



ELEMENTI DI DIRITTO DI FAMIGLIA EBRAICO

LUDOVICO MONTERA

SOMMARIO: 1. Premessa– 2. La famiglia ebraica: matrimonio e procreazione – 3. La procreazione medicalmente assistita – 4. La maternità surrogata . – 5. La crioconservazione degli embrioni – 6. L'aborto.. – 7. L'adozione

1. Le contrastate e controverse tematiche inerenti la figura del nascituro e del suo diritto alla vita, anche nell'ambito dei moderni procedimenti procreativi, hanno imposto, soprattutto alla luce del panorama ebraico, un preliminare delinearsi di tutte quelle caratteristiche fondamentali della famiglia ebraica.

D'altronde, già agli albori del genere umano è stata data ad Adamo una benedizione, divenuta comando: "D.o creò l'uomo a Sua immagine; lo creò a immagine di D.o; creò maschio e femmina; D.o li benedisse e D.o stesso disse loro: "Prolificate, moltiplicatevi, empite la terra e rendetela soggetta...".

La famiglia, pertanto, quale simbolo per eccellenza dello stile di vita ebraico, costituisce la prima prescrizione religiosa ad essere stata data da D.o all'uomo.

Ne discende, quindi, che la procreazione è strettamente legata al tema della famiglia in quanto ne garantisce l'esistenza e permette la continuità della vita umana.

Più specificamente, permette l'esistenza di una nuova generazione che possa ricevere e a sua volta trasmettere la tradizione ed valori ebraici. Essa ha, quindi, un intrinseco valore, in quanto mezzo che permette il rinnovamento della collettività.

L'ordine di «prolificare e moltiplicarsi» è ripetuto nella *Torà* due volte, dapprima ad Adamo ed Eva e poi alla famiglia di Noè¹: il senso del precetto è che il mondo «è stato creato per essere abitato»².

Attesa l'importanza che ha nell'ebraismo il precetto di procreare, appare evidente la necessità di dover ricercare possibili soluzioni all'incapacità della coppia ad avere figli³.

¹ Genesi 1: 28; 9: 1

² Isaia 45: 18

³ Riccardo Di Segni, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in «La Rassegna Mensile d'Israele», LX (1-2), (1993) 187-194 e *La clonazione alla luce dell'etica ebraica*, ibid. LXIV (3), (1998) 1-20; I. Jakobovitz, *Jewish Medical Ethics: A Comparative and Historical Study of the Jewish Religious Attitude to Medicine and Its Practice*, Bloch, New York 1975; Alfredo M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli ed., Torino 2002.



Nel parallelismo reso con la tradizione italiana, è apparso doveroso sottolineare, pur nella diversità delle aspirazioni e delle premesse culturali, gli elementi di comunanza, ciò comportando lo scardinarsi del falso mito delle libertà intolleranti.

Ciò che è emerso è che non vi sono, così come nel nostro ordinamento, opposizioni di principio alle tecnologie mediche volte a facilitare il concepimento e a risolvere i problemi di sterilità.

La maggioranza delle autorità rabbiniche, infatti, esprime un parere favorevole per le pratiche che facilitano il concepimento qualora sia l'ovulo sia il seme maschile provengano dai due membri della coppia regolarmente sposata.

I problemi si pongono riguardo ai limiti delle metodologie mediche e allo status giuridico del figlio concepito in modo diverso da quello naturale.

Nonostante le norme della legge ebraica si applicano solo a una piccola minoranza, le implicazioni del concetto di diritto alla vita del feto determinano ripercussioni anche sulla possibilità di poter ricorrere all'aborto.

Il ricorso all'interruzione di gravidanza può essere limitato solamente nel caso in cui la donna faccia uso di quei metodi contraccettivi consentiti dalla legge ebraica.

Appare chiaro che, qualora, poi, la prosecuzione della gravidanza mettesse in pericolo la vita della madre, si dovrà intervenire per salvarla, atteso che, a differenza di quella della madre, la vita del feto è ancora da ritenersi dubbia.

Da ciò discende la possibilità per la donna di interpellare un'autorità rabbinica competente che deciderà caso per caso e compatibilmente con la salute psicofisica della madre.

Per mera completezza di esposizione, infine, v'è da precisare che, atteso che il procreare in modo naturale all'interno della coppia ebraicamente sposata è una Mitzvah positiva della Torah, l'ipotetica impossibilità potrà essere sopperita dal ricorso all'adozione.

Nella tradizione ebraica vige il principio etico che assimila il padre adottivo al padre naturale.

Ciò comporta inevitabilmente anche dei risvolti sul piano giuridico: nelle manifestazioni pubbliche l'adottato verrà chiamato con il nome del padre adottivo; in documenti ufficiali, come la Ketubah, accanto al nome del padre adottivo potrà essere aggiunta la dizione HaMegadel, "che lo fa crescere".

In generale, quindi, l'adozione di un bambino che non ha genitori, o che è stato abbandonato dai suoi genitori è considerata una Mitzvah: il Talmud, d'altronde, afferma che colui che alleva un orfano è considerato, secondo la scrittura, come suo padre.



2. La famiglia rappresenta il primo microcosmo in cui D.o dona la sua benedizione: “D.o li benedisse e disse loro: *Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra; soggiogatela e dominate (..) su ogni essere vivente*”⁴.

Lo scopo di questa piccola unità sociale è quella di trasmettere e tutelare la tradizione ebraica, e sposarsi, così come riconosce la Torah ed i numerosi testi biblici⁵, è *mitzvah*, comandamento.

Tale connotazione religiosa è altresì rinvenibile, a ben vedere, nell’art. 29 della Costituzione italiana che stabilisce che “*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*” e, seppur venga definita “naturale”, questa primitiva forma societaria certamente non viene considerata e valutata alla luce delle continue evoluzioni antropologiche e sociologiche, ma rimane forzatamente ed ipocritamente ancorata a quell’idea di “normalità” tipica della tradizione cattolica.

Appare, quindi, evidente la contraddizione insita nel dettato costituzionale ove l’elemento “naturale”, l’elemento “matrimonio” e l’elemento “normalità” si fondono e paradossalmente si confondono: l’istituto del matrimonio, infatti, non è un’istituzione “naturale” ma convenzionale.

Il principio di sovranità statale, quindi, domina e sbaraglia il principio di sovranità familiare⁶.

L’ingerenza statale nella comunità familiare, limitata nelle proprie scelte e nella propria autodeterminazione, scardinerebbe, pertanto, il carattere privilegiato di questa formazione.

Sarà solo con il matrimonio, quindi, che la famiglia, nella sua accezione storicamente datata e condita da echi cattolici, potrà godere di dignità⁷.

Nel quadro europeo⁸, uno degli strumenti posti a tutela dei diritti della persona umana, ivi compresi quelli familiari, è la Convenzione europea sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950.

⁴ Gen 1,24

⁵ Es 34,16, Dt 7,3; Gio 23,12; Esdra 9,1-2 e 10,10-11, Nm 10,31

⁶ V’è chi sostiene che l’ordinamento statale e l’ordinamento familiare godano di pari sovranità: cfr. FERRI, *Il diritto di famiglia e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 120; FINOCCHIARO, *Rapporti personali tra coniugi e patria potestà*, in AA. VV., 1975, 98; RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415., ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981.

⁷ BESSONE, *Favor matrimoni e regime del convivere in assenza di matrimonio*, in *Dir. fam.*, 1979, 1192, il quale rileva, altresì, che società naturale non è soltanto la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche ogni altra modalità del convivere che diventi istituzione familiare provatamente stabile e impegnativa, luogo degli affetti e comunità di interessi dove si assicura alla prole mantenimento, istruzione ed educazione in forme più efficaci e responsabili di quante ne potrebbe garantire un adempimento dei doveri dei genitori al di fuori di qualsiasi struttura di genere familiare.

⁸ S. Praduroux, *L’attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nell’evoluzione del diritto privato italiano e francese*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 705 ss., 707 Per uno studio sistematico della Convenzione e della giurisprudenza della Corte, di recente, S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.



In combinato disposto con l'art. 14 della suddetta Convenzione, disciplinante il divieto di discriminazione, l'art. 8 tutela la vita privata e familiare: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza*”.

Trattasi di una duplice forma di tutela, in senso “verticale”, tra Stato e cittadini, ed in senso “orizzontale”, nelle relazioni intrafamiliari: autonomia verso i pubblici poteri e nei rapporti tra i componenti del nucleo⁹.

Parimenti, il Codice Civile, nel primo libro “Delle persone e della Famiglia”, non ne fornisce alcuna definizione.

Storicamente, l'inesistenza teorica di una definizione unitaria di famiglia nel diritto civile¹⁰ ha indotto inizialmente a ritenerla come “parentale”, ovvero come gruppo di persone appartenenti ad una medesima discendenza, sino a giungere all'utopica, in quanto priva di riscontro normativo, concezione nucleare ove si rinvengono persone legate reciprocamente da un vincolo di solidarietà ed unite stabilmente¹¹.

Per la tradizione ebraica, invece, l'uomo e la donna sono in egual misura necessari ed indispensabile affinché si possa costituire quel nucleo denominato famiglia a mezzo dell'istituto del matrimonio.

Il matrimonio, che non è considerato, così come avviene per la tradizione cristiana, come “sacramento”, come atto sacramentale, viene in verità valutato alla stregua dell'alleanza, *Britb*, tra D.o e il popolo di Israele: un accordo tra due individui per natura opposti.

D'altronde, il forte senso di preservazione della propria identità culturale induce la tradizione ebraica a considerare la famiglia quale genitrice di un individuo che farà parte del “popolo di D.o”.

Durante il periodo biblico, e, pertanto, prima ancora di ancorarsi ai contesti sociali-culturali, il matrimonio non godeva di alcuna particolare forma celebrativa in quanto veniva considerato come un evento meramente familiare, intimo.

Era sufficiente, infatti, che il nubendo conducesse la futura sposa nella camera da letto della madre di quest'ultimo.

Tale costumanza, bel lontana dall'attuale, appare alquanto significativa e sintomatica di un sentimento sincero: far entrare la nubenda in quell'ambiente in cui normalmente si esalta l'amore e la procreazione significava considerare la stessa degna di continuare la tradizione familiare.

Durante il periodo talmudico la celebrazione del matrimonio constava di due atti che, di regola, venivano resi a distanza di un anno l'uno dall'altro: il *Kiddushin* ed il *Nessuin*.

⁹ G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, p. 847 ss.

¹⁰ BORSARI, *Delitti contro il matrimonio*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, Diritto penale della famiglia*, IV, Milano, 2002, 302; BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780.

¹¹ GALGANO, *Dizionario enciclopedico del diritto*, I, Padova, 1996, 661.



Nella nostra epoca, post talmudica, il *Kiddushin* ed il *Nessuin* si celebrano in un'unica grande cerimonia.

Il *Kiddushin* poteva, e può, avvenire o mediante *kesef* (soldi) o *shetar* (azione) o *bi'ah* (coabitazione).

Il procedimento del *kesef* si svolge alla presenza di due testimoni e lo sposo consegna alla sposa una quantità di denaro o, come avviene oggi, un semplice anello del valore simbolico di almeno una *perutah*, ossia il valore corrispondente alla valuta minima dei tempi talmudici. Sarà, poi, compito del nubendo, mentre infila l'anello nel dito indice della mano destra della sposa, recitare la seguente formula: "Osserva, tu mi sei consacrata per mezzo di questo anello, secondo la legge di Mosè e di Israele"¹².

Nel procedimento dello *shetar*, invece, lo sposo, alla presenza di due testimoni, consegna alla sposa un documento nel quale sono scritte, oltre ai nomi degli sposi ed altre formalità, le seguenti parole: "Osserva, tu mi sei consacrata per mezzo di questo documento, secondo le leggi di Mosè e di Israele"¹³.

