

Cendon / Book

Collana diretta da Bruno de Filippis

I DIRITTI DEL PRIMO LIBRO DEL CODICE CIVILE

02

2014

I DIRITTI DELLA PERSONA

LEGISLAZIONE E PROSPETTIVE

Bruno de Filippis

L'autore

Bruno de Filippis, magistrato dal 1978, autore di numerosissime opere giuridiche, pubblicate dalle maggiori case editrici nazionali, direttore e curatore di collane, più volte ascoltato come esperto di diritto di famiglia dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, ha collaborato alla stesura di leggi, tra cui la 54/2006, in tema di affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio. Ha presieduto o ha partecipato come relatore ad innumerevoli convegni in svariate località italiane. Ha diretto l'attività di commissioni di studio per la riforma del diritto di famiglia. Ha elaborato progetti di riforma per il riconoscimento dei diritti delle coppie non matrimoniali e delle coppie composte da persone dello stesso sesso, dei minorenni adottati nelle forme dell'adozione in casi particolari, dei nati da madri che non intendono essere nominate e delle persone che ricorrono alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L'Opera

L'opera esamina a 360° lo stato e l'evoluzione del diritto delle persone e della famiglia in relazione ai temi più attuali e controversi, dalla procreazione assistita al testamento biologico, dall'eutanasia al matrimonio tra persone dello stesso sesso, inquadrando gli argomenti nell'ottica della difesa dei diritti, e in particolare dei diritti dei più deboli, e ponendo attenzione alle possibili prospettive future.

INDICE

Capitolo Primo

BIOETICA E RIFORME

1. Un metodo per le riforme
2. Tradizione e riforme
3. La legge 40 del 2004
4. La riforma della filiazione
5. La riscrittura del libro primo del codice civile
6. Il testamento biologico
7. Le problematiche del testamento biologico
8. Il caso Englaro
9. Libertà dell'individuo ed indisponibilità della vita

Capitolo Secondo

DIRITTI DELLA PERSONA RICONOSCIUTI O NEGATI

1. Il punto di partenza
2. L'eutanasia
3. La procreazione medicalmente assistita
4. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso
5. I diritti dei più deboli

Capitolo Primo

BIOETICA E RIFORME

■ *In una stagione di riforme, i temi che coinvolgono la sfera etica suscitano discussioni che travalicano l'ambito strettamente giuridico. Il diritto resta, tuttavia, la sede in cui tali questioni, allorché si traducano in fattispecie concrete e domande giudiziarie, devono essere affrontate e risolte, anche ove una legislazione specifica manchi.*

Il libro affronta tali temi, descrivendo lo stato della questione, le soluzioni applicabili nell'attuale situazione ordinamentale e le prospettive de iure condendo.

APPLICAZIONI - Quale valore assumono le volontà precedentemente manifestate da un soggetto, nel momento in cui egli si trovi nell'impossibilità di esprimerle? È possibile ricostruirle in base ai precedenti comportamenti o è possibile affidarle ad un fiduciario? Nel momento della terapia, prevale la volontà del paziente o il codice deontologico cui si ispira il medico? Quali sono i rispettivi limiti che non possono essere superati? Che differenza vi è tra diniego delle cure vitali ed eutanasia? Quale la funzione dell'avvocato nel tutelare i diritti della persona in questioni di tal tipo? Quali i compiti del giudice ordinario e del giudice costituzionale?

ASPETTI PROCESSUALI, PENALI, AMMINISTRATIVI - Quali comportamenti discussi dalla bioetica sono oggetto del diritto civile e quali del diritto penale? Quali sanzioni amministrative colpiscono gli operatori sanitari che disattendono le linee guida emanate dal Ministro? Come si intrecciano le competenze del giudice e dell'autorità amministrativa in materia sanitaria?

ULTIME - L'ultimo evento, in ordine di tempo, sugli argomenti oggetto di questo lavoro è il contrasto tra il Ministro della Salute ed alcune Regioni, nonché gran parte dell'opinione pubblica e della dottrina, in ordine all'applicazione della decisione della Corte Costituzionale sull'abolizione del divieto di fecondazione eterologa.

