

Stefano Agosta

Quando l'eterologa è *inaspettata*: il preminente interesse del minore quale criterio di *reductio ad unum* dei (troppi) frammenti di maternità*

*Gli dei ci creano tante sorprese:
l'atteso non si compie, e all'inatteso un dio apre la via.*
[Euripide, *Baccanti*, trad. di E. Sanguineti, Genova, 1968, 22].

SOMMARIO: 1. Premessa: la varietà di piani che la vicenda trasversalmente (ed inevitabilmente...) interseca. – 2. Il prevedibile *fallimento* degli usuali schemi qualificatori nell'inquadramento dello scambio di culle "anticipato" in esame. – 3. Il *pieno* di principi applicabile al caso nell'attuale (ed auspicabilmente non perdurante per l'avvenire) *vuoto* di regole espresse: il profilo della *maternità*. – 4. (*Segue*): il profilo della *paternità* e l'ago della bilancia del preminente interesse del minore – 5. I molteplici insegnamenti *pro futuro* di cui il doloroso episodio dello scambio appare fecondo: a proposito di genitorialità naturale e di famiglia. – 6. (*Segue*): in tema di consenso informato della coppia, di diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini genetiche nonché di diritto alla sicurezza di tutti i soggetti coinvolti.

1. Premessa: la varietà di piani che la vicenda trasversalmente (ed inevitabilmente...) interseca

Casomai se ne avvertisse il bisogno in una materia già non poco tormentata e controversa come quella della fecondazione artificiale, la vicenda dello scambio di embrioni in provetta recentemente consumatasi presso l'ospedale *Sandro Pertini* di Roma pare l'ennesima conferma di come non di rado la crudezza della *realtà* tenda drammaticamente ad oltrepassare la più sfrenata *fantasia*: non facilmente, invero, si sarebbe potuta immaginare peggior beffa del destino per due coppie rivoltesi allo stesso nosocomio capitolino per ottenere una procreazione di tipo omologo ed i cui embrioni formati col patrimonio genetico dell'una sono stati impiantati – per un fatale errore umano (probabilmente favorito dalla quasi perfetta coincidenza dei cognomi delle interessate) – nell'utero della donna dell'altra coppia, e viceversa. Casuale, in particolare, sembra essere stata la *discovery* da parte di una delle gestanti, sottopostasi a villocentesi al terzo mese di gravidanza¹ presso l'ospedale Sant'Anna della stessa città e sentitasi inaspettatamente rispondere che i gemelli che portava in grembo godevano di ottima salute seppur non compatibili con i profili genetici dei genitori²; ulteriore sfortuna ha voluto, infine, che solo uno degli impianti così erroneamente effettuati fosse andato a buon fine, impedendo l'avvio della gravidanza ad una donna e consentendola all'altra.

L'episodio così succintamente tratteggiato evidentemente interseca una moltitudine di non secondari piani, a partire da quello umano delle coppie che si sono fiduciosamente rivolte ad un centro specializzato per appagare il proprio desiderio di procreazione e che, invece, potranno trovare solo una (non egualmente soddisfacente) tutela risarcitoria³. In tal senso, di non poco rilievo appare pure la decisione del Comitato nazionale di bioetica il quale – consapevole che il dilemma etico resterà irrisolto in qualunque modo i nascituri poi cresceranno nonché della drammaticità e della tragicità cui l'episodio in esame ha dato luogo – ha ritenuto, non senza polemiche e divisioni interne in verità, «di non esprimere una 'preferenza' bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali»: specialmente il trauma della madre c.d. genetica di «non avere ricevuto l'impianto dei propri embrioni a causa di un 'evento avverso', il sapere di avere figli geneticamente

* Testo, rielaborato ed aggiornato, di un intervento all'incontro di studio su *Vecchie e nuove «famiglie» nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali* (Catania, 29 Maggio 2014).

¹ ... com'è noto, allo scopo di verificare la presenza di eventuali anomalie genetiche nel feto.

² Cfr., ad esempio, P. FESTUCCIA, *Fecondazione artificiale, errore a Roma. Scambio di embrioni tra due coppie*, in *La Stampa* (13 aprile 2014).

³ Così, part. Trib. Roma, I sez. civ., ord. 8 agosto 2014, consultabile in www.minoriefamiglia.it.

propri, di cui non ha potuto vivere la gestazione, costruire un legame affettivo e sociale pur conoscendone l'identità, e di contro vederli crescere in un'altra famiglia» non può essere ignorato⁴.

Nel doveroso rispetto dunque per i drammatici risvolti umani che la vicenda in discorso ha inevitabilmente evocato, il diverso profilo tecnico-medico dimostra, nondimeno, come un *minimum* di alea legata all'accadimento di eventualità avverse – come quello dello scambio, appunto – sia fisiologicamente connaturato allo (e come tale, purtroppo, ragionevolmente non eliminabile dallo) impiego di tali metodiche⁵. Tra i molti astrattamente prospettabili, è ad ogni modo il piano più ampiamente sociale quello che probabilmente meglio testimonia l'epocale transizione tra modelli di famiglia che sotterraneamente si cela dietro il caso in concreto analizzato (e del quale cambiamento quest'ultimo si converte in drammatico collettore)⁶. Peccato che – per toccare solo di sfuggita l'aspetto più squisitamente politico dell'evento – nemmeno in questi dolorosi frangenti la politica resista alla tentazione di “appropriarsi” del clamore mediatico del fatto di cronaca⁷ per maliziosamente piegarlo a ben più prosaici obiettivi di remunerazione elettorale. Favoriti dalla sponda insperatamente offerta dalla prossimità temporale tra il breve comunicato con cui la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità del contestato divieto di inseminazione eterologa (9 aprile) e l'inopinato scambio in discussione (13 aprile), talune voci della politica non hanno difatti perso la ghiotta occasione di convertire immediatamente un drammatico episodio di malasanità in vero e proprio *leading case*: allo scopo – invero neanche poi tanto velato – di approfittarsi della vicenda per risvegliare nell'opinione pubblica il tarlo del dubbio nei confronti di una metodica la cui popolarità non ha fatto paradossalmente che crescere a partire proprio dalla l. n. 40/2004 che recisamente l'ha proibita.

La strategia di evocare in campo i due tradizionali ectoplasmi, rispettivamente, della c.d. china scivolosa e del progetto di legge c.d. del sangue – messa a punto in occasione dell'approvazione della l. n. 40 cit. e lungamente affinata in occasione della diversa ipotesi del testamento biologico (non si dimentichi, per tutti, il caso Englaro) – nemmeno può dirsi più di tanto fantasiosa, trascinandosi stancamente ormai da anni: tanto il fantasma della *slippery slope* che dovrebbe materializzarsi a seguito della rimozione del divieto di eterologa⁸ quanto quello dell'iniziativa legislativa “di reazione” al fatto di cronaca⁹ sono in effetti vecchie e familiari conoscenze almeno per gli addetti ai

⁴ Cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni* (11 luglio 2014), in www.governo.it.

⁵ In tal senso, persuasivamente, C. FLAMIGNI, *Postilla a* COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁶ Ma, sul delicato punto, si tornerà meglio, *infra*, al par. 5.