L'ultimo metodo, ormai desueto, è il *bi'ah* e si ha quando lo sposo, alla presenza di due testimoni, recita alla moglie: "Osserva, tu mi sei consacrata con questa coabitazione, secondo le leggi di Mosè e di Israele"¹⁴, e la conduce in seguito in un luogo isolato.

Terminato il *Kiddushin* il secondo atto è costituito dal *Nessuin*, che avviene sotto *chuppàh* (tenda nuziale) : lo *arus*, ovvero lo sposo promesso, consegna alla sposa la *Ketubbah* ovvero un contratto matrimoniale, che viene letto in pubblico ed è firmato dai testimoni, e in cui sono rinvenuti i doveri del marito nei confronti della propria moglie¹⁵.

Secondo il precetto stabilito dallo Shulhan Aruch, 17) il marito ha dieci obblighi nei confronti della propria moglie: provvedere al mantenimento e al sostentamento; provvedere all'alimentazione e all'abbigliamento; coabitare con ella; provvedere alla somma dovuta alla propria moglie dalla legge e citata nella *ketubà* o contratto matrimoniale; provvedere alle cure mediche necessarie in caso di malattia; provvedere al suo riscatto in caso di sequestro; provvedere al suo funerale in caso di morte; provvedere al suo sostentamento dopo la propria morte e assicurarle il diritto a vivere nella sua casa fintanto che resta vedova; provvedere al mantenimento delle proprie figlie dopo la propria morte, fino all'età della maturità oppure fin al loro matrimonio; permettere ai propri figli di ereditare la somma prevista nella *ketubà* della madre.

Storicamente la *ketubbàh*, documento attestante gli obblighi finanziari che il marito assume nei confronti della moglie, ha sostituito la *mohar*, ovvero il prezzo pagato per il matrimonio dallo sposo alla sposa, o alla famiglia di quest'ultima.

¹² "Harei at mekuddeshet li be tabba'at zo ke'dat Moshe ve-Yisrael"

¹³ *Kiddushin* 9a; *Shulchan Arukh*, *Even HaEzer* 32, 1-4.

¹⁴ *Kiddushin* 9a; *Shulchan Arukh*, *Even HaEzer* 32, 1-4.

¹⁵ Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico: fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002



Scopo della *ketubbàh*, pertanto, era, ed è, quello di garantire alla moglie il proprio sostentamento nel caso in cui questo venisse a mancare o per morte del coniuge o per divorzio.

Reconditamente tale documentazione comporta un disincentivo al divorzio, atteso il grave ed oneroso pregiudizio derivante per lo sposo.

Come evincibile dal Talmud, l'importo minimo era di 200 זוז in caso di una vergine e di 100 זוז in tutti gli altri casi.

L'officiante, successivamente, reciterà, in favore della coppia, sette benedizioni: Benedetto tu D.o nostro Re dell'universo, che: hai creato il frutto della vite; tutto hai creato per la tua gloria; hai creato l'uomo; hai stabilito che dal suo seme si perpetui il genere umano in eterno; di gaudio fai esultare la città di Sion, perché, con gioia, nel suo seno tornano i figli a raccogliersi; gaudio porti a Sion con i suoi figli. Fa' gioire questa amorosa coppia, come facesti con coloro che tu creasti nel giardino dell'Eden. Benedetto tu, o D.o, che dai gioia allo sposo e alla sposa.

Lo scopo di questa benedizione è quello di insegnare agli sposi che il miglioramento del mondo e la glorificazione di D.o costituisce lo scopo dell'esistenza.

Conseguentemente le sette benedizioni, l'officiante procedere alla benedizioni su una coppa di vino, che segna il confine tra lo *Shabbat* (sabato ebraico) e gli altri giorni della settimana nonchè tra il sacro e il profano, e specificamente un genitore della sposa dà la coppa allo sposo ed egli beve ed in seguito la madre dello sposo porge la coppa alla sposa ed ella beve.

La cerimonia nuziale termina con la rottura del bicchiere che la distruzione del Tempio di Gerusalemme: l'uomo acquista la consapevolezza che anche la più grande delle gioie può, improvvisamente, essere intorpidita dal dolore.

Contestualmente si pronuncia il verso del Salmo 137: “*Si paralizzzi la mia destra se ti dimentico Gerusalemme*” al fine di ricordare che nessuna cerimonia può considerarsi completamente lieta dopo la distruzione del tempio di Gerusalemme e l'allontanamento dalla Terra Santa del popolo eletto.

Il matrimonio non si celebra nei seguenti giorni: di sabato, nelle feste solenni e mezze feste, nei digiuni, nei giorni che vanno da Rosh Ha-Shanà a Kippur, durante una parte dei giorni dell'Omer (dal 1° al 18 di Yiar) e in quelli che vanno dal 17 di Tamuz al 9 di Av.

Di norma, il matrimonio si celebra al compimento della maggiore età,

Al tempo di Gesù questo evento poteva essere celebrata già all'età di 12 anni compiuti sia per la donna che per l'uomo e comunque mai prima della pubertà¹⁶.

Le fonti bibliche¹⁷ testimoniano che già subito dopo la nascita i genitori potevano promettere i figli in sposa o in sposo, senza ovviamente essere consultati: matrimoni combinati.

¹⁶ Talmud, Sanhedrin 76b

¹⁷ Gen 24,35-53; 38,6



Poichè per la tradizione giudaica era l'uomo che sposava la donna, e non viceversa, accettata la proposta di matrimonio da parte del padre, o in mancanza del fratello, della donna, si contrattava la somma che lo sposo avrebbe dovuto corrispondere, il mohàr.

Tuttavia, al tempo del secondo Tempio, la possibilità di poter scegliere la moglie era consentita in due occasioni: nella festa popolare del 15° giorno del mese di Av (agosto-settembre) e nella festa di Yom Kippùr (Mishnàh, Taanit - Digiuno 4,8) ove le ragazze, tutte vestite di bianco, onde evitare qualsiasi forma di discriminazione sociale, danzavano nei vigneti dinanzi ai ragazzi che potevano così scegliersi la moglie.

Lo scopo principale del matrimonio ebraico, fondato sull'amore, è quello creare una situazione di complicità e forte amicizia.

D'altronde già dalle sette benedizioni nuziali emerge il concetto di "amicizia", considerata come un'intimità esclusiva.

«Non è bene che l'uomo sia solo: gli voglio fare un aiuto che gli sia simile»¹⁸. Questo versetto costituisce l'essenza della coppia, il significato sostanziale del nucleo familiare.

L'uomo, infatti, necessita di un aiuto materiale, psicologico e spirituale: «Un uomo senza la donna è senza gioia, senza bene e senza benedizione», recita il Talmud.

Ma vi è anche chi, come Rabbi Shlomo Yitzhaqi, uno dei più famosi commentatori medievali della Bibbia, ha ritenuto la "solitudine" una prerogativa di D.o e non dell'uomo. L'uomo da solo, infatti, rischierebbe il delirio di onnipotenza sino a paragonarsi a D.o¹⁹.

Sarà, pertanto, proprio con la coscienza di non essere soli e, pertanto, grazie alla famiglia, intesa quale *Kàhal kadòsh*, ovvero come Comunità santa, che l'individuo potrà giungere alla *kedushà*, alla santificazione.

D'altronde, il matrimonio viene considerato parte integrante del disegno di Dio, che crea un uomo e una donna perché insieme, uniti sessualmente, siano «immagine di D.o»²⁰.

3. Il matrimonio costituisce, oltre ad un obbligo prescritto dalla legge divina, anche il principale fine della procreazione stessa.

*"D-o creo' l'uomo a sua immagine, lo creo' ad immagine di D-o, creo' maschio e femmina. D-o li benedisse e disse loro: prolificate e moltiplicatevi e riempite la terra e assoggettatela."*²¹

Il primo precetto che viene comandato da D.o è la procreazione.

L'ordine di "prolificare e moltiplicarsi" è ripetuto nella Torah per ben due volte, dapprima ad Adamo ed Eva e poi alla famiglia di Noè²².

Il senso del precetto è, quindi, che il mondo "è stato creato per essere abitato"²³.

¹⁸ Gen 2, 18

¹⁹Shulman, Yaacov Dovid (1993). *Rashi: The Story of Rabbi Shlomo Yitzchaki*. Lakewood, NJ: C.I.S. Publishers

²⁰ Gen 1,27

²¹ Gn 1, 28

²² Genesi 1: 28; 9: 1

²³ Isaia 45: 18



La fecondazione costituisce l'apice del fenomeno riproduttivo e consta di una serie di processi in cui i due gameti di sesso diverso subiscono trasformazioni atte a permetterne la fusione.

Qualora si verificassero difficoltà al concepimento si può ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, da non confondere con la fecondazione medicalmente assistita che attiene esclusivamente alla fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo.

Con il termine "procreazione medicalmente assistita" si intende, quindi, qualsiasi procedura messa in atto per facilitare l'incontro dello spermatozoo con l'ovulo, con esito fecondo.

Le tecniche di fecondazione assistita possono dividersi in due tipi principali: fecondazione in vitro e fecondazione in vivo.

Le modalità utilizzate per la fecondazione in vivo sono l'inseminazione artificiale e la cosiddetta GIFT²⁴.

L'inseminazione artificiale consiste nell'iniezione degli spermatozoi nelle vie genitali della donna e può essere omologa se il seme è del partner o eterologa se di un donatore.

La procedura GIFT, *Gamete Intra Falloppian Transfer*, invece, avviene attraverso il trasferimento intratubarico dei gameti: si iniettano cioè, all'interno delle tube femminili sia gli spermatozoi, del partner o di un donatore, che le cellule uovo, della donna stessa o di una donatrice.

Più specificamente, viene effettuata trasferendo simultaneamente, anche se in modo separato, sia i gameti maschili che quelli femminili, nella tuba di Falloppio.

Esistono, inoltre, anche metodiche che appaiono più come un aiuto all'atto coniugale, atteso che non vi sarebbe dissociazione fra l'unione sessuale dei coniugi e il concepimento: la LTOT e la DIPI.

La LTOT, *Low Tubal Oocyte Transfer*, consiste nel trasferimento di ovociti nelle tube di Falloppio o nell'utero e, successivamente, viene invitata ad avere un rapporto sessuale.

La DIPI, *Direct Intra-peritoneal Insemination*, invece, è il trasferimento dei gameti maschili nella cavità peritoneale femminile, e viene resa dopo il compimento dell'atto sessuale²⁵.

La fecondazione assistita *in vitro*, invece, a differenza della fecondazione *in vivo*, avviene in provetta: la formazione delle prime cellule embrionali non avviene all'interno del corpo della donna.

La principale tecnica utilizzata è la cosiddetta F.I.V.E.T. (*fecondazione in vitro ed embrio-transfer*) e consta di due fasi: l'incontro dei gameti in provetta (F.I.V.) ed il successivo trasferimento degli embrioni che si sono formati nell'utero (E.T.).

²⁴ American Society for Reproductive Medicine, IVF and GIFT. A guide to assisted reproductive technologies, a guide for patients, Birmingham (AL), American Fertility Society, 1995.

²⁵ V. Traina, L'inseminazione artificiale umana, Torino, Minerva, 1977.



Alternativa alla procedura F.I.V.E.T. è il metodo ICSI, *Intracytoplasmic sperm injection*, che viene adottato nei casi di grave sterilità maschile, grazie al quale la fecondazione si realizza attraverso l'introduzione forzata di un solo spermatozoo all'interno dell'ovocita.

Il Magistero della Chiesa cattolica si è occupato di procreazione assistita schierandosi contraria a ogni intervento "artificiale" in materia di procreazione.