Dal Corriere della Sera dell'11 agosto 2014: «Il ministro Lorenzin non può dire «fermatevi» sulla fecondazione eterologa. La Corte costituzionale ha stabilito che è vietato vietarla. Se si vuole trasferire tutto sul piano etico lo si faccia: anche se, vien da dire, l'eterologa esiste in natura... Noi ci adegueremo, ma intanto diamo attuazione alla sentenza».

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

● Corte costituzionale, sent. n. 162/2014 - .. La Corte rileva una violazione del diritto alla salute, poiché nel caso di patologie produttive di una disabilità, la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta». Pertanto, richiamandosi alla precedente sentenza n. 151/2009 la Corte ribadisce che «la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali». La nozione di patologia e la sua incidenza sul diritto alla salute vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango..

SOMMARIO

1. Un metodo per le riforme.
2. Tradizione e riforme.
3. La legge 40 del 2004.
4. La riforma della filiazione.
5. La riscrittura del libro primo del codice civile.
6. Il testamento biologico.
7. Le problematiche del testamento biologico.
8. Il caso Englaro.
9. Libertà dell'individuo ed indisponibilità della vita.

1. Un metodo per le riforme.

Legislazione: Legge 9 gennaio 2004, n. 6; art. 274 cod. civ.

Bibliografia: Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, ESI, Napoli, 1988.

Nel 1986, per effetto di quella che il prof. Paolo Cendon, definì una sintonia emotivo/culturale tra un gruppo di psichiatri ed un gruppo di giuristi, si svolse a Trieste il Convegno dal titolo “Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione”, incontro cui partecipò il fior fiore della civiltà di quegli anni “insieme a politici, medici, giornalisti, importanti *maitres à penser*, esperti e docenti di vari comparti” e dal quale derivò la rivoluzione dell'amministrazione di sostegno, che portò, nel 2004, al varo della legge 9 gennaio 2004 n. 6, introducendo nel primo libro del codice civile il relativo istituto.

È opportuno ricordare questo evento, sia per il merito che per il metodo.

L'amministrazione di sostegno può infatti considerarsi la prima pietra di un cambiamento di dimensioni globali, che, sulla spinta di eventi sociali, movimenti di pensiero ed evoluzione naturale delle società democratiche, tende a porre copernicamente la persona, la sua volontà, le sue esigenze ed aspirazioni, al centro dell'attenzione del diritto.

Un diritto della persona e per la persona, che consideri l'individuo come fine, in senso Kantiano, costruisca, nell'attenzione ai problemi dei più deboli, un'ampia struttura di solidarietà sociale e non esautori o sostituisca il cittadino nel momento in cui egli deve assumere decisioni che riguardano la sua vita.

Dal punto di vista metodologico, la vicenda dell'amministrazione di sostegno è un esempio di legge, in tema di diritto della persona e della famiglia, che nasca dalla riflessione degli studiosi e degli operatori.

La politica avrebbe il compito di recepire le istanze provenienti dalla base, chiedere il supporto degli esperti ed elaborare le risposte legislative alle esigenze di rinnovamento della società.

Questo percorso virtuoso è stato spesso, negli ultimi decenni della nostra esperienza, un miraggio. Dopo l'epocale stagione e le grandi trasformazioni degli anni settanta, la politica italiana ha mostrato inerzia e sostanziale indifferenza alle esigenze di trasformazione che provenivano dalla società.

Emblematico è il caso dell'art. 274 del codice civile, norma che, in ossequio ad antiche esigenze di difesa della famiglia legittima dagli "assalti dell'illegittimità", prevedeva un filtro di ammissibilità per le azioni con cui si intendeva agire per la dichiarazione giudiziale della paternità.

Di questa norma, da tempo ritenuta un ramo secco dell'ordinamento, fu chiesta da un noto studioso l'abrogazione, con un articolo pubblicato nel 1981 su di una rivista giuridica, curiosamente intitolato "*Per l'abrogazione dell'art. 274 cod. civ. (dedicato ad un parlamentare di buona volontà)*".

