portato in Italia e con la quale aveva vissuto otto mesi, al fine di darlo in adozione ad altri.

Il quinto e ultimo capitolo della monografia è dedicato al *Diritto a nascere tra vecchie e nuove prospettive di tutela*, ed affronta i nuovi problemi tecnico-giuridici emergenti dal coordinamento fra la legge n. 40/2004 e la nuova legge n. 76/2016 (c.d. "legge Cirinnà"): pur a seguito dello stralcio, in seno all'originario disegno di legge, della normativa sulla c.d. *stepchild adoption*, la recente giurisprudenza di merito e di legittimità ha ammesso la possibilità di adozione di minori da parte delle coppie omosessuali, e ciò ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b) e d), L. n. 184/1983 ("adozione in casi particolari"). Tuttavia, l'Autrice del testo dissente da siffatto orientamento interpretativo, evidenziando come la legge vigente non ammetta, allo stato, tali forme di adozione, che potrebbero peraltro rappresentare uno strumento per il riconoscimento, seppur indiretto e obliquo, della maternità surrogata; il nostro ordinamento ha, dunque, ancora optato per un nesso inscindibile fra la genitorialità e la differenza di sesso tra genitori, mentre un sistema normativo che consentisse pratiche adottive e anche procreative a coppie omosessuali, o persino a persone singole, risulterebbe espressivo di una visione "adultocentrica" ad oggi ritenuta come non ammissibile. Sullo sfondo, si stagliano le possibili e imminenti questioni di legittimità che, a valle della "legge Cirinnà" del 2016, potrebbero essere sollevate, sul presupposto che il divieto di p.m.a. da parte di coppie dello stesso sesso rappresenti una presunta discriminazione irragionevole, contraria come tale all'art. 3 Cost.

Il testo di Alice Ferrato si conclude con alcune considerazioni finali, nelle quali l'Autrice evidenzia come una futura evoluzione normativa in senso eccessivamente "liberale" potrebbe condurre ad inquietanti scenari come l'aborto illimitato, la p.m.a. senza limiti e la sperimentazione indiscriminata sugli embrioni; a fronte di ciò, Ella fa presente che «la tutela della vita umana sin dalle sue origini non può non avere la preminenza nel giudizio di bilanciamento con qualsivoglia "nuovo diritto"», tanto che, ad es., si è *inter alia* ne-

gata l'esistenza di un presunto "diritto a non nascere se non sano". D'altra parte, prosegue l'Autrice, «la diffidenza che il nostro ordinamento ha palesato verso certe tecniche e dinamiche sociali, più che figlia di precetti religiosi, è motivata dal timore che alcune forme di procreazione assistita possano essere pregiudizievoli per il soggetto inconsapevole che si viene a plasmare»; per non dire poi che molte pratiche procreative postmoderne, apparentemente nate per la migliore tutela della libertà di autodeterminazione degli individui, finiscono in verità per umiliare e conculcare la dignità dei medesimi, prima fra tutte la dignità personale e generativa della donna. Per tale ragione, Alice Ferrato stigmatizza i più recenti orientamenti della "giurisprudenza creativa", la quale, mediante il ricorso a inammissibili decisioni *praeter legem* o addirittura *contra legem*, pretende di forzare le maglie dell'ordinamento vigente, sulla scorta di presunte (ma in realtà inesistenti) lacune normative.

In conclusione, l'opera prefata rappresenta un'interessante occasione di approfondimento di temi delicati e di complessa decifrazione dogmatica per il penalista contemporaneo, e si caratterizza per uno spiccato equilibrio fra le ragioni giuridiche e quelle meta-giuridiche; senza dubbio apprezzabile è il costante impegno dell'Autrice a motivare il proprio convincimento sulla scorta di argomenti non già meramente ideologici, emotivi o settari, ma anzitutto logici, razionali e poi tecnico-giuridici.