Emblematico l'insegnamento di Giovanni XXIII: "La trasmissione della vita umana è affidata dalla natura a *un atto personale e cosciente* e, come tale, *soggetto alle sapientissime leggi di Dio*: leggi inviolabili e immutabili che vanno riconosciute e osservate. Perciò *non si possono usare mezzi e seguire metodi che possono essere leciti nella trasmissione della vita delle piante e degli animali*".²⁶

Considerata moralmente inaccettabile la fecondazione artificiale eterologa, il procedimento di fecondazione artificiale omologa viene accettata purchè si svolga all'interno di una coppia legata dal vincolo matrimoniale, venga effettuata con un comune rapporto sessuale e non comporti interventi invasivi o rischi rilevanti a danno dell'embrione o del feto.

Dal punto di vista della morale cristiana una procreazione veramente responsabile nei confronti del nascituro deve essere il frutto del matrimonio: dovrà essere il frutto e il segno della mutua donazione personale degli sposi, del loro amore e della loro fedeltà²⁷.

Pertanto la fecondazione è voluta lecitamente quando è il termine di un "atto coniugale per sé idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura e per la quale i coniugi divengono una sola carne"²⁸. Ma la procreazione è privata dal punto di vista morale della sua perfezione propria quando non è voluta come il frutto dell'atto coniugale, e cioè del gesto specifico dell'unione degli sposi.

Non conforme ai principi cristiani è, inoltre, la tecnica della F.I.V.E.T. in quanto attuata al di fuori del corpo dei coniugi mediante gesti di terze persone la cui competenza e attività tecnica determinano il successo dell'intervento.

Affidare l'identità dell'embrione al potere della scienza e della medicina comporterebbe una relazione di dominio che è di per sé contraria alla dignità e all'uguaglianza che dev'essere comune a genitori e figli: il concepimento in vitro è il risultato dell'azione tecnica che presiede alla fecondazione²⁹.

Parimenti l'inseminazione artificiale omologa non viene considerata moralmente accettabile, salvo il caso in cui il mezzo tecnico risulti non sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale³⁰.

²⁶ Mater et Magistra, 204

²⁷ Cf. Costit. past. *Gaudium et Spes*, 50

²⁸ Cf. Costit. past. *Gaudium et Spes*, 14.

²⁹ Cf. Pio XII, *Discorso ai partecipanti al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici* 29 settembre 1949: AAS 41 (1949) 560: "Sarebbe falso pensare che la possibilità di ricorrere a questo mezzo (fecondazione artificiale) possa rendere valido il matrimonio tra persone incapaci a contrarlo a motivo dell'impedimentum impotentiae".

³⁰ DS 3323; PIO XII, *Discorso ai partecipanti al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici* 29 Settembre 1949: AAS41 (1949) 560, *Discorso alle congressiste dell'Unione Cattolica Italiana Ostetriche*, 29 ottobre 1951: AAS 43 (1951)



Nella tradizione ebraica, attesa l'importanza del precetto di procreare, la maggior parte della discussione bioetica si è concentrata sulla ricerca di possibili soluzioni all'incapacità della coppia ad avere figli.

È noto che alla base della giurisdizione ebraica si rinvengono la *Torà*, il *Talmùd*, lo *Shulchàn 'Arùkh* e le altre grandi opere della legge ebraica e, pertanto, in assenza di chiari precedenti, la problematica relativa alla procreazione assistita e le relative "soluzioni" diventano ardue.

V'è da precisare che destinatari del precetto di procreare sono esclusivamente gli uomini e non le donne.

Per il Rabbi Meir Simcha Ha-Kohen di Dvinsk la giustificazione di tale puntualizzazione risiede nel fatto che non si può obbligare una donna a compiere delle azioni potenzialmente dolorose e pericolose per la propria vita³¹.

Tuttavia, seppur non incombe su di loro tale dovere, le donne godono del diritto alla maternità, la cui violazione, da parte dell'uomo può costituire legittimo motivo di divorzio.

Premesso che la tradizione ebraica mira ad incoraggiare le tecniche mediche volte a risolvere le problematiche di sterilità maschile o femminile, per le Autorità rabbiniche il problema si pone in ordine a quelle tecniche con cui il figlio viene concepito in modo non naturale nonchè allo status giuridico di quest'ultimo.

Più specificamente la questione sorge nell'ipotesi di fecondazione eterologa, cioè quando l'ovulo o il seme o entrambi non appartengono alla coppia³².

Attesa la necessità di voler mantenere il legame fra matrimonio e nascituro e seppur non essendovi alcuna norma contraria, l'opposizione alla fecondazione eterologa è di naturalmente meramente morale.

Tuttavia, è bene notare che già nel Talmud babilonese veniva prospettata la possibilità per la donna di rimanere incinta senza il compimento di un atto sessuale: il caso riguardava l'ipotesi in cui un uomo emetteva sperma in un bagno e successivamente penetrato nella donna che aveva fatto il bagno dopo di lui³³.

In tale eventualità il problema di stabilire se il Sommo Sacerdote, stante le disposizioni bibliche, possa sposare solo una vergine, viene risolto in modo positivo attesa la mancanza di un rapporto sessuale.

850; *Discorso ai partecipanti al II Congresso Mondiale di Napoli sulla fertilità e sterilità umana*, 19 maggio 1956: AAS 48 (1956) 471-473; *Discorso ai partecipanti al VII Congresso Internazionale della Società Internazionale di Ematologia*, 12 Settembre 1958: AAS 50 (1958) 733; GIOVANNI XXIII, *Encic. Mater et Magistra*, 111: AAS 53 (1961) 477.

³¹ Riccardo Di Segni, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in: "La Rassegna Mensile d'Israël", LX (1-2), (1993) 187-194 e *La clonazione alla luce dell'etica ebraica*, *ibid.* LXIV (3), (1998) 1-20

³² I. Jakobowitz, *Jewish Medical Ethics: A Comparative and Historical Study of the Jewish Religious Attitude to Medicine and Its Practice*, Bloch, New York 1975

³³ Levitico 21:13.



Un caso simile viene disciplinato nel *Midrash* che narra della nascita di Ben Sira, figlio del Profeta Geremia e dalla sua figlia, che non veniva considerato incestuoso, in quanto, non nato da un rapporto sessuale³⁴.

Vi sono, tuttavia, posizioni di minoranza di chi, come Rav Joel Teintelbaum e il rav Eliezer Waldenberg, considerano l'inseminazione artificiale eterologa come un atto di adulterio e, per l'effetto, i figli nati adottando tale tecnica vengono considerati *mamzherim*, adulterini.

La giustificazione di tale posizione risiederebbe nella negazione, alla luce dei casi di cui alle fonti classiche, dell'elemento volontaristico.

Mentre, infatti, nel caso della donna rimasta incinta a seguito della dispersione di sperma in un bagno si rinviene una contaminazione involontaria di seme, nell'ipotesi di inseminazione artificiale il procedimento contaminativo è volontario.

A sostegno di tale tesi vi sarebbe, inoltre, la circostanza secondo cui: “*Ed alla moglie del tuo prossimo non darai il tuo giacere per seme per renderti impuro con lei*”³⁵, con ciò volendo intendere che, oltre al divieto di avere rapporti sessuali con una donna sposata, vi sarebbe altresì il divieto di fecondazione senza rapporto sessuale³⁶.

Ne discende, pertanto, che, stante la proibizione biblica, tutte le volte in cui si verifichi l'unione fra ovulo e seme di due persone la cui unione potrebbe comportare incesto o adulterio si verifichi il *mamzeruth*.

L'opinione maggioritaria rabbinica, negando l'adulterio senza atto sessuale, proibisce comunque la fecondazione eterologa con il seme di un donatore ebreo.

Puntualizzando che per adulterio si intende esclusivamente il rapporto sessuale con un uomo diverso dal marito, la preoccupazione del Rav Feinstein, da cui ne deriva per l'effetto il proclamato divieto, risiede nella possibilità che il figlio nato dal seme di un donatore anonimo possa sposare una sua sorella da parte paterna³⁷.

Si vuol, quindi, evitare una eventuale e futura unione incestuosa.

³⁴ ²⁹ T.B. Chagigà, 14b-15a-b con il relativo commento di Tossafot; si veda anche RASHI, in T.B. Shabbat 151 e Tossafot T.B. Ketubot 6b e T.B. Nidda 64 b da cui si deduce che ciò che rende proibita una donna al sommo sacerdote è il rapporto sessuale avuto con un altro e non l'essere incinta, onde il permesso di sposare una vergine incinta; da ciò si può dedurre che vi è stato adulterio o incesto solo se vi è stato il compimento di un atto sessuale, e non per il diventare incinta senza atto sessuale. Fra i Responsa in questo senso si veda TASHBEZ 3 no.263; Responsa SERIDEI ESH 3 no.5; Responsa YABIA OMER, Even Haezher 1 no. 6; fra gli studi si veda I. JAKOBOVITS, Jewish Medical Ethics. A comparative and Historical Study of the Jewish Religious attitude to Medicine and its practice, Jerusalem, 1966, pp. 230 ss. e nt. 19 (in ebraico); si vedano anche le fonti citate in A. STEINBERG, Inseminazione artificiale, in Encyclopaedia of Jewish Medical Ethics, Jerusalem (in ebr.), I, 1988, p.150; D. SINCLAIR, “Assisted Reproduction in Jewish Law” in Fordham Urban Law Journal, 30, 2002, pp. 71 ss. in particolare p. 79 nt. 29.

³⁵ Levitico 18:20.

³⁶ A. STEINBERG, Inseminazione artificiale, cit. nota 72 e p. 157.

³⁷ RESPONSA IGGROT MOSHÉ, EVEN HAEZHER 2 no. 11; il Rav FEINSTEIN esprimerà nuovamente la sua chiara opinione vari anni dopo, soprattutto per far tacitare le voci che si erano sparse secondo cui egli si sarebbe ricreduto: RESPONSA IGGROT MOSHÉ, EVEN HAEZHER 4 no. 32.



Tuttavia, tale emparse, a parere del Rav Auerbach, potrebbe essere superato qualora si decidesse di utilizzare il seme di un non-ebreo³⁸.

Il nascituro, infatti, nascendo da un madre ebrea sarebbe ebreo a tutti gli effetti.

Appare, quindi, evidente che la problematica dell'inseminazione artificiale eterologa, come insegna Rav Jakobovits, viene posta prima ancora che in termini giuridici, in termini morali: *"The use of artificial reproductive techniques turn childbearing into a mechanical act bereft of those mystical and intimately human qualities that make man a partner with G-d in the creative propagation of the race"*³⁹.

Il Legislatore italiano ha disciplinato la procreazione medicalmente assistita grazie alla L. 19 febbraio 2004, n. 40⁴⁰ (*"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*).

Dopo un imbarazzante vuoto normativo, tale impianto, seppur lacunoso, segna l'approdo delle tecnologie riproduttive nel mondo del diritto italiano e viene definita come la pratica medica atta a "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità".

La scelta di circoscrivere l'accesso alle tecniche di procreazione assistita ai casi di sterilità o di infertilità (art. 4) è indice della necessità di affermare che l'utilizzo delle stesse deve essere inteso quale strumento idoneo alla soddisfazione del proprio bisogno di genitorialità.

Da ciò ne discende implicitamente il divieto di fecondazione eterologa, costituente l'espressione del principio di supremazia di tutela dell'interesse del minore rispetto al desiderio di avere un figlio "proprio".

La scissione tra genitorialità biologica e sociale comporterebbe per il minore, secondo l'interpretazione, una non facile situazione familiare e personale.

È preminente, più specificamente, il diritto del figlio avere ad avere dei genitori che siano tali sotto il profilo genetico, affettivo e legale.

Anche per tale motivo, la legge vieta il ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa e alla cosiddetta "maternità surrogata".