⁷ ... neppure per la verità troppo isolato, se solo si consideri che «precedenti errori sugli embrioni si sono verificati sia in Italia che nel mondo, hanno riguardato scambi di embrioni, liquido seminale e culle. Il primo caso italiano di sbaglio di embrioni è avvenuto a Modena nel 1996 dove a causa di uno scambio di provette, nacquero due gemelli neri da una coppia bianca. Nel 2004 fu aperta la causa civile al tribunale di Modena da parte della famiglia contro il Policlinico, che dovette risarcire i genitori con un milione e mezzo di euro. Durante le ricerche emerse che lo stesso giorno in cui la coppia si sottomise alla fecondazione artificiale, erano stati programmati tre impianti, il primo era quello di una coppia di colore. Nel 2004 a Torino, nel centro medico Promea, si era scoperto un altro caso di scambio di materiale genetico tra due coppie, una italiana e l'altra svizzera. L'errore era stato scoperto dal marito torinese subito dopo l'inseminazione. L'uomo aveva letto sull'etichetta della provetta, contenente il liquido seminale usato nell'intervento, un cognome diverso. Si ipotizzò che lo sbaglio fosse avvenuto al momento della consegna delle provette ai medici. Entrambe le donne presero la pillola abortiva Ru486 per 'rimediare' allo sbaglio»: così *Scambio di embrioni: Il caso del Pertini di Roma non è il primo*, in www.rainews.it (17 aprile 2014).

⁸ «È evidente che, se già sono accaduti fatti gravi come questo del Pertini quando c'era solo la fecondazione omologa, con l'introduzione dell'eterologa i rischi di errori simili non possono che aumentare»: così E. ROCCELLA, vicepresidente della Commissione Affari Sociali della Camera, in *Embrioni scambiati, Roccella: malasanità*, in www.avvenire.it (14 aprile 2014).

⁹ «L'eterologa ha bisogno di regole specifiche e certe, senza quella fretta superficiale e rischiosa dell'attuazione della sentenza della Consulta che in troppi hanno sbandierato in questi giorni. E proprio per questo ci attiveremo immediatamente presentando nei prossimi giorni una legge in materia»: così, sempre E. ROCCELLA in *Roma, scambio di provette: donna aspetta due gemelli non suoi. Il ministero: "Ispezione"*, in www.online-news.it (13 aprile 2014).

lavori. Il pernicioso effetto di argomentazioni speciose come queste, non di rado va purtroppo ben oltre il (già discutibile) intento dei loro autori, alimentando un clima di grande insicurezza nei destinatari ultimi di tali tecniche – e, cioè, pazienti già fisicamente e psicologicamente fiaccati dalla sterilità/infertilità che affligge la coppia – e di non meno insistito allarme tra quanti dovrebbero invece ponderare tutti gli interessi in gioco nel modo più sereno e distaccato possibile. Con la conseguenza che i medici specialisti della materia ad ogni piè sospinto si trovano affannosamente costretti a smentire il presunto aumento dei rischi connesso al via libera all'eterologa: ribadendo ad esempio che anche in questi casi «come nella fecondazione omologa gli embrioni verranno tracciati ed etichettati. In laboratorio poi si lavora sempre in presenza di un testimone. Dire che con l'eterologa ci saranno maggiori rischi è una strumentalizzazione. I pazienti italiani possono stare tranquilli»¹⁰.

Tra i tanti appena tratteggiati, ad ogni modo, è quello giuridico il piano che qui ovviamente interessa maggiormente approfondire e lo si sta per fare nei paragrafi che seguono.

2. Il prevedibile fallimento degli usuali schemi qualificatori nell'inquadramento dello scambio di culle "anticipato" in esame

Connotato da un singolare "affollamento" che vede contemporaneamente affacciarsi una madre gestante, una genetica ed i rispettivi *partners* tutti parimenti disposti a prendersi cura dei nascituri¹¹, il caso in oggetto esibisce dal punto di vista giuridico problematiche in parte nuove rispetto al diverso – seppure, come si anticipava, già purtroppo noto alle cronache italiane – frangente del c.d. scambio di culle¹². Pur condividendo con quest'ultimo la drammatica premessa dell'errore medico, infatti, l'evento ora in discorso è indelebilmente caratterizzato dal fatto che lo "scambio" si sia erroneamente verificato *dentro* (e non *fuori*) il corpo della donna: con la duplice conseguenza che esso è complessivamente meno facile da accertare e ha di fatto reso impossibile l'immediata restituzione dei figli alla coppia cui geneticamente appartengono.

Più d'una, in particolare, le richieste avanzate dai genitori genetici nel giudizio cautelare immediatamente instaurato *ex art.* 700 cod. proc. civ.¹³: così al Trib. Roma (I sez. civ.) questi ultimi hanno chiesto in particolare d'imporre alla coppia gestante «di fornire tutte le informazioni relative allo stato di salute dei nascituri nonché a dove e quando [sarebbe avvenuto] il parto affinché [possano] formare l'atto di nascita dal quale [sarebbero risultati] genitori, nonché di consegnare i gemelli al momento della nascita ai ricorrenti quali genitori genetici; ordinarsi al Ministero dell'Interno di diffidare tutti gli Ufficiali dello stato civile presso le anagrafi italiane dal formare l'atto di nascita dei due gemelli indicando quali genitori» i componenti della coppia gestante «in contrasto con la verità biologica, in quanto i genitori dei nascituri sarebbero», appunto, quelli genetici¹⁴.

Peccato solo che i gemelli contesi hanno giocato di gran lunga d'anticipo rispetto ai tempi di burocrazia e giustizia, venendo alla luce assai prima della fissata udienza e sventando così una batta-

¹⁰ Così, A. Borini, presidente della società italiana di fertilità e sterilità, in V. TEODONIO, *Scambio di embrioni, l'esperto: "Nessun rischio con eterologa"*, in www.ilsecoloxix.it (13 aprile 2014).

¹¹ Sul punto, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

¹² Così il «diverso il caso di Mazara del Vallo, in provincia di Trapani, dove lo sbaglio non è stato sugli embrioni, ma sui neonati. Due bimbe, nate nella notte di Capodanno nel 1998 a distanza di quindici minuti l'una dall'altra, sono state scambiate nelle culle nell'ospedale cittadino 'Abele Ajello'. Le figlie sono state restituite a madri e padri 'naturali' dopo tre anni dalla nascita. L'errore è stato scoperto all'asilo, le due bambine frequentavano la stessa scuola, e quando una mamma andò a riprendere la figlia, l'insegnante le portò per errore l'altra bimba, per un'evidente somiglianza con la madre naturale. Le due ragazze, ora sedicenni, si sentono sorelle, con 'quattro nonne, due papà e due mamme'. Unico neo il cognome, il cambio non è ancora consentito per via dei procedimenti penali e civili in corso»: cfr. *Scambio di embrioni: Il caso del Pertini di Roma non è il primo*, cit.

¹³ Sebbene non pochi dubbi possano essere sollevati già in ordine all'impiego – in tale delicato episodio – del mezzo cautelare, «essendo quantomeno dubbia, stante la natura assolutamente controversa di qualsiasi soluzione possa venire indicata, la sussistenza del *fumus bonis iuris* del diritto azionato»: in tal senso, part. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

¹⁴ Così, part. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

glia legale già sulla carta profilatasi assai lunga e dolorosa per tutti i soggetti drammaticamente coinvolti¹⁵. Ad una manciata di giorni dal fatto della nascita, dunque, alla coppia ricorrente non rimane che modificare in udienza l'originaria domanda: sollevando, in primo luogo, questione di legittimità costituzionale degli artt. 269¹⁶, 239, comma 1¹⁷, 234 *bis*¹⁸ cod. civ.¹⁹; rinunciando, in seconda battuta, alla richiesta di consegna dei neonati per chiedere al giudice adito la collocazione di essi in una struttura idonea, al fine di separarli dalla donna che ha portato a termine la gestazione; richiedendo, in terz'ordine, che sia quantomeno garantito «il diritto di visita dei genitori genetici onde poter assicurare la costruzione di un legame affettivo con i minori tale da non pregiudicare il patrimonio di affetti costruito in questo caso anche con i ricorrenti, nel caso venisse riconosciuto il loro diritto quali legittimi genitori»²⁰. Dichiarata subito inammissibile l'eccezione d'incostituzionalità «in quanto contrastante con gli interessi dei minori alla stabilità del loro *status* e con il loro diritto a vivere con quella che è la propria famiglia secondo l'ordinamento vigente», nondimeno, il tribunale romano – con non troppa difficoltà, invero – rigetta il ricorso per carenza del *fumus boni iuris* del diritto azionato.