Nello spazio di venticinque anni e, quindi, di molte legislature, il parlamentare in questione non fu trovato, tant'è vero che la norma fu poi abolita dalla Corte Costituzionale nel 2006.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 274 cod. civ., che prevede e regola una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale... Il meccanismo processuale di cui alla norma impugnata si presta, invece, ad incentivare strumentalizzazioni, oltre che da parte del convenuto, anche da parte dello stesso attore che, attraverso una accurata programmazione della produzione probatoria, è in grado di assicurarsi, non essendo il provvedimento di inammissibilità suscettibile di passare in giudicato, una reiterabilità, a tempo indeterminato, della istanza di riconoscimento, con la conseguenza che, proprio a fronte di iniziative effettivamente vessatorie, il convenuto potrebbe non esserne mai definitivamente al riparo. L'intrinseca, manifesta irragionevolezza della norma fa sì che il giudizio di ammissibilità ex art. 274 cod. civ. si risolva in un grave ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali, attinenti allo 'status' ed alla identità biologica; da tale manifesta irragionevolezza discende la violazione del precetto (art. 111, secondo comma, Cost.) sulla ragionevole durata del processo, gravato di una autonoma fase, articolata in più gradi di giudizio, prodromica al giudizio di merito, e tuttavia priva di qualsiasi funzione.

(Corte Cost., 10 gennaio 2006, n. 50, *mass.* 0030175)

La politica non è neppure intervenuta, nel periodo indicato, allorché i sondaggi di opinione indicavano che larghissima parte dell'opinione pubblica era favorevole a determinate innovazioni. È il caso del divorzio breve, del quale da lungo tempo si discute ed ora vicino all'approvazione, che già da tempo riscuoteva percentuali di favore, nei sondaggi, superiori all'80% e ciò nonostante non superava mai lo sbarramento dell'approvazione parlamentare (il relativo *iter*, non solo non era altrettanto breve, ma risultava del tutto negativo) e delle iniziative di legge per regolamentare le coppie c.d. di fatto, dal tempo dei Di.Co. (diritti delle persone conviventi) in poi, anch'esse capaci di ottenere ottimi risultati nei sondaggi, ma non nella sede istituzionale.

In tale contesto, ben vengano le iniziative del mondo degli operatori e degli studiosi. Se non vi fosse stato il convegno di Trieste del 1986, probabilmente oggi non vi sarebbe la legge sull'amministrazione di sostegno e, per le persone con disabilità, esisterebbero ancora le strutture rigide (gabbie) dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Un altro esempio di iniziativa trainante della convegnistica familiare è dato dall'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio. In questa vicenda l'apporto della politica ed in particolare di alcuni soggetti politici è stato più significativo, ma la spinta da parte del mondo dell'associazionismo e della cultura alla realizzazione di una fondamentale rivoluzione, è stato decisivo.

Il dibattito nelle sedi dedicate allo studio delle problematiche alcune volte sostituisce integralmente il dibattito politico. È il caso del decreto 154 del 2013, per il quale la commissione incaricata della relazione, dopo aver riferito in sede di audizione parlamentare il 5 novembre 2013, come documentato sul web (la seduta fu trasmessa in diretta su Skype e successivamente trasfusa su www.youtube.com/watch?v=yx6rvXJjcCY), non ricevè neppure una domanda o un'osservazione critica da parte dei presenti, ottenendo un'approvazione totalmente basata sul "silenzio-assenso", pur essendovi numerosi punti, come successivamente emerso, meritevoli di discussione.

2. *Tradizione e riforma.*

Legislazione: Legge 19 maggio 1975, n. 151

Bibliografia: Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano III, 1979.

Nel nostro Paese, come si è detto, il diritto di famiglia deriva da una tradizione millenaria, che solo la riforma del 1975 ha avuto il coraggio e la forza di stravolgere.

Il diritto civile deriva dal diritto preunitario, che trae origine dal diritto francese, il quale a sua volta deriva dal diritto vigente nel medioevo e dal diritto romano-barbarico, entrambi diretta conseguenza del diritto romano. Evidente è altresì l'influenza, per ciò che concerne in particolare il diritto di famiglia, delle norme del codice canonico.

Nel corso di tale processo di trasmissione, non vi è soluzione di continuità. Alcune norme si sono evolute, mentre altre sono rimaste identiche. Spesso, interi gruppi di norme sono state trasfusi, senza sostanziali modifiche, dal codice di un'epoca storica al successivo.

In ragione di ciò, alcune disposizioni di legge sono sopravvissute alle ragioni per cui erano state scritte e sono divenute illogiche ed anacronistiche. Si pensi alle norme che davano rilievo ai termini di 180 e 300 giorni per stabilire la legittimità della filiazione (il riferimento ai 300 giorni è sopravvissuto anche alla riforma del 2012-2013), originate dalle cognizioni della scienza medica dell'epoca di Ippocrate ed all'illogicità di tali riferimenti, considerate le attuali conoscenze, che consentono di stabilire su basi scientifiche paternità e date.