Il partner non potrebbe, infatti, esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e il donatore non acquisirebbe alcuna relazione giuridica con il nato, né potrebbe far valere nei suoi confronti diritti o essere titolare di obblighi (art. 9)⁴¹.

³⁸ Responsum del Rav Auerbach, in *Noam*, 1, 1958, p. 175; il nato è tuttavia considerato *safeq mamzher*: A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, p. 11 no.5.

³⁹ I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, op.cit., p. 248 s.

⁴⁰ In G.U. 24 febbraio 2004, n. 45; Il testo della legge è pubblicato, fra l'altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 411 ss., con *Il commento* di S. CANESTRARI, p. 416 ss.

⁴¹ Il principio dell'inammissibilità dell'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità del figlio nato in seguito a fecondazione eterologa, previo consenso del marito era stato precedentemente espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza del 16 marzo 1999, n. 2315 (in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 622 ss.), nella quale la Suprema Corte, capovolgendo l'orientamento precedentemente seguito nella giurisprudenza di merito (si v. esemplificativamente Trib. Roma 19 aprile 1956, in G. CASSANO, *La procreazione artificiale. Profili di diritto*



Il diritto di poter ricorrere alla procreazione assistita, inoltre, è riservato alle coppie maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, da cui il divieto di fecondazione artificiale *post mortem*.

Nel panorama europeo la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, attese le numerose limitazioni, appare la più restrittiva in ordine all'utilizzo delle tecniche⁴².

Tra questi l'articolo 13 n. 2 del capo VI della legge citata stabilisce che "*la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative*", e il successivo n. 3 lett. b) vieta "*ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione, o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma due del presente articolo*".

Pur in assenza di un esplicito divieto, le predette disposizioni, in combinato disposto con il divieto di sopprimere embrioni contenuto nell'articolo 14, sono state tradizionalmente interpretate nel senso di vietare in maniera assoluta la diagnosi preimpianto⁴³.

La giustificazione del divieto risiederebbe nell'art. 1, che recita: la legge "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

Pertanto, non sarà possibile sottoporre a indagini distruttive un embrione in provetta al fine di migliorare i processi di sviluppo di altri embrioni, ma si potrà intervenire - anche con tecniche sperimentali - sul singolo embrione al fine di consentirne l'ulteriore sviluppo.

A tutela dei figli e dei futuri genitori, l'art. 6 impone delle regole in ordine al consenso informato: deve esservi una completa informazione da parte del medico sulle modalità delle tecniche, sui loro costi, sulle loro probabilità di successo, sui problemi etici connessi, sulle conseguenze giuridiche che ne derivano, sull'alternativa dell'adozione.

È altresì previsto che ognuno dei due partner possa recedere dalla richiesta "fino al momento della fecondazione dell'ovulo" (art. 6, comma 3): pertanto, se la fecondazione è già avvenuta la revoca sarà illegittima.

giurisprudenziale, Milano, 2001, p. 71 ss. e Trib. Cremona 17 febbraio 1994, *ivi*, p. 85 ss.) e seguendo la linea interpretativa tracciata in materia dalla Corte costituzionale nella sentenza del 26 settembre 1998, n. 347 (in *Riv. dir. fam. pers.*, 1998, p. 1371 ss.), aveva sancito l'inapplicabilità dell'art. 235 cc per il disconoscimento della prole nell'ipotesi di inseminazione artificiale eterologa, una volta prestato il consenso all'inseminazione da parte del marito affetto da impotenza *generandi*. Correlato al divieto del disconoscimento della paternità è quello dell'anonimato della madre (art. 9, 2° comma), anch'esso rispondente alla logica della maternità responsabile e contenente però, in caso di fecondazione omologa, un presupposto in più (rispetto al divieto di disconoscimento della paternità) rappresentato dal vincolo biologico che lega la madre al suo bambino.

⁴² "D&G" 21/2005, 18/2004 e 25/2004

⁴³ M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p. 203 ss.



Uno dei più importanti Codici dell'Ebraismo, in materia matrimoniale, lo *Shulchan Aruch*, stabilisce che: "Ogni uomo è obbligato a sposare una donna al fine di essere fecondo e di moltiplicarsi, e chiunque non si impegni alla procreazione è come se spargesse sangue, sminuisce l'immagine di D.o e fa sì che la presenza du D.o abbandoni Israele"⁴⁴.

Nel contempo, il Talmud sottolinea la compartecipazione fra D.o ed i genitori: "Tre sono coloro che partecipano alla creazione di un uomo: il Santo e Benedetto, il padre e la madre. Il padre mette la sostanza bianca di cui saranno fatti il cervello, i nervi, le unghie, le ossa e il bianco degli occhi; la madre mette la sostanza rossa che formerà la pelle, la carne e i capelli, e il nero degli occhi; il Santo e Benedetto conferisce il respiro l'anima, la bellezza dei tratti, la vista, l'udito, la parola, la facoltà di deambulazione, di comprendere, di discernere e di pensare. Quando giunge il momento di lasciare questo mondo, il Santo e Benedetto riprende la sua parte, abbandonando la parte del padre e della madre"⁴⁵.

Nel caso, quindi, di inseminazione artificiale omologa, la problematica, a ben vedere, attiene alla possibilità di stabilire se il ricorso a tale procedura possa essere considerata conforme al precetto "crescete e moltiplicatevi"⁴⁶.

Seppur per le autorità halahiche tale precetto non viene adempiuto nel caso di ricorso all'inseminazione artificiale, atteso che l'atto sessuale è espressione del precetto biblico, la tradizione rabbinica, anche alla luce dei progressi scientifici, appare orientata al risultato finale, alla nascita del bambino quale coronazione del precetto "crescete e moltiplicatevi"⁴⁷.

4. Seppur il diritto alla procreazione costituisce un diritto fondamentale, riconducibile alla previsione di cui all'art. 2 della Costituzione, nella tradizione giuridica italiana non se ne rinviene alcun esplicito riconoscimento se non ricorrendo alle norme di diritto internazionale, quali l'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e dalle norme relative al rispetto della vita privata e familiare, stabilite dall'art. 8 della stessa Convenzione europea⁴⁸.

⁴⁴ I. JAKOBOWITS, *Ebraismo*, in *Bioetica e grandi religioni* a cura di S. Spinsanti, Milano, 1987, p. 35.

⁴⁵ T.B. Niddà 31a nella traduzione di G.LARAS, *I Racconti del Talmud*, Como, 2000, p. 32.

⁴⁶ Alfredo M. Rabello, *Introduzione al Diritto Ebraico. Fonti, Matrimonio e Divorzio*, Bioetica, Giappichelli ed., Torino 2002.

⁴⁷; A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham, Even Haezer* 1:9; A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, p. 11 no.4.

⁴⁸ M. Dogliotti, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato. Persone e famiglia*, 2, I, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999 p. 52; Sul diritto alla procreazione come diritto della personalità vedi tra gli altri: P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p.174 s. e *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. Ferrando), Padova, 1989, p. 143



Tuttavia, nel nostro ordinamento, un implicito riconoscimento del diritto alla procreazione lo si deduce anche da talune disposizioni costituzionali: gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione riconoscendo "i diritti della famiglia", per l'effetto, ne ricomprendono anche il diritto a formare la famiglia ivi compreso il diritto ad avere figli⁴⁹.

Un timido riconoscimento del suddetto diritto fondamentale è rinvenibile nell'art. 1 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194 del 1978): "Lo stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile".

Stante l'utopica libertà riconosciuta, la problematica sorge in ordine alla procreazione assistita.

La l. n. 40 del 2004, disciplinante il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, all'art. 12 comma 6 dispone il divieto, penalmente sanzionato, di "realizzare, organizzare o pubblicizzare" la commercializzazione di gameti o di embrioni o *la surrogazione di maternità*".

La libertà di procreazione, nell'ipotesi di maternità surrogata, sarebbe limitata, oltre che dalla morale cattolica, anche in virtù della molteplicità dei soggetti coinvolti e dei relativi interessi: donatori, genitori sociali, nascituri.

Per la tradizione ebraica la maternità surrogata comporta problemi sia di natura morale che giuridica: oltre alla coppia vi è la presenza di un'altra donna.

In ordine al problema dell'identità giuridica della madre, è opinione maggioritaria quella secondo cui può essere considerata madre colei che partorisce il bambino⁵⁰, contrariamente a quanto ritiene altra corrente secondo cui la madre è quella biologica, ovvero colei che ha donato l'ovulo⁵¹.

A secondo dell'adesione ad una delle due impostazioni summenzionate potrà essere risolto, inoltre, la problematica che sorge qualora solo una delle donne, implicate nella maternità surrogata, sia ebrea.

Atteso che per la *Halachà* l'identità ebraica viene trasmessa per via matrilineare, ne discende che qualora si aderisca alla tesi maggioritaria secondo cui la madre è quella surrogata, uterina, se la madre non è ebrea, tantomeno il figlio sarà considerato ebreo.

Nell'ordinamento italiano appare preliminarmente opportuno distinguere tra surrogazione "omologa", in cui la madre sostituita si limita ad accogliere un embrione formato dai gameti della stessa coppia committente (c.d. affitto di utero), e surrogazione

⁴⁹ A. Sandulli, Rapporti etico-sociali sub art. 29, in Commentario al diritto italiano della famiglia, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 22.

⁵⁰ Rav A. Waldenberg, il Rav I. Eliashiv, il Rav M.Halevi` Soloweitchik, il Rav Z.N. Goldenberg, il Rav S.Israeli. Per es. nel caso di inseminazione della moglie che ha ricevuto un ovulo da un'altra donna il bambino è ritenuto figlio della madre che l'ha partorito, e vi è chi ha permesso tale procedura: Rav E.I.WALDENBERG, *Responsa Zitz Eliezer*, 20, p. 126 s.

⁵¹ Y. BEN-MEIR, *Trapianto di embrione; attribuzione della maternità alla madre surrogata o alla madre biologica*, in *Emek Haalacha*, 2, pp. 141 ss.; Idem, *Test Tube Fertilization-Status of the Fetus*, in *Assia*, 8, 1995, pp. 153 ss.; E.BICK, *Maternity in Fetal Implants*, in *Techumin*, 7, 1986, pp. 266 ss.; Rav J. ARIEL, "La madre biologica e la madre surrogata", in *Beboalà shel Torà*, art. 70, pp. 348 ss., ritiene che l'attribuzione della maternità vada fatta secondo la madre biologica, che ha dato l'ovulo.



“eterologa” in cui è la stessa madre surrogata a fornire l'ovocita destinato alla fecondazione con il seme del maschio della coppia committente (c.d. «surrogazione per concepimento e gestazione»).

Nel caso della surrogazione «eterologa» può anche accadere che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee, tanto alla coppia committente, quanto alla stessa madre surrogata⁵².

Ne discende, che sarà considerata madre “genetica” la donna cui risale l'ovocita fecondata, madre “biologica” la donna che ha condotto la gestazione, ed infine madre “sociale” o “committente” quella che ebbe a determinare il procedimento procreativo, con l'originaria scelta della maternità, e ad esprimere la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato

Nell'ipotesi, invece, di “surrogazione per sola gestione” (omologa) le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere.

L'accordo di maternità surrogata consiste nell'accordo fra soggetti privati in forza del quale una donna (cd. madre surrogata) si impegna nei confronti di un altro soggetto o di altri soggetti (“committente” o “committenti”) a sottoporsi a fecondazione artificiale⁵³, a condurre la gravidanza e a partorire un bambino rispetto al quale essa si impegna a non vantare né esercitare alcun ruolo genitoriale.

Più specificamente, in tutti gli accordi la madre surrogata si impegna : a sottoporsi alle pratiche di fecondazione artificiale, a condurre la gravidanza sino al termine e dare così alla luce il bambino, a rinunciare a vantare qualsiasi diritto genitoriale nei confronti del bambino che ha partorito, atteso che di questo ne sarà destinatario il committente o i committenti.