Dettagli della vicenda giudiziaria a parte, affinché una questione di questo tipo possa dirsi concretamente messa a fuoco, s'impone preliminarmente che essa sia inquadrata entro un'adeguata cornice ricostruttiva e, cioè, a seconda che: 1) lo scambio di embrioni abbia coinvolto solo due coppie ovvero più di due; 2) gli embrioni scambiati abbiano dato tutti luogo ad una gravidanza ovvero che questo non si sia verificato (nel primo caso, infatti, si assisterebbe ad una sorta di “simmetria psicologica” tra le donne gestanti drammaticamente mancante, invece, nel secondo); 3) il disvelamento dell'errore avvenga prima, ovvero dopo, la nascita, dando pertanto luogo alla cruciale distinzione tra “scambio di culle” e “scambio di provette”, o “di culle anticipato”, che dir si voglia²¹.

Così sommariamente delineatene le fattezze, diventa quindi centrale l'individuazione della disciplina applicabile all'episodio in esame, rispetto alla quale non meno importante pare sgombrare immediatamente il campo dal tradizionale “feticcio” della lacuna legislativa (il quale, come si sta a breve per vedere, è semmai un vuoto di *regole* espresse, non già di *principi* desumibili dall'ordinamento). Sul fatto che quanto verificatosi a seguito dello scambio al *Pertini* di Roma non rientri in nessuno degli schemi qualificatori sin qui conosciuti ed usualmente impiegati, non possono invero nutrirsi molti dubbi: la mancanza *ab origine* della volontà di sottoporsi alla fecondazione coi gameti di un estraneo alla coppia rende, in primo luogo, difficoltosa la riconducibilità *sic et simpliciter* dell'evento stesso alla procreazione eterologa (sebbene non possa ignorarsi la sopravvenuta consapevolezza dell'accaduto e la risoluzione di portare comunque avanti la gravidanza²²); né potrebbe a rigore assimilarsi al mero passaggio dall'inseminazione omologa a quella di tipo eterologo l'involontario mutamento del progetto genitoriale inizialmente perseguito dalla donna insieme al

¹⁵ In tal senso, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in questa *Rivista*, 2014 (29 maggio 2014) spec. par. 5.3 (sul decisivo rilievo che il fatto, ed il tempo, ha inevitabilmente giocato nel caso in esame si tornerà comunque, *amplius*, in sede di notazioni conclusive al presente lavoro).

¹⁶ ... nella parte in cui prevede che la madre sia colei che partorisce il figlio, senza eccezioni.

¹⁷ ... dove prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato.

¹⁸ ... laddove limita la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità (diversamente dall'art 263 cod. civ. che invece prevede che essa possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse).

¹⁹ Ipotesi, questa, invero pure ventilata dalla dottrina nell'immediatezza del fatto dello scambio ma in relazione alla incostituzionalità della l. n. 40 nella parte in cui non prevede la possibile inidoneità della coppia destinataria a prendersi cura della prole: così, nuovamente, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

²⁰ Così, part. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

²¹ «Il momento in cui emerge l'errore», difatti, «potrebbe avere luogo in epoca tardiva, quando il nato sia stato già inserito in un contesto familiare con consolidati rapporti affettivi di modo che qualsiasi altra figura genitoriale risulterebbe a lui estranea»: cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit. (al quale si rinvia, pure, per le schematizzazioni appena richiamate).

²² ... sul cui rilievo, tra non molto, dovrà necessariamente tornarsi.

partner, se sol si consideri che i gemelli non sono tecnicamente frutto di un'eterologa né geneticamente discendono dagli attuali genitori legali²³.

Nemmeno, però, il caso in commento può dirsi legittimamente rientrante nella diversa mappa concettuale offerta dalla c.d. maternità surrogata (pur espressamente vietata nel nostro ordinamento, come si sa, dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 cit.): sopravvenuto in un momento successivo solo il consenso dei genitori genetici che sono ricorsi al giudice, difatti, sarebbe mancata *ab ovo* tanto la volontarietà del comportamento della madre genetica che da parte di quella biologica²⁴; lungi dall'aver prestato il consenso a mettere a disposizione l'utero per accogliere embrioni altrui, del resto, al momento del materiale impianto ciascuna delle "madri" perseguiva il "proprio" progetto genitoriale consapevolmente e chiaramente orientato ad una FIVET omologa²⁵. Senza considerare che «una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita» apparirebbe «totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante»²⁶.

Ritenuta non pienamente soddisfacente nessuna delle precedenti ipotesi, non rimarrebbe che la c.d. adozione per la nascita (APN) degli embrioni soprannumerari alla PMA ed abbandonati, non ancora disciplinata in Italia eppure già fatta oggetto di approfondita disamina in passato²⁷: pur nella diversità di iniziale condizione tra embrioni appunto "abbandonati" ed erroneamente "scambiati", difatti, rimarrebbe comunque ferma l'esigenza – comune ad entrambe le fattispecie – di realizzare il proprio desiderio di genitorialità, per il futuro figlio, e di tenere in grembo fino alla susseguente "adozione" embrioni geneticamente non propri, da parte della donna e del proprio compagno (assistendosi, così, alla conversione dell'iniziale consenso alla fecondazione omologa nel successivo all'adozione *prima della nascita e per la nascita*).

3. Il pieno di principi applicabile al caso nell'attuale (ed auspicabilmente non perdurante per l'avvenire) vuoto di regole espresse: il profilo della maternità

Da quanto *supra* appena tratteggiato, non poche né irrilevanti appaiono insomma le incertezze di carattere qualificatorio complessivamente gravanti sull'ipotesi in esame: col che, un intervento del legislatore in materia sembrerebbe (se non improcrastinabile ed urgente quantomeno) opportuno ed auspicabile; ciò, naturalmente, a condizione che esso sfugga all'asfittica alternativa *tutto/niente*. Ognuno degli estremi, difatti, si dimostrerebbe altamente esiziale e sconsigliabile in ambiti di esperienza talmente delicati e complessi: così, una disciplina eccessivamente minuta e dettagliata su tale campo rischierebbe di tradursi in una sorta di "camicia di forza", finendo per produrre proprio quelle ingiustizie che, in tesi, sarebbe nata per sventare; non diversamente, il suo eccesso opposto di continuare a lasciare carta bianca ai giudici finirebbe al contrario per alimentarne l'ipersoggettivismo dell'interpretazione in danno della certezza del diritto (e dei diritti)²⁸.

Come sovente accade, quella più ragionevole sembrerebbe dunque la soluzione intermedia tra i due opposti ora accennati: di una legislazione, cioè, ampia ed elastica che – in un quadro condiviso ed uniforme di principi – affidi al magistrato il compito di bilanciare i valori in concreto coinvolti, con modalità non astrattamente definibili *a priori* in ragione delle peculiarità che la vicenda volta

²³ Cfr. M. GENSABELLA, *Postilla a* COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

²⁴ Così, part. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

²⁵ Cfr. nuovamente M. GENSABELLA, *Postilla a* COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit. [cui si devono pure le considerazioni che seguono sulla c.d. adozione per la nascita (APN)].

²⁶ Così, persuasivamente, Trib. Roma, I sez. civ., cit.

²⁷ Cfr. part. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)* (18 novembre 2005), in www.governo.it.

²⁸ Per queste considerazioni, part. A. RUGGERI, *Relazione di sintesi all'incontro di studio su Vecchie e nuove «famiglie» nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit.

per volta esibisce. Una soluzione di questo tipo, proprio con speciale riguardo all'episodio in discorso, offrirebbe più di un non secondario vantaggio, innanzitutto per le coppie: laddove, ad esempio, autoritativamente non imponga il transito della prole dall'una all'altra madre ma ne rimetta la decisione al libero accordo tra le parti coinvolte; qualora, poi, tale cooperazione non sia raggiungibile, allora sì che subentrerebbe sussidiariamente il giudice, cui istituzionalmente – ed *in limine litis* – spetterà l'incombenza di esattamente soppesare la risoluzione più adeguata al preminente interesse del minore²⁹.