L'esempio citato non è unico. In molti casi l'influenza del diritto antico è palese e la sopravvivenza di norme antiche non è giustificata o, addirittura, è paradossale.

Nel 1975, nel corso di una stagione, come si è detto, di vitalità travolgente delle tendenze riformiste, fu varato il nuovo diritto di famiglia. Con esso, mutò radicalmente la concezione della famiglia, trasformata, da istituzione gerarchicamente organizzata ("il marito è il capo") in società tra uguali. Per effetto della precedente, ma strettamente connessa, introduzione del divorzio, il matrimonio si era contemporaneamente trasformato da entità indissolubile in istituzione reversibile, dando luogo, nel nostro Paese, "all'inizio dell'era moderna".

I principi su cui la riforma del 1975 si basava furono, in particolare, l'uguaglianza tra uomo e donna e la fine delle discriminazioni nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio.

Sul primo versante, la riforma risultò fortemente incisiva, anche se ad essa sopravvissero alcune norme tuttora non egalarie, come quelle relative al cognome della donna sposata e dei figli.

Anche dal punto di vista dell'abolizione delle discriminazioni, la riforma operò una radicale trasformazione, stabilendo, con il nuovo articolo 261, la parità dei diritti tra figli legittimi e figli naturali ed abolendo la definizione di "figli illegittimi", prima vigente.

Essa costituì un passo avanti enorme, sulla strada della modernizzazione del diritto di famiglia, ma non una soluzione definitiva. Per molti aspetti, le spinte evolutive furono frenate da altre tendenze e non raggiunsero il proprio compimento. (Ad esempio, la riforma intendeva abolire in ogni suo aspetto la colpa nelle separazioni, ma, dopo tale abrogazione, la colpa fu indirettamente reintrodotta con l'istituto dell'addebito).

Dopo il 1975, vi fu un periodo di stasi, durante il quale, da un lato le innovazioni intervenute furono metabolizzate dalla società civile (il divorzio, in particolare, penetrò in profondità nel tessuto sociale), dall'altro si ridestarono tendenze di segno opposto, le quali, auspicando la difesa di valori tradizionali e religiosi e cedendo talora alla tendenza a duellare in integralismo con una parte del mondo islamico provocarono il blocco di ogni ulteriore progresso.

Mentre negli altri Paesi europei il diritto delle persone e della famiglia conosceva altre fondamentali tappe evolutive, in Italia ciò non avveniva ed il gap con il mondo occidentale nasceva e si allargava.

Esempio tipico di ciò sono i tentativi di regolamentare le coppie c.d. di fatto, termine in uso, ma non appropriato.

La famiglia, come qualunque altra entità, è "di fatto", quando non è disciplinata dal diritto.

Il diritto ha il compito di dare configurazione giuridica a tutto ciò che esiste ed assume rilevanza nei rapporti sociali. Può condannare, vietare, disciplinare, conformare, ma non dovrebbe mai ignorare, a meno che non si tratti di realtà del tutto marginali (e questo, certamente, non è il caso delle famiglie non matrimoniali). Quando ciò avviene, ci troviamo di fronte ad istituti "di fatto".

Il termine, nella coscienza popolare, contiene un giudizio di disvalore. Vi è, infatti, un'equazione implicita, per la quale ciò che è soltanto "di fatto" è qualcosa in meno di quanto è anche "di diritto" e, magari, non può assurgere a dignità giuridica per propria indegnità.

Ciò significa che ogni entità che dovrebbe essere disciplinata dal diritto e non lo è, senza propria colpa, va incontro, non solo ad una carenza di regolamentazione che può generare incertezze e carenze di tutela, ma anche ad un giudizio diminutivo del suo valore e della sua dignità.

Dopo l'approvazione ed il successo dei Pacs francesi (statisticamente poi risultati più stabili delle coppie matrimoniali), vi fu, in Italia, il più convinto tentativo di raggiungere un compromesso sulla questione delle "coppie di fatto", con il disegno di legge denominato Di. Co. (diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi), approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007.