Nel contempo i committenti si impegnano ad anticipare o fornire tutte le somme necessarie per far fronte alle spese di gravidanza e di parto, a corrispondere un corrispettivo per la sua prestazione, ad acquisire i diritti e doveri derivanti dalla qualità di genitori.

Al fine di stabilire chi debba essere considerata la madre del nato da maternità surrogata occorre prendere in considerazione le tre ipotetiche figure materne, a

⁵² V. il caso *Re Buzzanca*, *Superior Court of California, Family Law Division*, 27 agosto 1997, in *Fam. dir.*, 1997, 405, con nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso Baby J.*

⁵³ Va osservato peraltro che v'è surrogazione di maternità non solo allorché l'ovulo viene fecondato esternamente alla futura gestante sostitutiva e successivamente impiantato nell'utero di questa tramite un intervento medico di fecondazione artificiale, ma anche nell'ipotesi in cui il bambino venga concepito mediante la consumazione del rapporto sessuale con la gestante sostitutiva. Secondo il *New South Wales Law Reform Commission, Artificial Conception. Discussion Paper 3. Surrogate Motherhood*, agosto 1988, «*Surrogacy arrangements need not necessarily involve techniques of artificial conception*» (1.1.2) e «*There is some evidence that surrogacy arrangements are entered into where conception occurs by natural sexual intercourse. It is impossible to gauge the extent of naturally-conceived pregnancies that are commissioned because women may choose not to disclose the circumstances of their pregnancy*» (2.3). Nel caso inglese *Re adoption application case No. A.A. 212/86 (Surrogacy)*, in *Family Court Reporter*, 1987, 161, il concepimento risultò da un rapporto sessuale intervenuto fra il marito della coppia committente e la gestante sostitutiva.



dimostrazione di quanto sia difficile affrontare la c.d. *reproductive revolution* che ha frammentato la maternità⁵⁴.

Secondo una prima impostazione vi sarebbe la prevalenza della madre che ha partorito⁵⁵.

L'alternativa, invece, è rappresentata da chi sostiene, invece, che la madre legale sia colei che abbia fornito l'ovulo (rapporto di consanguineità)⁵⁶.

La terza posizione è quella di chi, infine, attribuisce autonoma rilevanza giuridica alla volontà della donna di avere un figlio, sia pure ricorrendo alla capacità gestazionale altrui.

Parallelamente alla figura materna, anche per la figura paterna si rinvengono o il "padre genetico", ovvero colui che ha donato il seme necessario per la fecondazione artificiale, il "padre committente", ovvero colui che ha commissionato, il marito della madre gestazionale.

Pertanto, ai fini dell'attribuzione della genitorialità, o maternità o paternità, occorrerà prendere in esame la relativa disciplina, laddove presente, ed in mancanza, la disciplina tradizione in materia di *status filiationis*.

Nell'ordinamento italiano, quindi, lo *status filiationis* è fondato sul principio secondo cui la qualità di genitore di acquista in virtù del legame biologico⁵⁷.

⁵⁴ WELLS P., WELLS D., *The Reproduction revolution*, Oxford, 1984.

⁵⁵ Nell'ordinamento italiano tale tesi è sostenuta da BIANCA C.M., *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1998, 295, secondo il quale «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità e se questo titolo possa ritenersi pozione rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; ROSSI CARLEO L., *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 403, secondo la quale «La complessità del tema induce a ritenere tuttora valido «l'invito ad attenersi alla legislazione vigente», la quale ci dice che madre è colei che ha partorito. Attenersi alla legislazione vigente e proclamare, quindi secondo il dettato dell'art. 269 c.c., che «la madre è colei che partorisce è in realtà una misura di dissuasione dalla surrogazione», misura che tuttavia non impedisce, posta la mancanza di un divieto, la possibilità del «dono», né impedisce, quindi, il realizzarsi di una sostituzione caratterizzata dalla solidarietà, e che, pertanto, non deve considerarsi come una rinuncia alla discussione, ma si può considerare come una «presa di posizione, un invito a non correre dietro alle novità della scienza» e, principalmente, a non lasciarsi sopraffare dall'indotto economico che a questi progressi inevitabilmente si collega e che spesso, nell'offrirvi l'illusione di un ampliarsi delle scelte autodeterminate, finisce con l'indirizzare le nostre decisioni più intime»; TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, 732, il quale identifica nella maturazione che si opera nel corpo della gestante la formazione della vita dell'uomo, AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 56, MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Manipolazione genetica e diritto*, Quaderni di Iustitia, Milano, 1986, 314.

⁵⁶ In questo senso STUMPF A.E., *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, in *Yale Law Journal*, 1986, vol. 96, 108, 105, CLARIZIA R., *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988, 148, MORI M., *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1998, 104.

⁵⁷ M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, *Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999, *passim*; G. FERRANDO, voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. cin.*, VIII, Torino, 1992, 295 ss.; ID., voce *Filiazione*: I) *Rapporto di filiazione*, in *Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, 2 ss.; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, in *Giur. dir. civ. comm.*, fondata da BIGIARI, Torino, 1984, 95 ss. In particolare, sui caratteri e sulla funzione dell'atto di nascita, v., per tutti, A. IANNELLI, *Stato della persona e*



Di fronte al fenomeno della maternità surrogata, la certezza della generazione del figlio da parte della moglie, sulla quale si fonderebbe la presunzione di paternità, appare venir meno.

Tuttavia, la questione dell'affidamento del minore nato da pratiche surrogatorie è valutata in virtù del principio del *best interest of the child*.

È nota l'importanza, anche in un'ottica religiosa, della famiglia nel mondo ebraico, la quale potrebbe rischiare di frantumarsi qualora la coppia non fosse in grado di procreare.

Nonostante le opinioni contrarie, secondo cui queste tecniche incidono negativamente sulla *shelom bait* (armonia familiare)⁵⁸, ne discende, pertanto, che l'inseminazione artificiale extrauterina sia giustificata, per la fede ebraica, dalla visione dell'uomo come partecipe all'opera della creazione per volere stesso di D.o ritenendo colpevole chi si priva di ogni cosa.

Occorre ora stabilire chi, secondo la *Halachà*, debba essere considerata la madre del bambino nato da maternità surrogata: la madre genetica o quella che l'ha partorito?

Mentre nel caso della paternità, quest'ultima va sicuramente attribuita a colui il quale ha donato il seme, non essendo necessaria una sua partecipazione biologica successiva, in ordine all'ipotesi della maternità vi sono diverse opinioni.

Secondo alcune Autorità rabbiniche è possibile ricorrere alla procreazione assistita extrauterina in tutte quelle ipotesi in cui non sussistano altre alternative procreative purché il seme provenga esclusivamente dal marito⁵⁹.

In taluni casi eccezionali, come confermato dal Rav Feinstein, il seme potrebbe provenire anche da un non ebreo.

A giustificazione di tale impostazione risiede il precetto biblico "crescite e moltiplicatevi" diretto, quindi, alla salvaguardia dell'armonia familiare.

In ogni caso, alla luce di tale impostazione "favorevole", potrebbe esservi il rischio, nel caso in cui il seme non sia donato dal marito, che il figlio venga considerato adulterino (*mamzher*).

Secondo altra impostazione, invece, più restrittiva in quanto schierata contraria a tale procedura per ragioni morali, non considera il figlio nato come adulterino, attesa la mancanza di contatto tra il donatore e la donna⁶⁰.

atti dello stato civile, Napoli, 1984, *passim*; ID., *Il diritto all'identità personale e l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1982, 135 ss.

⁵⁸ J.BEN-MEIR, Z.LEV, A. KILAV, *In vitro fertilization: Surrogate motherhood*, in A. STEINBERG (a cura di), *Emek Halacha*, Jerusalem, 1989, vol. II, p. 141 ss.; A. STEINBERG, *Fertilizzazione in vitro*, op. cit.

⁵⁹ il Rav OVADIA` JOSEF, *Responsa Yabia` Omer*, 8, p. 448; Rav A. NEBENZAL in *Assia*, 5, 1986, p.92 s.; M. DRORI, *Genetic Engineering: Preliminary discussion of its legal and Halachic Aspects*, in *Techumin*, 1, 1980, pp. 280 ss.; A. STEINBERG, *Fertilizzazione in vitro*, cit. p.128 s.

⁶⁰ Rav I.JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, Jerusalem, 1966, p. 235: "La *Halachà* ebraica si oppone assolutamente all'inseminazione artificiale [eterologa] per motivi morali più che per una contrarietà ad una specifica norma" e ciò in particolare per mantenere il legame fra matrimonio e nascita di bambini; si vuole anche evitare che una donna, accusata di adulterio, possa sostenere che il bambino è nato da inseminazione



La sterilità maschile, inoltre, viene considerata come causa di divorzio..

Qualora, infatti, la donna desiderasse procreare, il Tribunale rabbinico potrà obbligare il marito a concedere il divorzio.

Già nel 1965, nonostante l'espresso consenso del marito alla sottoposizione della moglie ad un procedimento di inseminazione artificiale, il Tribunale rabbinico di Tel Aviv obbligò il marito a divorziare esaltando, per l'effetto, il diritto della donna al ricorso ad un procedimento procreativo "tradizionale".

Tuttavia, costituisce causa di divorzio anche l'ipotesi in cui il marito non fosse a conoscenza del ricorso della moglie alle tecniche di inseminazione artificiale.

In tal caso il Tribunale rabbinico potrà obbligare la moglie a dare il ghet al marito⁶¹.

5. Per la tradizione ebraica, la crioconservazione degli embrioni è ammessa per cinque anni più altri cinque anni previo consenso delle autorità. È doveroso precisare, però, che solo la donna potrà, in caso di morte del marito, ottenere l'embrione fecondato; lo stesso non sarà consentito al marito in caso di morte della moglie.

Nell'ipotesi di divorzio, poi, l'embrione potrà essere ottenuto dalla donna solo con il consenso dell'ex marito.

L'art. 14 comma 1 della Legge 40/2004, invece, non consente il congelamento degli embrioni, la cd. crioconservazione, nonostante la comunità scientifica internazionale consideri tale metodica valida ed efficace ai fini della prevenzione della OHSS⁶².

Essendo la stessa considerata come la migliore, appare quindi evidente che non dovrebbe essere *a priori* esclusa o eccessivamente limitata⁶³.

La tecnica utilizzata per la crioconservazione degli embrioni è simile a quella utilizzata per congelare gli spermatozoi ma con finalità diverse: nel caso de quo si vuole evitare che le donne debbano ripetere il complesso iter medico-chirurgico che porta alla creazione degli embrioni stessi.

artificiale; vi è infine il pericolo di perdere il significato mistico della nascita che vede, secondo l'interpretazione *Talmudica*, tre soci nella nascita di un uomo: il padre, la madre, il Santo, Benedetto Egli sia (T.B., Kiddushin, 30b). V. anche il Rav I.E. HENKIN, *Responsa Ivra*, p.100 s. che ritiene che vi sia in tale procedura una offesa alla santità della famiglia ebraica e che pertanto sia meglio allevare un orfano. Se proprio si vuole praticare l'inseminazione artificiale, bisogna essere sicuri che il seme sia solo del marito. [In merito all'allevamento di un orfano cfr. la legge italiana 19-2-2004 n.40 art.6 comma 1: "Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento...].

⁶¹ J.D.BLEICH, *In vitro fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion*, in *Jewish Law and the new reproductive technologies*, (ed. by E. FELDMAN e J.B.WOLOWELESKY), Hoboken, 1997, pp. 46 ss.; M. HALPERIN, *In vitro fertilization, Embryo transfer and Embryo freezing*, in *Assia*, 1, 1998, pp. 25 ss.