Oltre che per le coppie coinvolte, tale impostazione di grande giovamento sarebbe, in secondo luogo, per il magistrato nella delicata opera di bilanciamento cui sarebbe non di rado chiamato. Questi potrebbe d'altro canto ritrovarsi grandemente agevolato dalla flessibilità di una disciplina che non gli consenta solo di valutare eventuali accordi tra la coppia biologica e quella non biologica (o di dirimerne gli eventuali conflitti) ma, soprattutto, di tener conto nella sua decisione: 1) «della durata del tempo intercorso tra la nascita del bambino e la scoperta dello scambio delle provette, al fine di stabilire se si sia, o no, consolidato un rapporto affettivo tra il bambino stesso e la coppia che lo ha cresciuto come figlio»; 2) «dell'attitudine della coppia in astratto considerata dalla legge come prioritariamente preferibile a farsi cura del bambino o, quanto meno, della sua maggiore idoneità rispetto all'altra coppia»; 3) delle «condizioni per un eventuale rientro graduale e pilotato del minore nella famiglia 'giusta', condizioni impossibili da preconstituire ad opera della legge»³⁰.

Equilibrata si dimostrerebbe, infine, questa soluzione pure nella visuale istituzionale ed interorganica, spianando nuove strade al fattivo concorso di Parlamento e potere giudiziario anziché lasciando che essi si fronteggino – come sovente è purtroppo accaduto – *l'un contro l'altro armato*: è nella prospettiva della migliore tutela apprestata ai diritti fondamentali della persona, del resto, che può meglio apprezzarsi quella dialettica separazione/cooperazione tra i poteri indispensabile per qualunque Stato il quale intenda genuinamente fregiarsi del titolo di “costituzionale”.

In attesa di questi – come di molti altri invero – sviluppi legislativi per l'avvenire, non può certo dirsi che l'attuale *vuoto* di regole espresse per ciò solo non sottintenda invece un *pieno* di principi idonei, come tali, alla risoluzione del difficile caso anche da parte del giudice adito³¹. Tre, com'è ovvio, sono gli interessi costituzionalmente rilevanti dolorosamente coinvolti dall'evento e corrispondenti agli altrettanti vertici della triade maternità-paternità-filiazione: in quanto tali, converrà pertanto separatamente esaminarli.

Prendendo avvio dalla maternità, rimangono senza dubbio confermati i tradizionali principi della centralità del consenso informato della gestante nonché del nesso maternità naturale/fatto storico del parto. Con riferimento al primo, decisiva appare evidentemente la ricostruzione *ex post* della volontà della madre, scomponibile in due ben distinti momenti logico-cronologici rispettivamente coincidenti con la decisione di: 1) interrompere ovvero proseguire la gravidanza, nonostante la scoperta dell'errore; 2) restituire ovvero tenere presso di sé i gemelli così dati alla luce. In entrambi i casi, la decisione rimessa alla gestante risulterebbe, a conti fatti, incoercibile: nell'ipotesi *sub* 1) – stante ovviamente la vigenza della normativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza che consente ad essa di scegliere, alle condizioni legislativamente previste, il da farsi – quando il riconoscimento di un legittimo interesse al *buon risultato* della gravidanza da parte dei genitori genetici infatti potrebbe persino tradursi in un'illecita interferenza nella sfera di autonomia decisionale della

²⁹ «Nulla, infatti, esclude che la coppia destinataria della prole possa risultare inidonea a farsene cura, secondo quanto è in generale proprio di molte vicende di diritto familiare»: così, ancora, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

³⁰ Così – pure per i rilievi che immediatamente seguono – A. RUGGERI, *Relazione di sintesi*, cit.

³¹ ... che difatti, sin dal principio, non può non riconoscere che «la peculiarità della vicenda, oltre che per le drammatiche implicazioni umane di tutti i soggetti coinvolti, discende dal fatto che il diritto non contempla e non disciplina *in modo esplicito* la fattispecie in esame»: così, Trib. Roma, I sez. civ., cit. (corsivi non testuali) *ex adverso* riconoscendo l'esistenza di principi quantomeno già *impliciti* nell'ordinamento.

gestante³²; in quella *sub* 2), giacché un'imposizione normativa senza il consenso della madre si sarebbe rivelata comunque discutibile.

Così, nel caso di obbligatoria attribuzione dei neonati, irragionevole sarebbe imporre alla gestante di accogliere dei figli non voluti, col rischio che essi possano andare incontro «a maltrattamenti e ad uno *stress* psicologico quotidiano dagli imprevedibili, gravissimi esiti, una volta che il bimbo stesso dovesse sentirsi respinto da chi invece, secondo natura, è (o, meglio, *dovrebbe* essere...) fonte di amore e sicurezza»³³. Ne consegue che al momento della nascita ella ben avrebbe potuto stabilire di non voler tenere la prole, aprendo come si anticipava la strada ad una possibile "adozione" da parte dei genitori biologici che si fossero mostrati idonei a tal fine (in ossequio alle tradizionali regole che usualmente governano i "normali" casi di adozione di minore). Di traverso a tale esito nondimeno – in assenza di un'espressa previsione derogatoria in tal senso – avrebbe seriamente rischiato di mettersi proprio la l. n. 40 cit.: considerato difatti che l'originaria fecondazione omologa si è comunque convertita in un'eterologa, proprio la disciplina richiamata avrebbe impedito alla madre di dichiarare di non voler essere nominata al momento del parto, potendo rimanere dunque passibile del reato di abbandono della prole *ex art.* 591 cod. pen.

Non meno inaccettabile, poi, si dimostrerebbe l'opposto frangente dell'obbligatoria restituzione dei gemelli: si pensi solo alle difficoltà di ordine psicologico – oltre che giuridico – cui avrebbe rischiato di andare incontro la donna gestante la quale, *ex lege* e contro la sua volontà, non sia ritenuta la madre dei neonati: «di vivere», in primo luogo, «la gravidanza con la consapevolezza di una successiva dolorosa separazione dal figlio al momento del parto»; «di essere costretta», in seconda battuta, «a un distacco, fin dall'inizio della gravidanza, processo problematico di cui non si conoscono in anticipo tutte le conseguenze psicofisiche»³⁴.

Come se non bastasse, infine, al suddetto profilo *volontaristico* della gravidanza non può che agevolmente affiancarsi quello *naturalistico* del tradizionale ed inscindibile legame maternità naturale/parto *ex art.* 269, comma 3, cod. civ.³⁵: introdotto sin dalla riforma del diritto di famiglia del '75, difatti, tale principio è stato molto recentemente (e vigorosamente...) riaffermato dal D.Lgs. n. 154/2013, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, il quale ultimo – disponendo, altresì, la possibilità di reclamare, o contestare, lo stato di figlio solo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto³⁶ – ha evidentemente inteso dare nuova linfa ad esso, anziché metterlo da canto alla luce delle più moderne tecniche di procreazione medicalmente assistita³⁷.

4. (Segue): *il profilo della paternità e l'ago della bilancia del preminente interesse del minore*

Passando al contiguo piano della *paternità*, è di tutta evidenza come l'errore medico abbia indebilmente provocato la scissione della genitorialità del padre genetico da quello legale³⁸ con la con-

³² In tal senso, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

³³ Cfr. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit. cui si riferiscono anche le notazioni che seguono sul punto.

³⁴ Così spec. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit., il quale prosegue persuasivamente ritenendo che «per questa donna il parto sarà semplicemente una 'fine' e non un 'inizio'. Tutto ciò potrebbe costituire una motivazione (connessa al 'grave danno per la salute psico-fisica') per indurre la donna all'aborto».