Disegno di legge recante "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi" (Testo approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione dell'8 febbraio 2007) Art. 1 (*Ambito e modalità di applicazione*)

1. Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il secondo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge. 2. La convivenza di cui al comma 1 è provata dalle risultanze anagrafiche in conformità agli articoli 4, 13 comma 1 lettera b), 21 e 33 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, secondo le modalità stabilite nel medesimo decreto per l'iscrizione, il mutamento o la cancellazione...

Con esso si cercava di aggirare il problema non riconoscendo le coppie in quanto tali (risultato che in Italia, a differenza che non altrove, si riteneva evidentemente impossibile), ma riconoscendo i diritti delle singole persone all'interno di esse.

Lo sforzo per raggiungere una soluzione era giustificato dalla necessità di colmare una evidente lacuna di legge e dall'urgenza di dare una risposta a coloro i quali (specie se parti deboli del rapporto) avessero posto in essere rapporti di tal tipo.

Il tentativo di raggiungere un "compromesso" tra posizioni diverse fallì, in quanto il testo finale non ebbe le necessarie approvazioni e le "coppie di fatto" restarono tali.

3. *La legge 40 del 2004.*

Legislazione: Legge 19 febbraio 2004, n. 40

Bibliografia: Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita. F. Gallo, C. Lalli. Editori internazionali riuniti, 2012.

Il culmine del riflusso in favore della tradizione e della possibilità di imporre limiti ai cittadini in funzione di principi e valori affermati dalla maggioranza e, quindi, il principio opposto rispetto a quello prevalso nella campagna referendaria divorzile (ove risultò vincente la tesi che tutelava la libertà individuale anche in un contrario contesto maggioritario), si era intanto raggiunto con l'approvazione della legge 40 del 2004, avente ad oggetto la procreazione medicalmente assistita.

Il cambiamento del clima legislativo, che essa rappresenta, può pienamente cogliersi nel contrasto esistente tra le sue prescrizioni e quelle della legge 22 maggio 1978, n. 140, sull'interruzione volontaria della gravidanza. Le filosofie e le scale di priorità delle due leggi divergono infatti in modo evidente.

La legge 40, come molti ricordano, fu approvata in tutta fretta, omettendo di valutare oltre 300 emendamenti all'epoca presentati e fu "blindata" dalla maggioranza di allora, che mostrò compattezza, nel respingere ogni proposta di correzione o miglioramento, e volontà di pervenire, senza modifiche, all'approvazione del testo predisposto.

Verosimilmente, se all'epoca fosse stata mostrata maggiore disponibilità al dialogo, la legge non avrebbe successivamente conseguito il non invidiabile primato di essere tra quelle più spesso e per maggior numero di aspetti sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale, con eccezioni di contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione.

Subito dopo l'approvazione, la legge fu definitiva "la più punitiva d'Europa", in quanto si occupava delle norme relative alla procreazioni assistite con un'ottica penalistica, invece che promozionale e civile, nonché creava una nutrita serie di nuove fattispecie penali, vale a dire faceva contemporaneamente nascere ipotesi di reato che prima non esistevano, destinate a punire i cittadini, i medici, i ricercatori ed i responsabili dei centri che non si fossero attenuti alle sue disposizioni.

Da quel momento molte coppie, private della possibilità di valersi dell'ausilio della scienza per realizzare il sogno di poter avere un figlio, si rivolsero ai tribunali e, sia in sede giudiziaria, che amministrativa (decisioni dei TAR) furono sollevate eccezioni di incostituzionalità, che determinarono rimessione dei procedimenti alla Corte Costituzionale.

L'apice di tale attività di impugnazione si ebbe il primo aprile del 2009, allorché la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, demolendo alcuni dei principi fondamentali della legge 40.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre". La norma, stabilendo che le tecniche di produzione degli embrioni non debbono creare un numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre, comporta la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione, poiché non sempre i tre embrioni sono in grado di dar luogo a una gravidanza. Ciò determina sia l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie collegate alla iperstimolazione ovarica, sia, nei casi in cui siano maggiori le possibilità di attecchimento, un pregiudizio diverso per la salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime: questo perché la norma non riconosce al medico la possibilità di valutare il singolo caso, individuando, di volta in volta, il limite numerico di embrioni idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita. La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna, si pone, così, in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo sia della ragionevolezza che dell'eguaglianza, poiché il legislatore riserva lo stesso trattamento a situazioni dissimili, e con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna, ed eventualmente del feto, ad esso connesso.