⁶² Ovarian hyperstimulation syndrome.

⁶³ AA.VV., *Morte da iperstimolazione ovarica: peculiarità ed impegno scientifico alla luce della legge n. 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1355.



Se nell'ambito di un ciclo di FIVET si producono più embrioni di quanti possano essere trasferiti in quel ciclo, gli embrioni eccedenti vengono congelati in modo da conservarli e da poterli, se necessario, eventualmente trasferire nell'utero in cicli successivi.

La Legge 40/2004 sulla fecondazione assistita non consente, quindi, il congelamento degli embrioni tranne, però, nei casi in cui non risulti possibile trasferire gli embrioni per grave e documentato stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione. Inoltre, in deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, potranno essere crioconservati gli eventuali embrioni soprannumerari ove il loro trasferimento risulti contrario o alle esigenze di procreazione o all'interesse alla salute del paziente

Il comma 3 dell'art. 14 prevede, infatti, l'unica eccezione al divieto di crioconservazione degli embrioni, ammessa nel caso di "grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione". La crioconservazione è in tal caso ammessa temporaneamente, dovendosi procedere all'impianto non appena possibile, e quindi non appena cessa la causa impeditiva.

Più specificamente, con la sentenza 151 del 1° aprile depositata l'8 maggio 2009⁶⁴, resa su richiesta del Tar Lazio e del Tribunale di Firenze⁶⁵, la Consulta è tornata a pronunciarsi sulla legge 40/2004 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"⁶⁶.

⁶⁴ Corte cost. 8 maggio 2009 n. 151 (in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 928 ss., con nota di DOLCINI E., *Embrioni nel numero strettamente necessario: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, ivi, p. 950 ss.). Per effetto della pronuncia della Corte, l'art. 14 comma 2 l. 40/2004 risulta così riformulato: « Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7 comma 3 [in tema di Linee guida], non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ».

⁶⁵ TAR del Lazio - sede di Roma - sez. III-quater - 21 gennaio 2008 n. 398, in *Guida dir.*, 2008, n. 6, 60 ss.; Trib. Firenze ord. 12 luglio 2008, in *Gazzetta ufficiale*, prima serie speciale, 2008, n. 44; Trib. Firenze ord. 26 agosto 2008, *ibidem*, n. 50

⁶⁶ La letteratura giuridica a commento della legge 40 è molto ampia. Tra i lavori di carattere organico si ricordano: G. MILAN, *La procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Libreria Alfani, Forense, 2008; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004. Tra i contributi riguardanti singoli aspetti e/o i profili giurisprudenziali, oltre a quelli ricordati *infra* nt. 6, si indicano: C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 40/2004 e la diagnosi genetica pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e Firenze*, in *Medicina e morale*, 2008, n. 1, 35-67; M. CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica reimpianto* (nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007), in questa *Rivista*, 2008, 1, 287-306; ID., *Il dibattito in bioetica: novità delle nuove linee guida rispetto al divieto di diagnosi genetica preimpianto?*, in *Medicina e morale*, 2008, n. 3, 597-604; F. RE, *A proposito della liceità della diagnosi genetica preimpianto* (nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007), in *Rivista penale*, 2008, 534-537; P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2007, 87-105; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 360-425; G. GROSSO, *La crioconservazione degli embrioni: profili d'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in questa *Rivista*, 2008, 2097-2104; G. CASABURI, nota a Trib. Firenze ord. 26 agosto 2008 e a Trib. Firenze ord. 12 luglio 2008, in *Foro it.*, 2008, II, 3354 ss.



La Corte, infatti, ha dichiarato non conforme alla Costituzione, in ordine agli artt. 3 e 32 Cost., quanto disposto sia nell'art. 14, comma 2, nella parte in cui limita a tre la generazione del numero di embrioni da trasferirsi in un solo contesto, sia nell'art. 14, comma 3, laddove non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, avvenga senza pregiudizio della salute della donna.

Tuttavia, quanto disposto dall'art. 14, comma 3 non appare in grado di ricomprendere tutti i casi in cui non vi sia pericolo per la salute della donna in senso stretto, ovvero si voglia comunque scongiurare gravidanze plurime.

In tal senso è intervenuto il Tribunale di Cagliari⁶⁷ che, nel giugno 2004, ha accolto la richiesta di provvedimento d'urgenza avanzata da una gestante che chiedeva di essere autorizzata all'interruzione volontaria della gravidanza plurigemellare, derivante da procreazione assistita, limitatamente ad uno dei feti, nessuno dei quali affetto da malformazioni o malattie genetiche, alla luce del pericolo per la salute psicofisica della donna, ricorrendo in quel caso i presupposti *ex art.* 4 l. n. 194 del 1978, non derogato, né abrogato dalla l. n. 40 del 2004.

Pertanto, per effetto dell'avvenuto riconoscimento della centralità e della prevalenza della salute della donna, rispetto alla necessità di operare il trasferimento degli embrioni, diviene ancora facoltà del medico, non solo creare il numero di embrioni strettamente necessario al raggiungimento del risultato, ma anche decidere quanti embrioni, di quelli prodotti, impiantare; procedere alla loro crioconservazione e, ancora, escludere definitivamente il loro trasferimento⁶⁸.

Al fine di meglio comprendere la posizione ebraica, in tal senso emblematico è uno dei casi più discussi, giudicato da un tribunale distrettuale israeliano, dalla Corte Suprema israeliana e nuovamente dalla Corte Suprema alla presenza di undici giudici: il cd. caso Nachmani⁶⁹.

Daniel e Ruti Nachmani, coniugi dal 1984, impossibilitati ad avere figli, decidono di ricorrere alla fecondazione artificiale.

Dopo accesi dibattiti giudiziari, venivano fecondati alcuni ovuli della donna con il seme del marito, venivano congelati e conservati in un ospedale per essere introdotti nell'utero di una madre surrogata⁷⁰.

Prima che ciò si verificasse, nel 1992 Daniel, pur continuando ad essere formalmente sposato, abbandonava la casa coniugale e decideva di andare a convivere con altra donna.

Ciononostante Ruti si rivolgeva all'ospedale chiedendo di avere gli ovuli fecondati, per proseguire la procedura con una madre surrogata.

⁶⁷ Trib. Cagliari 29 giugno 2004

⁶⁸ T.A.R. Lazio-Roma, sez. III-*quater*, sentenza 21 gennaio 2008 n. 398

⁶⁹ App. Civ. 5587/93; Ulteriore Decisione (*dinn nosaf*), 2401/95, Nachmani v. Nachmani

⁷⁰ Bagaz 1237/91



Senza sortire alcun effetto, il Tribunale rabbinico di Haifa⁷¹ invitava i coniugi alla convivenza ed a proseguire nella procedura di fecondazione assistita: Daniel dichiarò all'ospedale la sua opposizione a consegnare gli embrioni congelati per il trapianto nel ventre della madre surrogata: palesò, quindi, il suo diritto di non essere padre di un bambino non voluto.

Dall'altro canto, la Nachmani, atteso il doloroso iter medico e stante la sua situazione fisica che non le avrebbe più consentito di avere figli, chiedeva quindi al tribunale di autorizzare l'ospedale a consegnare i feti congelati.

La domanda di Ruti fu accolta dal tribunale distrettuale, mentre il ricorso di Daniel venne accolto dalla Corte Suprema⁷².

La problematica sottoposta al vaglio della Corte suprema consisteva nello stabilire quale dei due diritti godesse di supremazia: quello di Ruti di essere madre o quello di Daniel di non essere padre. Per l'opinione maggioritaria il diritto di Ruti a divenire madre veniva giustificato basandosi sulle regole dell'*estoppel*.⁷³

La donna, infatti si era sottoposta ad una operazione pericolosa e dolorosa in virtù dell'affidamento posto nell'accorso con suo marito. Ne discendeva, pertanto, il suo diritto ad essere protetta in questo suo affidamento ragionevole e il marito Daniel non avrebbe potuto recedere da questo consenso.

A sostegno di ciò si rinveniva l'ulteriore circostanza che la procedura versava in uno stadio avanzato in quanto il materiale genetico della Nachmani si era già incontrato con quello del marito e non si poteva più separare⁷⁴.

D'altronde la signora Nachmani non si sarebbe probabilmente sottoposta a una procedura dolorosa e pericolosa se avesse saputo che il marito avrebbe potuto ogni momento recedere dall'accordo dato, mentre si suppone che il signor Nachmani avrebbe dato il suo consenso alla fecondazione dell'ovulo anche se avesse saputo di non potersi più pentire in futuro.

Per l'opinione minoritaria, invece, il diritto della Nachmani di avere un figlio non significava necessariamente avere un figlio dal signor Nachmani.

L'accordo fra i coniugi, inoltre, non poteva essere considerato come un comune contratto, bensì come un accordo *sui generis*, accordo formatosi in previsione di una vita in comune.

Venuto meno l'*affectio coniugalis*, sorgeva, per l'effetto, il diritto del Nachmani di recedere dal consenso.

⁷¹ Decisione N. 5409 del 30/7/92.

⁷² Sentenza 599/92; App. Civ. 5587/93

⁷³ Secondo il quale a una parte in causa è vietato prendere vantaggio da dichiarazioni contraddittorie che abbiano creato aspettative verso altri soggetti.

⁷⁴ Si veda l'art. di C. GANZ, *I feti congelati dei coniugi Nachmani*, in *Iyunei Mishpat*, 18, 1994, pp. 83 ss. in cui si sottolinea la relazione fra il diritto della donna ad abortire all'inizio della gravidanza ed il diritto di Daniel Nachmani a fermare la procedura prima che il feto venga immesso nell'utero della madre surrogata. La tesi opposta viene sostenuta da A. MARMUR, *ibidem*, 19, 1995, pp. 433 ss., a cui ribatte GANZ, *ibid.*, pp. 453 ss.



Inoltre, secondo le disposizioni del Ministero della sanità e la normativa della legge sulla madre surrogata si possono concedere ovuli fecondati alla madre surrogata solo con l'accordo delle due parti⁷⁵.

V'è da notare come sia per l'opinione maggioritaria che per la minoritaria il diritto ebraico è stato posto alla base delle decisioni.

Premettendo la nota importanza per l'ebraismo del precetto della procreazione, considerata la prima *mizva*⁷⁶: "Dammi figli, se no io muoio"⁷⁷.

Per il giudice di minoranza, il rifiuto da parte del marito di adempiere a tale obbligo sarà considerato una causa di divorzio, e non una causa di costrizione ad avere figli. Secondo il contrario orientamento maggioritario, invece, attesa la novità della materia trattata.

Il punto di riferimento normativo che viene richiamato è la Legge israeliana sui fondamenti del Diritto, 5740-1980, ove viene rimarcata l'importanza che il diritto ebraico attribuisce ai figli: chi è privo di figli come chi è privo di vita.

6. Per la tradizione ebraica con il termine *ubâr*⁷⁸ si intende l'embrione, il feto e sta ad indicare chi si trova nel ventre materno, fino a che non spunti la testa⁷⁹.

Nonostante vi siano opinioni discordanti nel far rientrare il nascituro concepito nella nozione di *adam* (uomo), vi è unanimità nel considerarlo *adâm baadâm*, cioè "uomo nell'uomo"⁸⁰.

In virtù di quanto asserito in Gen. 25:22, riferito ai gemelli nel ventre di Rebecca: "I figli si urtavano nel ventre...Il periodo della gravidanza si compì ed essa aveva nel ventre due gemelli", vi è anche chi sostiene che con il termine *ben*, "figlio", si intenda anche il nascituro concepito⁸¹.

⁷⁵ Disposizioni sulla sanità del popolo (fecondazione assistita), 1987; Legge sugli accordi sul portare embrioni (approvazione dell'accordo e status del nascituro), 1996.