³⁵ ... il quale, come noto, dispone che «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

³⁶ Cfr. attuale art. 240, cod. civ.

³⁷ «La riforma della filiazione ha», in altre parole, «mantenuto il principio in base al quale è il parto che determina la maternità naturale, nella piena consapevolezza, si ritiene, dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od 'uterina' potesse non identificarsi con la madre genetica»: così, Trib. Roma, I sez. civ., cit., rammentando che «la dottrina ne discute fin dagli anni 80, quando in Parlamento erano in gestazione i diversi disegni di legge sulla procreazione medicalmente assistita, ponendosi espressamente il problema della prevalenza della madre genetica o della madre biologica in caso di conflitto».

³⁸ Così pure COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

seguenza che mentre il marito della partoriente astrattamente avrebbe potuto chiedere il disconoscimento della paternità – vietato dalla l. n. 40 cit. unicamente in presenza del consenso prestato alla fecondazione eterologa (cosa che, come si sa, in questo caso *ab origine* manca) – al genitore biologico sarebbe spettato invece il riconoscimento della paternità proprio al fine di far transitare la prole nella famiglia cui appartiene il padre legale³⁹. La qual cosa, nondimeno, in concreto non si è rivelata possibile giacché l'art. 231 cod. civ.⁴⁰ dispone che nel caso in cui la donna gestante, unita in matrimonio, dichiari nell'atto di nascita il figlio come nato durante il matrimonio, il marito ne diviene il padre legale⁴¹: a ciò si aggiunga peraltro che – avendo prestato il proprio consenso alla gravidanza ed all'iscrizione anagrafica dei neonati come propri – quest'ultimo non sarebbe comunque legittimato a proporre l'azione di disconoscimento di paternità ai sensi dell'art 6, l. n. 40 cit.

Senza considerare che – in presenza dello *status* di figlio di altra persona (il marito della donna gestante, appunto) – al padre genetico non sarebbe consentita né l'azione di disconoscimento né quella di riconoscimento del figlio: piaccia o meno insomma, in ordine ai limiti all'azione di disconoscimento di paternità, la volontà del legislatore è rimasta quella di riservare ai soli soggetti direttamente interessati (vale a dire i membri della famiglia legittima), il potere di decidere circa la prevalenza della verità “biologica” su quella “legale”, e viceversa. Della medesima opinione del resto, nella vigenza della normativa antecedente alla novella del 2013, si è mostrata la Corte costituzionale la quale – costantemente dichiarando inammissibili le eccezioni d'incostituzionalità in ordine alla diversa disciplina dell'azione di impugnazione del riconoscimento per la disparità di trattamento tra figli nati in costanza o fuori dal matrimonio cui essa avrebbe dato luogo – ha sempre ribadito l'insindacabilità della scelta legislativa nell'individuazione dei soggetti legittimati a proporre l'azione di disconoscimento della paternità⁴².

Oltremodo arduo, tuttavia, sarebbe stato prospettare la soluzione intermedia dell'affido condiviso tra padre genetico e donna gestante non unita in matrimonio giacché i neonati si sarebbero ritrovati a dover vivere in due distinti nuclei familiari, seppur con le modalità all'uopo disposte dal giudice: sebbene, difatti, i nati non avrebbero perso il contatto con la madre genetica (se unita in matrimonio o convivente con il padre genetico), nondimeno, i rischi psicologici ed educativi per i figli derivanti dal binomio padre genetico/madre gestante tra cui non esista alcun “collegamento di affettività” potrebbero alla lunga rivelarsi assai gravosi.

La questione sul tappeto rimarrebbe, ad ogni modo, macroscopicamente monca della sua più significativa porzione se ai già visti profili della maternità e paternità non venga infine affiancato il preminente interesse del futuro minore, il cui centrale rilievo diventa perciò il vero ago della bilancia dell'intera questione in commento: «una volta conosciuto l'errore», d'altro canto, «le vicende causate da scambio di embrioni devono essere affrontate con sollecitudine, in tempi in grado di consentire», proprio ai soggetti più deboli ed indifesi del caso, «condizioni familiari adeguate per una equilibrata e serena crescita, evitando traumi di distacco o d'inserimento in contesti che potrebbero essere percepiti come estranei»⁴³. Mentre sull'individuazione di un criterio superiore⁴⁴ che consenta di tracciare gli esatti confini di tale interesse non è facile dare una risposta né univoca né buona per tutte le occasioni, non altrettanto può dirsi almeno per la specifica esigenza del minore di disporre di due figure genitoriali certe di riferimento, titolari del diritto di scegliere responsabilmente ciò che

³⁹ In tal senso, A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

⁴⁰ ... novellato dal D.Lgs. n. 154 cit. il quale – sopprimendo l'inciso «concepito» durante il matrimonio – ha mantenuto il solo «figlio» nato nel matrimonio, lasciando così intendere l'adesione del legislatore a quella corrente di pensiero che ritiene come sia nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa.

⁴¹ Cfr. part. Trib. Roma, I sez. civ., cit. cui si rimanda pure per i rilievi che seguono.

⁴² ... con la conseguenza che «un'innovazione, che attribuisse direttamente la legittimazione ad agire a soggetti privati estranei alla famiglia legittima, quale è il presunto padre naturale, rappresenterebbe la scelta di un criterio diverso, legato ad un'ulteriore evoluzione della coscienza collettiva, che solo il legislatore può compiere».

⁴³ Così, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁴⁴ Sulla presunta esistenza di una sorta di *metacriterio* si interroga, per esempio, A. RUGGERI, *Relazione di sintesi*, cit.

ritengono essere il meglio per i propri figli: tale necessità, al contrario, può non difficilmente essere riferibile tanto al piano *fattuale* che precipuamente *normativo*.

Elaborata negli anni '80 del secolo scorso dallo psicoanalista inglese J. Bowlby, la teoria c.d. dell'attaccamento⁴⁵ ad esempio ricostruirebbe – sotto il primo dei due profili considerati – il legame madre-figlio in maniera assai diversa dal solo soddisfacimento del mero bisogno fondamentale di essere allattato, teorizzato invece da S. Freud agli inizi del XX secolo⁴⁶: la vicinanza del figlio alla madre ed il contatto con lei nell'ambiente naturale costituirebbe, cioè, la migliore garanzia per evitare pericoli e, quindi, sopravvivere; accanto al nutrimento al seno materno, dunque, «sono necessari anche tutti quei segnali sociali, tra i quali particolare importanza hanno il contatto fisico e l'essere coccolato, che il piccolo cerca per istinto» per indurre la formazione del rapporto madre-figlio⁴⁷. In tal senso, la letteratura scientifica sarebbe unanime nel ritenere assai precoce la formazione di tale legame simbiotico tra il nascituro e la gestante sin dall'esistenza intrauterina: tra quest'ultima ed il primo, nel corso della gravidanza, si creerebbe e consoliderebbe, insomma, un fondamentale intreccio biologico, psichico e sensoriale; con la conseguenza che i nove mesi di gestazione – ben oltre la semplice messa a disposizione dell'utero – attribuirebbero una ben precisa valenza esistenziale, biologica e culturale alla maternità⁴⁸. *A fortiori*, «non può, pertanto, non ritenersi sussistente un interesse dei minori al mantenimento di tale legame, soprattutto alla luce del fatto che i bambini sono già nati e nei loro primi giorni di vita deve ritenersi abbiano già instaurato un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori e sono già inseriti in una famiglia»⁴⁹.