(Corte Cost., 31 marzo 2009, n. 151, *mass.* 0033414).

Grazie a tale pronuncia, il numero di embrioni da impiantare non fu più aprioristicamente deciso dalla norma, ma stabilito dal medico, sulla base della situazione clinica di ciascuna paziente e, quindi, tenendo conto della sua salute, nonché fu abolito l'obbligo di impianto, sempre e comunque, degli embrioni formati, a prescindere dalle condizioni fisiche e psicologiche della donna che doveva riceverlo. Divenuto così possibile che alcuni embrioni fossero formati e non utilizzati, si ammise la possibilità di una loro crioconservazione.

Nonostante questo importante risultato, che stravolgeva l'impianto iniziale della legge 40, la stessa continuò ad essere diversa dalle analoghe normative esistenti in molti altri Paesi europei.

Le contestazioni, i ricorsi al giudice e le rimessioni alla Consulta proseguirono, poiché molti cittadini continuavano a percepire un fondamentale distacco tra le previsioni di legge e ciò che esse determinavano, da un lato, ed i diritti fondamentali della persona dell'altro.

Poter avere dei figli, avere figli sani, essere in condizione di esercitare come tutti gli altri i propri diritti in una sfera personalissima e decisiva per la vita e la realizzazione personale non è cosa cui si possa facilmente rinunciare.

Dopo la battaglia giuridica per la diagnosi pre-impianto, necessaria per poter far nascere bambini sani, portata avanti dalle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili e dalle associazioni che le sostengono, battaglia che ha condotto all'importante risultato di rendere possibile questa indagine, prima vietata, l'attenzione si spostò sulla fecondazione eterologa.

Il Legislatore avrebbe infatti potuto intervenire ed anticipare ulteriori pronunce di incostituzionalità, ma non lo fece, preferendo lasciare alla Corte funzioni che avrebbe potuto rivendicare per sé.

Il divieto di fecondazione eterologa era, tra i numerosi divieti posti dalla legge 40, uno dei più incomprensibili. Prima della legge, molti ritenevano che pacificamente la coscienza sociale ritenesse legittimo il ricorso ad essa.

La fecondazione eterologa, infatti, si attua allorché una coppia, per poter procreare, ha bisogno dell'intervento esterno di un donatore.

Come nell'adozione i due genitori, con un atto d'amore, scelgono di considerare proprio figlio un bambino biologicamente generato da altri, così nell'eterologa uno solo dei due compie questa scelta ed il bambino che nascerà sarà figlio biologico solo dell'altro, ma figlio fortemente voluto ed accettato da entrambi.

Gli argomenti spesi per giustificare il divieto di fecondazione eterologa non sembravano avere grande spessore. Si era detto, infatti, che tale pratica doveva essere vietata perché la generazione può avvenire solo all'interno del matrimonio, perché lo Stato deve proteggere i cittadini dalle ripercussioni psicologiche interne alla coppia, derivanti dal fatto che biologicamente il figlio appartiene ad uno solo dei suoi componenti e che l'istituto crea problemi giuridici per l'attribuzione della paternità o maternità (fatto che non si è verificato altrove, grazie ad un'adeguata ma agevole normativa, nei Paesi in cui l'eterologa è da tempo ammessa).

La questione è stata chiusa, anche in Italia, dalla decisione della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, che ha dichiarato l'illegittimità del divieto.

4. La riforma della filiazione.

Legislazione: Legge 10 dicembre 2012 n. 219 e *decr. lg. vo 28 dicembre 2013, n. 154*

Bibliografia: La filiazione dopo la legge 219, B. de Filippis, Cendon libri, 2012; I decreti delegati di cui all'art. 2 della legge 219/2012, B. de Filippis, Aracne Editrice 2013.

Il clima nuovo, in tema di diritto di famiglia, che sembra ora rendere almeno teoricamente possibili molte cose in un recente passato certamente non lo erano, non proviene soltanto dal palazzo della Consulta.

Alla fine del 2012 è stata infatti approvata la legge 219, la quale, unitamente al successivo decreto 154 del 2013, ha realizzato quella che giustamente è stata definita "Riforma della filiazione".