⁷⁶ Maimonide, M.T., Hildh. Ishut, 15:2; Tur, E.Ha.1:1; Sh.A., E.Ha.1:1.

⁷⁷ Gen.30:1.

⁷⁸ I. Leibowitc, Embriologia, in Enc. Hebraica, vol.I (in ebr.); B.Brody, Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View, 1975 e la recensione di S.Carmy in Tradition, 16, 1977, pp. 126 ss.; D.M.Feldman, Marital relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law, New York, terza ed., 1978

⁷⁹ T.B.Sanhedrin 72b; Sh.A., Ch. M. 425: 2.

⁸⁰ Gen. 9:6. Cfr. T.B. Sanhedrin, 57b.Cfr. A. Steinberg, Embryo/Fetus ('ubar), in Id. Encyclopedia of Jewish Medical Ethics, vol. 5, Jerusalem, 1996, pp. 115 ss. Si tenga comunque presente che i versi della Genesi sono interpretati anche in un altro modo e cioè: "Chi versa il sangue dell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo ...".

⁸¹ Alfredo Mordechai Rabello, Lo status giuridico del nascituro e il problema dell'aborto in Diritto ebraico, in *La condition des enfants à naître dans les systèmes juridiques de la Méditerranée*, sous la direction de P. Catalano, Publisud, Paris 2002, pp. 11 ss.



Tuttavia, per l'opinione dominante, con il termine *nefesh*, ovvero "persona", non può indicarsi l'*ubar* in quanto tale non è⁸². Ma vi è anche chi considera l'*ubar* come *safeq nefesh* (persona in dubbio), ed ancora chi lo considera *nefesh* solo in relazione al divieto di aborto, *netilat neshamà* - "togliere l'anima".

L' interruzione volontaria di gravidanza in Italia è disciplinata dalla legge 194/78⁸³, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull' interruzione volontaria della gravidanza".

Le motivazioni principali che avevano portato all' istituzione della legge 194/78 riguardavano soprattutto la diminuzione degli aborti terapeutici e di quelli spontanei e inoltre l' assistenza delle donne che sempre più spesso ricorrevano ad aborti clandestini.

Prima del 1978 l' aborto provocato intenzionalmente, disciplinato nel titolo X del libro II del codice penale, veniva considerato come un grave reato, per il quale erano previste sanzioni piuttosto severe.

Tuttavia, il primo passo verso una visione più moderna fu costituito dalla sentenza n. 27 del 18/2/1975 della Corte Costituzionale⁸⁴ che pur ritenendo, in virtù dell' art. 2 della Costituzione, che "la tutela del concepito ha fondamento costituzionale", consentì la soppressione del feto quando la gravidanza "implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della donna".

Con l' entrata in vigore della legge sull' aborto n. 194, per l' effetto, decadevano i reati previsti in materia dal titolo X e si consentiva l' interruzione della gravidanza entro i primi 90 giorni di gestazione, nei casi in cui la sua prosecuzione costituisse gravi rischi per la salute psico-fisica della donna.

Tra le cause che possono mettere in pericolo la condizione della gestante sono annoverate non solo quelle che riguardano il suo stato clinico, ma anche le sue condizioni economiche, sociali o familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento o previsioni di malformazioni del nascituro.

Certamente l' interruzione volontaria della gravidanza non va interpretata come mezzo per il controllo delle nascite lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, atteso il riconoscimento statale del valore sociale della maternità e la tutela della vita umana sin dal suo inizio. Per l' esercizio dell' interruzione volontaria di gravidanza, la donna preliminarmente deve

⁸² Così Rashì in T.B. Sanhedrin 72b.

⁸³ *Gazzetta Ufficiale* del 22 maggio 1978, n. 140

⁸⁴ Corte cost. 18 febbraio 1975 n. 27, in Foro it., 1975, I, 515 ss., successivamente, v. Corte cost. 10 febbraio 1997 n. 35, in Giur. cost., 1997, I, 281 ss., ove ha attribuito all' art. 1 della l. n. 194 del 1978 (Lo Stato tutela la vita umana sin dal suo inizio) un contenuto più specificamente normativo: nel bilanciamento tra i contrapposti interessi della gestante e del concepito, si salvaguardi, quando possibile, la vita del feto. In tema v. le attente osservazioni di M. Manetti, La questione dell' embrione nel quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti, nel forum La l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?, a cura di E. D' Orazio e M. Mori, in Notizie di politeia, 77, 2005, 60 ss. Da ultimo, cfr. Corte cost. 28 gennaio 2005 n. 45, ove la Corte ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo della intera l. n. 40 del 2004, in quanto costituzionalmente necessaria per rendere effettivo un diritto fondamentale della persona e per garantire una tutela minima ad una situazione che la esige secondo la Costituzione.



avere un colloquio specifico con un medico. Quest'ultimo fornisce informazioni in ordine ai suoi diritti e alle opzioni alternative e la invita a riflettere per sette giorni.

Decorso tale termine la gestante, con il certificato rilasciato ed attestante l'intervenuto colloquio, potrà recarsi presso una struttura per interrompere la gravidanza.

Può accadere che gli operatori sanitari, ritenendo l'aborto contrario alle proprie convinzioni morali o religiose, ricorrano alla cd. obiezione di coscienza rifiutandosi, pertanto, l'esercizio di tale pratica.

Tale diritto, oltre ad essere riconosciuto dall'art. 9 della L. 194/78, è garantito anche dall'art. 22 del Codice deontologico dei medici del 2006: «il medico, al quale vengono richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita».

La l. 14 febbraio 2004 n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita, e la l. 22 maggio 1978 n. 194, sull' interruzione volontaria della gravidanza, inducono ad esaminare questione altamente delicate che coinvolgono aspetti etici e giuridici: considerare o meno il concepito quale soggetto di diritto.

V'è da precisare che se il concepito viene considerato, in una visione statica, come un essere già esistente, il nascituro, invece, in una visione dinamica, individua ciò che sarà.

Anche nel Talmud viene sottolineata la figura del nascituro: il re David lodò il Sig.re già prima di nascere: “Ha detto Rabbi Jochanan a nome di Rabbi Shimon Bar Jochai: il versetto seguente <<ha aperto la bocca con saggezza, ed ha sulla sua lingua una Torà di grazia>> è stato pronunciato da Salomone, come se dovesse essere riferito a suo padre David, che ha cantato a D.o nei cinque mondi in cui ha risieduto. Già nel ventre di sua madre, ha cantato una cantica, come è detto: “Benedici, o anima mia, il Sign-re, e voi tutte le mie viscere, il Suo santo nome”. Venendo al mondo, vide...”⁸⁵. Secondo la tradizione talmudica, inoltre, il feto apprende tutta la Torà durante la sua permanenza nel ventre materno. Al momento della nascita un angelo, esortandolo ad essere giusto, lo colpisce sulla bocca cosicchè dimentica tutto ciò che ha studiato fino a che non tornerà a studiare in questo mondo⁸⁶.

⁸⁵ T.B.Berachot 10a. Tale passo talmudico è riportato come spiegazione del versetto, da Rashi nel suo commento al Salmo. Confronta anche il Salmo 139:13: <<Invero Tu hai creato le mie reni, mi hai intessuto nel ventre di mia madre>>; vv. 15 e 16:<<La mia persona non si nasconde a Te; la mia persona che è stata creata in luogo nascosto, è stata intessuta in luogo misterioso come le profondità della terra. I Tuoi occhi hanno visto l'embrione da cui sono stato formato, erano registrati nel Tuo libro tutti i giorni in cui sarebbero stati creati uomini, ed uno di questi apparteneva al mio embrione> (trad. M.E.Artom). Commenta Rashi, in loco, che il Santo e Benedetto ha visto tutti gli embrioni al momento della nascita del primo uomo, Adamo...

⁸⁶ T. B. Niddà 30b. Si veda la spiegazione del Rav J. Soloveitchik, Redemption, Prayer, Talmud Torà, in Tradition, 17,2,1978, p.69, secondo cui lo studio da parte del feto ha lo scopo di fornire la capacità di studiare una volta nato, trattandosi di qualcosa che una persona ha già studiato e si è dimenticata. Appare evidente l'influenza della scuola di Platone e la sua concezione sulla amnesia. Cfr. E.E.Urbach, The Sages. Their concepts and Beliefs, Jerusalem, 1979, pp. 242 ss.e 794 ss.con ampio esame delle fonti e di testi paralleli.



Stante la connotazione religiosa del diritto ebraico, l'aborto, in linea di principio, viene considerato proibito.

Tra i decisori⁸⁷, Poskim, in particolare, esistono delle divergenze in ordine al riconoscimento dell'embrione quale soggetto di diritto: agli estremi si rinviene la posizione di chi considera l'embrione come essere vivente e, pertanto, come soggetto di diritto a tutti gli effetti e chi, invece, non ne attribuisce alcun valore.

Nelle posizioni intermedie l'embrione è riconosciuto parzialmente come una persona con diritti limitati.

Il divieto di provocare la morte del feto è rivenibile nel seguente versetto della Genesi:

“Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo (*adam baadam*), avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine propria”⁸⁸. Premesso che per il diritto ebraico tradizionale solo l'opinione talmudica ha importanza, gli autori di Responsa sono concordi tutti nel ritenere l'aborto come omicidio e, pertanto, passabile di pena di morte⁸⁹. A conforto di ciò si rinviene nel Talmud l'opinione di Rabbi Ishmael secondo cui un gentile che provochi la morte di un feto, sia a sua volta passibile della pena di morte.

Parimenti l'art. 1 della l. n. 40 del 2004 ambiguamente “assicura” i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso il concepito: tale espressione verbale è da intendersi quale riconoscimento e non attribuzione.

La legge, infatti, si limita a riconoscere soggettività giuridica al concepito e non ad attribuirlo.

⁸⁷ Prima del quarantesimo giorno vi è chi considera l'embrione come semplice “liquido” (T.B. Jevamòt 69b; Niddà 30b); cfr. T.Dagi, L'inizio della vita: osservazioni basate su fonti Talmudiche e halachiche, in Segulat Israel, 1, 1993, pp. 51 ss.; J.Herzel-Henkin, L'aborto prima del quarantesimo giorno, in Assia, 59-60, 1997, pp. 133 ss. (in ebr.). Si confronti il De Animalibus 7:3 di Aristotele; a quaranta giorni il feto è riconosciuto come un parziale essere umano, secondo le parole del decisore Maharam Shick, Joré Deà No. 155: “This partial uman being, although considered by the Talmud (Arachin 7a) as being part of the body of the mother, personality apart from its mother”, come osserva M. Morgenstern, The Halachic Status of the Unborn Child, op. cit. p. 52. Tale posizione permette al decisore (ibidem) di considerare proibito il feticidio, anche se non punito con la pena di morte come l'omicidio; M. Morgenstern, ibidem, p. 55; J. Bleich, Contemporary Halakhic Problems (New York, 1977), pp. 325 ss.; D.B.Sindair, The legal basis for the prohibition of abortion in Jewish Law, in Israel Law Review, 15, 1980, pp. 109 ss.; A. Steinberg, (Abortion), Hapalà, in Encyclopedia of Jewish Medical Ethics, vol. 2, Jerusalem, 1991, pp.47 ss. (in ebraico). Il termine di 40 giorni si trova anche nel Digesto di Giustiniano.

⁸⁸ Gen. 9: 6.

⁸⁹ Si veda la Mishnà di Niddà, 5:3: “un bimbo di un giorno, ...chi lo uccide è passibile di pena”. Sul valore dei Responsa sul problema dell'aborto, si veda R.Erasi, Abortion- Theory and Practice in the Halacha, in Dine Israel, 8, 1977, pp. 119 ss. (in ebraico); si veda in generale D.B.Sindair, The Legal Basis for the Prohibition on Abortion in Jewish Law (with some comparative reference to Canon, Common and Israeli Law), in Annual of Jewish Law, 5, 1978, pp. 177 ss. (in ebraico); M. Halperin, La medicina moderna allo specchio della Halachà”, s.d.