Il diritto – per passare a quello che, per comodità espositiva, si è *supra* definito piano normativo – ha evidentemente tradotto in regole giuridiche, e dunque razionalizzato, tale stato naturale di fatto, a partire da quello esterno all'ordinamento italiano sia esso vigente⁵⁰ che vivente (così, molto recentemente, la CEDU⁵¹ ha ad esempio rimarcato il diritto del minore a mantenere il legame familiare consolidatosi nel tempo in luogo di un presunto diritto dei genitori genetici): non dissimilmente è avvenuto in Italia, a cominciare appunto dai principi generali dell'interesse morale e materiale del minore e della responsabilità genitoriale di cui al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*⁵². A tale vigoroso *trend* non potevano ovviamente restare insensibili i giudici nostrani, ciascuno per la sua parte rimettendo criticamente in discussione il dogma della connotazione necessariamente genetica e biologica del rapporto di filiazione: così hanno da tempo fatto convintamente leva sulla centralità del diritto del minore a conservare la propria identità familiare nelle azioni di stato la Consulta⁵³, la Corte di Cassazione⁵⁴ nonché naturalmente la magistratura di merito⁵⁵.

⁴⁵ Cfr. part. J. BOWLBY, *Attaccamento e perdita*, Torino, 1999, part. 12 ss.

⁴⁶ Così spec. S. FREUD, *Tre saggi sulla teoria sessuale* (1905), a cura di A. Lucchetti, Milano, 2010, part. 21 ss.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, voce *Teoria dell'attaccamento*, in *Enc. della scienza e della tecnica*, in www.treccani.it (2008).

⁴⁸ Così, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁴⁹ In tal modo, Trib. Roma, I sez. civ., cit.

⁵⁰ Così, spec. le Convenzioni *sui diritti del fanciullo* (New York, 20 novembre 1989) e sull'*esercizio dei diritti dei fanciulli* (Consiglio europeo di Strasburgo, 25 gennaio 1996) rese esecutive in Italia, rispettivamente, con ll. nn. 176/1991 e 77/2003 nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (7 dicembre 2000) adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, sez. V, sentt. gemelle del 26 giugno 2014, caso, rispettivamente, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, che hanno condannato il paese transalpino per la mancata trascrizione dello *status* di filiazione discendente da un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero.

⁵² Così, spec. le riforme del diritto di famiglia e dell'adozione introdotte, rispettivamente, con ll. nn. 151/1975, *Riforma del diritto di famiglia*, e 184/1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, per come novellata dalla l. n. 149/2001.

⁵³ Così, *ex multis*, [sentt. nn. 50/2006](#) e [31/2012](#), rispettivamente, sull'illegittimità costituzionale integrale dell'art. 274 cod. civ. ovvero parziale della pena accessoria al reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 cod. pen.

⁵⁴ ... la quale – proibendo il disconoscimento da parte del marito della coppia che avesse acconsentito alla fecondazione eterologa della moglie – già dal 1999 (sent. n. 2315) ha radicalmente riletto il principio-cardine della verità biologica nella filiazione.

⁵⁵ Cfr. Corte d'Appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009, a proposito del riconoscimento in Italia dei c.d. *parental orders* resi nel Regno Unito sulla scorta dei quali è riconosciuta la maternità c.d. surrogata.

Col *pendant* del termine tombale di cinque anni per l'esercizio delle azioni di disconoscimento di paternità ovvero di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, infine, la riforma della filiazione del 2013 pare definitivamente riconoscere come recessivo l'interesse *pubblico* alla verità genetica/biologica: e ciò, evidentemente, in favore dell'incondizionata prevalenza di quello *individuale* del minore alla stabilità del rapporto di filiazione ed a non recidere i legami familiari e di affetti che su di esso si fondano e da cui traggono alimento (pure nei casi di sospensione previsti dalla legge).

5. I molteplici insegnamenti pro futuro di cui il doloroso episodio dello scambio appare fecondo: a proposito di genitorialità naturale e di famiglia

Alla luce di quanto sin qui succintamente emerso può condividersi pertanto l'estensione, anche al delicato caso di specie, di quegli stessi principi «che hanno indotto la Corte di Cassazione nel 1999 a ritenere non legittimato a proporre l'azione di disconoscimento di paternità chi avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa ed alcuni giudici di merito (...) a ritenere non ammissibile l'impugnazione del riconoscimento da parte di chi lo abbia effettuato consapevole della sua falsità»⁵⁶: troverebbe così applicazione, insomma, quell'interpretazione adeguatrice degli artt. 6 e 9, l. n. 40 cit., agli artt. 2 e 3 Cost. per la quale devono ritenersi genitori dei gemelli contesi la madre uterina ed il marito che abbia prestato il proprio consenso alla gravidanza ed all'iscrizione anagrafica di essi come propri (consapevole di non esserne il genitore genetico eppure deciso ad assumersi la responsabilità di accogliergli quali figli).

Molteplici ed affatto secondari appaiono, in conclusione, gli insegnamenti ricavabili da tale dolorosa vicenda per il futuro della materia adesso in esame (e di quanto ad essa si ritrovi maggiormente contiguo) a cominciare dall'andamento circolare del concetto stesso di maternità naturale: seppure il principio iniziale di riferimento del nostro ordinamento – ai sensi dell'art. 269 cod. civ. – come della *major pars* degli altri sia quello della *concentrazione* delle figure della madre naturale, genetica e gestante in capo alla stessa donna, l'esperienza ha dimostrato in effetti come la condizione della maternità e della paternità *naturale* paradossalmente non esista *in rerum natura* e rappresenti casomai «soltanto un'illusione o, più esattamente, il mito», assai enfatizzato, «su cui si è fondata, in Occidente, l'immagine della maternità e della paternità»⁵⁷. L'irresistibile incalzare del progresso tecnico-scientifico degli ultimi quarant'anni, poi, non ha fatto che portare alle sue estreme conseguenze tale assunto, fino allo *zenit* di determinare una *triplicazione* della figura materna con la madre *genetica* (cui appartiene l'ovocita fecondato), quella *biologica* (che ha portato avanti la gravidanza) e quella *sociale* (la quale ha espresso la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale)⁵⁸: cosicché «dobbiamo rassegnarci al fatto che non esiste più una figura materna univoca (lo stesso avviene con riferimento all'uomo, dato che non possiamo non distinguere, sempre nel contesto della PMA, il padre genetico da un eventuale padre sociale)»⁵⁹.

In tesi, dunque, nessuna costituirebbe a rigore la *vera* madre del/dei nascituro/i: il che in pratica equivale *ex adverso* a sostenere che ciascuna inevitabilmente lo sia, compresa la madre sociale la cui presenza – pur non fornendo né l'ovocita né, tantomeno, il proprio utero per la gestazione – è indispensabile affinché il futuro bambino sia concepito e partorito⁶⁰. A differenza degli embrioni – rispetto ai quali solo quelli biologici rappresenterebbero i “genitori” – i figli verrebbero, del resto, a formazione come tali a seguito della gravidanza, cosicché discorrere di “matri” parimenti “natura-

⁵⁶ In tal modo, Trib. Roma, I sez. civ., cit.

⁵⁷ Così part. W. JAMES, *Principles of psychology*, I (1890), New York, 2007, cit. in C. FLAMIGNI, *Postilla a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, Considerazioni bioetiche*, cit.

⁵⁸ Cfr. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

⁵⁹ In questo senso, F. D'AGOSTINO, *Postilla a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, Considerazioni bioetiche*, cit.

⁶⁰ Così, nuovamente, F. D'AGOSTINO, cit.

li”, ancorché in modi complessivamente diversi, non sarebbe improprio⁶¹. Nel caso in esame, nondimeno, sarebbe in particolare quella che consenta di riaccentrare le tre figure *supra* analizzate – ed innaturalmente separate dalle pratiche tecnico-scientifiche – in capo alla donna che li ha partoriti la soluzione obbligata nel preminente interesse dei neonati.