Con essa, completando un percorso iniziato nel 1975, allorché furono riconosciuti diritti anche ai figli "illegittimi", da quel momento divenuti naturali, si è pervenuti ad una parificazione tra figli ed all'eliminazione di ogni denominazione che li distinguesse o discriminasse.

Anche prescindendo dall'avvenuta parificazione, la legge 219 ha un'innegabile contenuto progressista, come può desumersi dalla riforma dell'art. 74 del codice civile, avente ad oggetto la parentela.

Prima della riforma del 1975, vale a dire in un'epoca in cui il marito era il capo della famiglia e la moglie era obbligata a seguirlo ovunque egli volesse, i figli nati fuori del matrimonio erano "illegittimi" (nel gergo comune: "bastardi") e l'adulterio era stato solo da poco depenalizzato, viveva la tesi secondo cui la parentela derivava solo dal matrimonio. Si affermava, infatti, che, poiché il riconoscimento di un figlio naturale poteva essere revocato in qualsiasi tempo, per difetto di veridicità, solo le giuste nozze potevano dare certezza ai rapporti tra le persone e potevano di conseguenza fondare legami di parentela.

A questa concezione, la legge 219 ha dato un ultimo, definitivo colpo di spugna, affermando che i figli nati fuori del matrimonio acquisiscono i medesimi diritti non solo nei confronti dei genitori, ma di tutta la parentela ad essi collegata.

La riforma del 2012-2013 ha ricevuto numerose critiche, in quanto ha sostituito la distinzione tra figli legittimi e naturali con quella di nati nel matrimonio e fuori di esso, ha conservato numerosi articoli tesi a regolamentare questa distinzione, ha mantenuto differenze sul piano processuale tra gli uni e gli altri, ha lasciato persistere un sistema farraginoso e non unitario per la formazione dell'atto di nascita, non ha realizzato la delega ricevuta in tema di responsabilità genitoriale, ha del tutto ignorato questioni nuove, come il terzo genitore o la madre biologica, ma, nonostante tali difetti e limiti, è essa stessa dimostrazione di un nuovo clima culturale e politico.

Sembra che, nel momento attuale, con un Parlamento che sulla carta è il più laico degli ultimi decenni, siano realizzabili, in tema di diritti delle persone e della famiglia, serie ed innovative riforme.

Non ultimo segnale di ciò è rinvenibile nell'approvazione da parte di uno dei Rami del Parlamento, della legge sul "divorzio breve", già in passato, come si è detto, proposta e non approvata.

Ad esempio nel 2010 sull'Avvenire si scriveva: «Se lo Stato approva il divorzio breve, danneggia i figli, perché riduce i tempi del ripensamento» e «indebolisce in generale il matrimonio, provocandone più spesso il fallimento» e tali tesi riuscivano, nelle precedenti Legislature, ad impedire l'approvazione.

Il divorzio sarà quindi più facile ed alcune norme, come l'art. 191 c.c. relativo allo scioglimento della comunione patrimoniale tra coniugi non costituiranno più remora.

5. La riscrittura del libro primo del codice civile.

Legislazione: Cod. civ. artt. 1- 455

Se quanto sinora detto è vero, si può dire che vi siano le premesse, se non per ottenere, quanto meno per poter sperare di ottenere, in Italia, un nuovo diritto delle persone e della famiglia, adeguato ai tempi ed alle esigenze delle persone che li vivono.

È quindi importante assumere l'ottica giusta, che non è quella di visioni frammentarie e rattoppi.

Il libro primo del codice civile italiano è come una casa antica, in passato maestosa, ma più volte riparata o modernizzata in singole sue parti, al di fuori di qualsiasi progetto unitario.

Vi è pertanto bisogno di una "ristrutturazione globale", che sia compiuta sulla base di una programmazione in grado di tener contemporaneamente conto di tutti gli aspetti della situazione.

In questo cammino un'utile traccia può essere fornita dal disegno di legge presentato nella XVI Legislatura al Senato, n. 2263, a firma della senatrice Poretti ed altri.

Tale disegno, infatti, è l'unico che, dal 1975 in poi, ad essere ispirato da un'ottica globale e ad aver contemporaneamente tentato di disciplinare testamento biologico e divorzio, eutanasia e matrimonio tra persone dello stesso sesso, successioni e tutela dei soggetti deboli, adozioni e solidarietà post unione, al tempo stesso riconoscendo nuovi istituti come il cohousing, le unioni libere, le intese di solidarietà o le