A parte gli accennati profili relativi alla scissione (e successiva *reductio ad unum*) dei molti frammenti di maternità, la vicenda in esame si pone, secondariamente, come l’ennesimo emblematico collettore di una ben più ampia trasformazione dello stesso modello socio-culturale di famiglia, invero da tempo avviato in Europa e non ancora del tutto compiuto⁶²: anziché giocare a favore della mera comunanza biologica e genetica della famiglia – a partire dalla madre che sarebbe da considerarsi quella genetica a motivo del fatto che trasmette il proprio patrimonio genetico in occasione della fusione dei gameti⁶³ – evidentemente il passare degli anni ne ha piuttosto riscoperto l’originario archetipo di prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo quale luogo di affetti e solidarietà reciproca⁶⁴.

Nel caso concreto, come si è visto, nessuna delle possibilità alternative a quella di lasciare i gemelli con la partoriente ed il compagno/marito è stata ritenuta soddisfacente: non quella della restituzione secca e senza appello ai genitori genetici, ma neppure quella intermedia di affidare i neonati alla madre gestante ed al padre genetico (soluzione, quest’ultima, che avrebbe scisso l’integrità della coppia che ha avviato il progetto genitoriale prefigurando una sorta di “genitorialità incrociata”)⁶⁵. Ciò tuttavia non vuol dire – proprio alla luce delle considerazioni *supra* appena svolte – che alla logica conflittuale/esclusiva dell’*aut/aut* non possa preferirsene una cooperativa/inclusiva dei rapporti tra le due coppie coinvolte: nell’interesse dei nati essendo, cioè, auspicabile «che sia accantonata la logica stringente dei diritti in competizione e che le famiglie coinvolte siano in grado di accedere alla dimensione della ‘comprensione dei sentimenti’, della ‘cura’ e all’etica della responsabilità e della solidarietà nei confronti dei nati, che un giorno dovranno fare i conti con un errore che ha reso incerte le loro origini e il contesto familiare di vita»⁶⁶.

Ove dunque non ragionevole né il graduale rientro nella famiglia genetica⁶⁷ – quando, cioè, il legame della gravidanza venga progressivamente sostituito da altri atti tradizionali quali il nutrimento, la protezione e l’educazione del bambino da parte dei genitori genetici⁶⁸ – né, tantomeno, l’affido condiviso alle due coppie, sul tappeto non rimarrebbe che la soluzione, il più possibile con-

⁶¹ Cfr. spec. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

⁶² «Nelle società umane moderne sono rintracciabili modelli differenti di iscrizione sociale del dato biologico, modi differenti di pensare a come si può essere padre e madre ed è, quindi, possibile immaginare che anche su questo tema sia in atto uno scontro di paradigmi, con le conseguenze che sono abituali in queste circostanze: la protesta di chi è fedele al vecchio, le pressioni di chi sostiene il nuovo, i molti (quasi sempre inutili) tentativi di mediazione»: in tal modo, part. C. FLAMIGNI, *Postilla a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, Considerazioni bioetiche*, cit.

⁶³ Così COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁶⁴ Cfr. Trib. Roma, I sez. civ., cit. a parere del quale «se è vero che la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti, ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti» concludendo che «non può più ragionevolmente ritenersi che il principio della verità genetica nei rapporti di filiazione sia sovraordinato rispetto agli altri interessi in conflitto».

⁶⁵ In questo senso, M. GENSABELLA, *Postilla a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, Considerazioni bioetiche*, cit. la quale, dunque, la ritiene giustamente «non percorribile, perché lesiva degli interessi di tutti i soggetti coinvolti».

⁶⁶ Così COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit. ad opinione del quale, «fermo restando la necessità di due figure genitoriali di riferimento, non è», quindi, «auspicabile che una delle due coppie sia esclusa dalla vita dei nati».

⁶⁷ ... come pure tempo addietro accaduto, ad esempio, nel drammaticamente celebre caso dello scambio di culle a Mazara del Vallo, dove i figli ritornati nelle rispettive famiglie genetiche riuscirono «ad intrattenere continui e stabili contatti coi ‘genitori’ da cui erano stati inizialmente allevati, grazie ovviamente alla sensibile e fattiva cooperazione di questi ultimi»: cfr. spec. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

⁶⁸ Sul punto, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

divisa appunto tra le due “famiglie” genetica e legale e riconosciuta dal giudice nel *best interest* del minore, del diritto di visita della prima presso la seconda: l'accettazione del duplice rapporto del bambino con entrambe le coppie suggerendo, in pratica, nuove “forme” di relazioni para-parentali con i genitori genetici, a tutela della verità delle proprie origini⁶⁹.

Ciò, quantomeno, è ammissibile sul piano concreto dell'esperienza: giacché, per venire ad un profilo che meriterebbe assai più spazio di quanto adesso non sia possibile fare come quello dell'astratto figurino costituzionale, ben pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che l'art. 29 Cost. segni una propria, ben delineata e precisa, nozione di “famiglia”. Con l'evidente conseguenza che – qualora non dovesse più essere ritenuta al passo dei rutilanti tempi in cui viviamo – la formula in esso iscritta andrebbe adeguatamente aggiornata osservando l'ordinaria procedura di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost.: non già, come sin qui si è anche tentato di fare, seguendo la diversa via dell'interpretazione la quale invece, dissimulandone la strisciante riscrittura, finirebbe per sortire l'opposto e paradossale effetto di *decostituzionalizzazione* della stessa Costituzione (e, *in limine*, di smarrire la stessa identità costituzionale dello Stato cui pure tale modello di famiglia appartiene)⁷⁰.

6. (Segue): *in tema di consenso informato della coppia, di diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini genetiche nonché di diritto alla sicurezza di tutti i soggetti coinvolti*

A parte gli accennati modelli di maternità e, più ampiamente, di famiglia, talune consolidate indicazioni in tema di centralità del consenso, diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche nonché diritto alla sicurezza di tutti i soggetti coinvolti non possono che trarre ulteriore rafforzamento dal caso in commento. Così, in primo luogo, la legittima aspirazione (non diritto) di ogni coppia ad avere un figlio – lecita e naturale in quanto desiderio di vita e di nascita⁷¹ – la cui fisiologica proiezione giuridica è rappresentata proprio dall'espressione del consenso informato alla procedura, cui lo stesso art. 9, commi 1 e 2, l. n. 40 cit. riconduce il divieto, rispettivamente, all'anonimato della madre e al disconoscimento da parte del padre: la volontarietà del comportamento necessario per la filiazione nella fecondazione eterologa attribuisce, difatti, il titolo materno e paterno a quella coppia che, a prescindere dall'apporto biologico, dimostri di desiderare il figlio sottoponendosi alla disciplina deontologica e giuridica della PMA⁷².

Nell'episodio in esame, tuttavia, il consenso ai comportamenti miranti alla procreazione di tipo eterologo è *ex ante* del tutto assente: lungi dall'esser stati donati per una fecondazione altrui, infatti, i gameti della coppia sono stati prelevati al preciso scopo (informato e consensuale) di realizzare quell'aspirazione ad avere un figlio biologicamente proprio; ciò non ha, quindi, consentito di qualificare la fattispecie in esame né come PMA eterologa né, tanto meno, quale maternità surrogata⁷³. Nei citati casi di cui alle sentt. di Corte d'Appello di Bari e CEDU, al contrario, intanto si è data prevalenza alla madre genetica su quella gestante proprio in quanto il contratto in esame, seppur vietato dall'ordinamento, si fondava sulla piena volontarietà di tutti i soggetti coinvolti, a partire dalla madre uterina – che aveva consegnato i figli appena partoriti dimostrando di non volersi fare

⁶⁹ Così M. GENSABELLA, *Postilla* a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁷⁰ Cfr. part. A. RUGGERI, *Relazione di sintesi*, cit.

⁷¹ In tal senso, M. GENSABELLA, *Postilla* a COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁷² Così COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁷³ «A fronte di eventi avversi con scambio di embrioni nell'ambito di una PMA omologa si ha», invero, «un'eterologa ‘da errore’ (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner) o una surroga materna ‘da errore’ (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso, il che genera una situazione d'indeterminatezza in merito alla maternità e paternità. E la non volontarietà (consenso) alla fecondazione eterologa o surroga materna implica anche che non possano avere attuazione le norme sopra menzionate»: cfr. ancora COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

carico della responsabilità genitoriale – e finire con quella genetica che tale responsabilità ha voluto invece espressamente assumere⁷⁴.

Ciò, ad ogni modo, non ha certo impedito la ricostruzione *ex post* della volontà di filiazione e della connessa assunzione di responsabilità genitoriale, a partire ovviamente dal consenso informato espresso dalla gestante, il quale rappresenta il *quid pluris* di responsabilità della maternità: è la conoscenza dell'errore medico, del resto, che attribuisce ad ella – alla stregua di ogni altra madre – la responsabilità della scelta se continuare o meno la gravidanza⁷⁵.

Passando al diverso piano del diritto c.d. alla conoscenza, nel caso in esame esso inevitabilmente si scompone nel fondamentale interesse, rispettivamente, delle coppie coinvolte di apprendere dell'avvenuto errore e, soprattutto, del nato di conoscere la verità del proprio concepimento (nelle sue modalità ed in quelle di successiva gestazione) nonché dell'ascendenza biologica. Con riferimento all'interesse della coppia, di centrale importanza evidentemente appare tanto il *quomodo* quanto, soprattutto, l'*an* di tale *discovery*: con riferimento alle modalità attraverso le quali le coppie coinvolte da tale avverso evento ne vengono a conoscenza, ciò di regola si verifica accidentalmente nel corso del comune *screening* dello stato di salute dei feti al fine di escludere ogni aneuploidia cromosomica. Rispetto invece all'*an*, quella del diritto a sapere (ovvero non sapere) dei c.d. *incidental findings* nel corso d'indagini genetiche, com'è noto, è questione assai ampia e non poco dibattuta tra gli addetti ai lavori⁷⁶: nel caso in esame, poi, essa appare ulteriormente aggravata dal fatto che si tratti d'informazione non espressamente richiesta eppure ritenuta dovuta tanto nell'interesse del nato – per motivi di salute e conoscenza delle proprie origini genetiche – quanto in quello della gestante (la quale avrebbe potuto decidere d'interrompere la gravidanza a motivo dell'informazione ricevuta) e del padre legale. In così delicati frangenti, allora, non è solo fondamentale che la comunicazione dell'errore sia la più chiara e tempestiva possibile ma, pure, che il Comitato etico del centro che ha effettuato il monitoraggio non lasci da solo il genetista nella scelta del comportamento più opportuno da tenere nei confronti degli interessati: ad esempio, previamente elaborando apposite procedure circa le modalità di comunicazione – da integrare al referto molecolare in sede di consulenza genetica *post-test* – che sia la più adeguata alla specifica circostanza.

Venendo, poi, all'interesse del minore a non rimanere all'oscuro delle proprie origini genetiche, mentre nessuno discute sull'se di tale comunicazione, variabili ricostruzioni possono invece riguardare il *quomodo* di essa, la quale dovrebbe necessariamente essere filtrata mediante appropriati criteri di proporzionalità, sostenibilità, rilevanza ed attinenza nonché con il supporto di una consulenza psicologica qualificata nelle diverse fasi della sua crescita⁷⁷.

Un rilievo a parte merita, in secondo luogo, il diritto alla sicurezza di tutti i soggetti coinvolti il quale – nell'endemica diffusione delle tecniche in parola – dovrebbe senz'altro essere meglio garantito da norme efficaci e rafforzati protocolli che, nei limiti dello statisticamente possibile, scongiurino per il futuro il verificarsi di altri errori: in tal senso, basterebbe per la verità scrupolosamente attenersi alla già vigente normativa europea in tema di qualità, sicurezza e tracciabilità relativa al materiale biologico di origine umana (*ivi* compresi, ovviamente gameti ed embrioni)⁷⁸.

Non si trascuri infine il decisivo rilievo che, alla luce della *Grundnorm* del già visto superiore interesse del minore, inevitabilmente assume in questa (come in molte altre simili) vicenda il rilievo

⁷⁴ Cfr. part. Trib. Roma, I sez. civ., cit.

⁷⁵ Sul punto, M. GENSABELLA, *Postilla a* COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁷⁶ Per le notazioni che seguono, part. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

⁷⁷ Cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa* (2011), in www.governo.it.

⁷⁸ «Se è vero», difatti, «che l'errore umano non può mai essere evitato completamente, allo stesso tempo solo il rispetto delle procedure di sicurezza, che le nostre normative disegnano con certezza e nel dettaglio, può rendere minima la probabilità che tali errori avvengano. L'inadempienza delle norme da parte delle strutture e delle amministrazioni regionali aumenta la probabilità di errore dei singoli operatori»: così COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche*, cit.

temporale. Ma, questo, non è certo una novità⁷⁹: la questione del tempo, al contrario, ha da sempre rappresentato – e, come si vede, continua a farlo sempre più problematicamente in frangenti come il presente – una tematica di grande latitudine, sia concettuale che pratica, nonché dalle complesse sfaccettature, intersecando talune delle questioni che più agitano dal proprio interno la materia bioetica⁸⁰. D'altronde, dimensione spaziale e temporale sono più in generale imprescindibili in ogni fattispecie disciplinata dal diritto: la domanda, piuttosto, riguarderebbe l'esatta portata dell'autonomia di cui tali dimensioni sono più specificatamente dotate all'interno della medesima fattispecie, «nel caso-limite, già una certa 'temporalizzazione'» potendo «riconoscersi contenuta nella stessa descrizione dell'evento e nella correlata individuazione dei suoi punti di collegamento soggettivi e oggettivi⁸¹. Tanto maggiore sarà, dunque, il lasso di tempo trascorso dal neonato con la coppia che lo alleva, tanto più vigoroso ed intenso diventerà il vincolo affettivo che legherà sempre più strettamente quello a questa⁸²; con la conseguenza che assai *ingiusta* suonerebbe la sottrazione del minore ai genitori che lo stanno allevando come figlio per consegnarlo *ope legis* ad un'altra coppia, *biologicamente* contigua ma *affettivamente* ultronea⁸³.

Non di rado, insomma, il fatto si fa beffe della (*recte*, si converte nella) soluzione giuridica anche al tempo, e a dispetto, delle più avanzate innovazioni biotecnologiche⁸⁴: sull'intero arco delle scelte esistenziali della persona pur sempre aleggiando l'attitudine della necessità a fare (e disfare...) il diritto secondo l'antico adagio *necessitas facit legem*.

⁷⁹ Sul punto, se si vuole, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, spec. 50 s.

⁸⁰ Cfr., part. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, ora in *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano, 2000, 477 ss. «Porre», d'altro canto, «l'accento sul tempo – analizzato attraverso la Costituzione – ha innanzitutto il significato di riconoscere la dipendenza del diritto da altre dimensioni, e principalmente da quella storica»: così M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 73.

⁸¹ «Successione o precedenza o (relativa) simultaneità nel tempo, o analoghi tipi di relazioni spaziali e temporali, si troveranno in gran numero latenti nella strutturazione delle fattispecie regolate dal diritto»: in tal senso, A. FALZEA, voce *Fatto naturale*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 474 s., a parere del quale «questa spazialità e temporalità incorporata, se così può dirsi, nel fenomeno stesso non manca di importanza, ma naturalmente non ha nessun rilievo autonomo, non è nulla che giuridicamente sia distinto e distinguibile dal fenomeno cui inerisce».

⁸² In oggetto, spec. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale*, cit.

⁸³ ... ad ennesima riprova – secondo A. RUGGERI, *Relazione di sintesi*, cit. (cui si rinvia per le notazioni che seguono) – «della bontà dell'antico adagio secondo cui *summum ius summa iniuria*».

⁸⁴ Sul punto, volendo, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, n.1/2014.