Atteso che il concepito è già ontologicamente determinato e dunque è un dato reale ed esistente⁹⁰, l'art. 1 c.c. condiziona l'acquisizione della capacità giuridica, ossia l'idoneità di essere titolari di diritti e doveri, al momento della nascita.

Più specificamente si acquista con la separazione del feto dall'alveo materno, sempre che sia nato vivo, poiché non può considerarsi persona titolare di diritti e doveri il nato morto⁹¹.

La nascita rappresenterebbe una condizione sospensiva della fattispecie acquisitiva⁹²: il concepito non è, quindi, titolare di un'aspettativa di diritto, bensì titolare di taluni diritti subordinati all'evento nascita⁹³.

A conforto di ciò si inseriscono talune disposizioni del nostrano impianto codicistico che attribuiscono la titolarità di taluni diritti al concepito ed al nascituro non concepito.

Operando un'equiparazione tra il concepito ed il nato, l'art. 462 c.c., in materia di capacità di succedere, attribuisce tale capacità a tutti coloro i quali sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.

Parimenti la capacità di succedere è riconosciuta dal III comma dell'art. 462 c.c. ai nascituri non concepiti, i quali possono ricevere per testamento, purchè figli di persona vivente al tempo del testamento.

In materia di donazione, poi, l'art. 784 c.c. prevede che questa può essere fatta a favore di chi è stato soltanto concepito ovvero a favore di figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché concepiti⁹⁴. L'unica differenza la si rinviene nella circostanza che i frutti del bene donato vengono acquisiti dal concepito sin dal momento della donazione, mentre il nascituro non concepito li acquista dal momento della nascita.

Possono rinvenirsi all'interno del codice civile anche altre norme tutelanti i nascituri concepiti o non ancora concepiti. L'art. 320 c.c. ad esempio, prevede che la rappresentanza in tutti gli atti civili e nell'amministrazione dei beni è attribuita al padre ma solo per i figli nati e nascituri e non anche per i nascituri non concepiti.

Tuttavia, secondo una rigorosa impostazione giurisprudenziale le disposizioni di legge che, in deroga al principio generale dettato dal primo comma dell'art. 1 Codice Civile, prevedono la tutela dei diritti del nascituro sarebbero da considerarsi disposizioni a carattere eccezionale e come tali di stretta interpretazione⁹⁵.

Ne discenderebbe, pertanto, che il concepito si ridurrebbe ad essere considerato come titolare di una capacità provvisoria che diviene definitiva se il concepito, secondo il

⁹⁰ F. Carnelutti, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, cit., 123 ss..

⁹¹ Cassazione, 19 febbraio 1993, n.2023, rv.480995

⁹² P. Rescigno, *Capacità giuridica*, in *D. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 221.

⁹³ Cfr. F. Santoro Passarelli, "Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri" in *saggi di diritto civile*, vol. II, Napoli, 747.

⁹⁴ Cfr. C. Scognamiglio, "La capacità di ricevere per donazione" in *Successioni e donazioni*, (a cura di) Rescigno, vol. II, Padova, 1994, 317.

⁹⁵ Cfr. Cass. 28-12-73, n. 3467.



suo ciclo naturale, viene alla nascita, e che si risolve retroattivamente se tale evento non segue⁹⁶.

Appare evidente, quindi, come l'ordinamento positivo tuteli il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita: si configura, pertanto, "Il diritto a nascere", cioè un diritto che tuteli l'incolumità di ogni embrione inteso come entità vivente.

Il riconoscimento di tale diritto, quale inviolabile, è fortemente influenzato dalla morale cristiana che considera l'aborto come reato.

Nell'Evangelium Vitae è stato affermato infatti che: "L'aborto procurato è l'uccisione deliberata e diretta, comunque venga attuata, di un essere umano nella fase iniziale della sua esistenza, compresa tra il concepimento e la nascita"⁹⁷.

Anche per la tradizione cabalistica, nel *Sefer ha-Zohar*⁹⁸ (il Libro dello Splendore) viene rimarcata la contrarietà all'aborto volontario: "un uomo che uccide il feto nel grembo di sua moglie, dissacra quello che è stato costruito dal Santo e Benedetto a Sua immagine"⁹⁹.

La regola generale del divieto di aborto incontra, tuttavia, delle eccezioni: "Se una donna ha un parto difficile [e si teme per la vita della madre] si interviene sul feto nelle viscere per trarlo membra a membra [per salvarla], perché la vita di lei precede quella del feto; se ne è già uscita la maggior parte, non si può toccarlo [cioè ucciderlo] perché non si può sacrificare un essere per un altro essere"¹⁰⁰.

Tale regola, rinvenibile nel trattato della Mishnà di Ohalot, disciplina, quindi, l'ipotesi della donna in pericolo di vita.

L'operata distinzione, secondo l'opinione del commentatore medioevale francese Rashí di Troyes¹⁰¹, risiederebbe nella giustificazione secondo cui prima della nascita il feto non è considerato nefesh, persona, e, pertanto, la vita della madre può essere salvata anche a costo della vita del feto.

⁹⁶ C. M. Bianca Diritto Civile 1, Giuffrè 2002.

⁹⁷ Evangelium Vitae, Città del Vaticano 1995, n. 58.

⁹⁸ Il termine Zohar è un termine generico che serve da titolo a un *corpus* letterario composto la cui redazione comprende più decenni. In realtà, questo titolo non indica altro che la parte principale del testo. Secondo molti accademici moderni l'autore dello Zohar fu Moses de Leon, intellettuale ebreo del XIII secolo che, prima del *Sefer ha-Zohar*, aveva redatto alcune opere in ebraico. Secondo questa ipotesi, Moses fece ricorso alla lingua aramaica per far credere che l'opera letteraria appartenesse all'eminente saggio talmudico del II secolo Shimon bar Yohai; teoria, quella di attribuire la paternità del testo a quest'ultimo Rabbino del Talmud, più fedele alla dottrina tradizionale della religione ebraica.

⁹⁹ Su Es. 1: 22.

¹⁰⁰ Ohalot o delle tende, con le regole sulla purificazione e sulla non-purificazione, 7:5.

¹⁰¹ Rashí (22 febbraio 1040 – 13 luglio 1105) (in ebraico ר"י), acronimo di Rabbi Shlomo Yitzhaqi (שלמה רבי) (יצחקי) è conosciuto anche con il nome latinizzato di Salomon Isaacides da cui le forme italianizzate Salomone Isaccide oppure Salomone Jarco o Rabbi Salomone Jarco, è stato uno dei più famosi commentatori medievali della Bibbia.



Certamente ciò non sarà rinvenibile, invece, immediatamente dopo la nascita stante la dotazione di personalità del nato¹⁰².

Altra autorevole interpretazione è fornita dal decisore Maimonide¹⁰³, secondo cui la differenza fra le due parti della Mishnà risiederebbe nel principio stabilente che chi mette in pericolo la vita di una persona può essere ucciso, se questa è l'unica via per salvare quella persona: trattasi della regola contro il *rodéf* (persecutore)¹⁰⁴.

Divergenze di opinioni si rivengono anche nell'ipotesi in cui una donna incinta sia condannata a morte. Si legge nella Mishnà di Arachim: "Se una donna incinta è condannata a morte non si attende il parto per la esecuzione, ma se si trova all'inizio del parto si attende che partorisca"¹⁰⁵.

Per il commentatore Rashí di Troyes la madre ed il feto, prima del parto, sono considerati un *unicum* e, pertanto, il feto viene ad essere considerato un essere a se stante solo al momento del parto.

In un'ottica psicologica, invece, si pone la posizione di Rabbenu Nissim Gherondi: per il commentatore la donna condannata a morte vive il tormento della propria morte in modo più grave rispetto alla morte del feto, stante l'insicurezza in ordine alla nascita e alla vita di quest'ultimo: vi sarà, quindi, il divieto di un rinvio ingiustificato del processo (o

¹⁰² Rashí a Sanhedrin, 72b; si veda anche il commento di A. Enker, Tre sistemi per spiegare il razionale della legittima difesa nel Diritto Ebraico, in *Pilim*, 2, 1991 (in ebraico); brani di tale articolo sono riportati anche da E. Shochetman (a cura di), *Diritti del cittadino*, 7, Gli aborti provocati, s.d.pp. 13 ss.(in ebraico); v. anche D. Frimer, *The right of self-defence and abortion in Maimonides as Codifier of Jewish Law* (ed. N.RAKOVER), Jerusalem, 1987, pp. 195 ss., in particolare pp. 210 ss. Frimer traduce *nefesh con being*. Secondo alcune autorità anche se la maggior parte del feto è venuta alla luce, la stessa madre (ma non un terzo) può salvare la propria vita provocando la morte del feto/neonato (così il grande commentatore Meiri, il cui commento talmudico si trova in manoscritto alla biblioteca Palatina a Parma).

¹⁰³ Moshe ben Maimon, detto anche Rambam (dall'abbreviazione del suo titolo e nome in ebraico), più noto in Italia come Mosè Maimonide, (Cordova, 1138 – Il Cairo, 12 dicembre 1204), è stato un filosofo, rabbino e medico spagnolo.

¹⁰⁴ Maimonide, M.T. *Hilchot Rozeach* (regole sull'omicida) 1:9; l'opinione del Maimonide sarà seguita da R. Joseph Caro nel *Schulchan Aruch*, Ch.M. 425:2; riportiamo il testo del Maimonide in traduzione inglese: "This too is a Divine command in a negative form: that one must not have compassion on the soul of the rodef. Therefore the Rabbis taught that if a pregnant woman is in difficult childbirth it is permitted to cut up the embryo in her womb, whether by potion or by instrument in the hand, because it is as if it were a rodef after her to kill her. But once his head has been delivered, one may not harm it, since we do not set aside one soul for the sake of another as this is nothing more than the natural way of the world." La posizione del Maimonide ha destato lunghissime discussioni: fra l'altro si è cercato di arrivare a spiegare una certa incoerenza interna fra la prima e l'ultima parte del passo. Si veda anche il commento di A. Enker, "Tre sistemi per spiegare il razionale" op. cit. Può essere interessante notare come il problema della legittima difesa sia stato trattato anche dal Papa Pio XI nell'Enciclica *Casti Connubii*, paragrafo 64; il Papa respinge la possibilità di usufruire di questo argomento, in base alla concezione che l'embrione sia da considerare in tutto come una persona umana. v. anche D. Frimer, "The right of self-defence and abortion" op. cit. p. 215.

¹⁰⁵ 1:4. Cfr. anche V. Aptowitz, *La posizione del feto nel diritto penale ebraico*, op. cit.; E.E.Urbach, *The Sages. Their concepts and Beliefs*, Jerusalem, 1979, pp. 242 ss.e 794 ss.



sentenza), *i innui din*, che viene causato quando si rinvia l'esecuzione, facendo soffrire al condannato pene inutili.

Per l'impostazione talmudica la spiegazione risiederebbe nell'interpretazione del seguente versetto: "Quando venga trovato un uomo che giaccia con una donna sposata, moriranno anche i due"¹⁰⁶, ove i "due" si intendono la donna con il proprio embrione.

Alla luce delle espresse divergenze di opinioni fra Rashì e Maimonide appaiono, quindi, evidenti le ripercussioni fra gli odierni decisori.

L'impostazione di Rashì, pertanto, ammetterà l'aborto anche in particolari casi riguardanti le condizioni dell'embrione o del feto e non direttamente la madre, a differenza dell'impostazione molto più rigorosa del Maimonide che ammetterà l'aborto in una serie molto più limitata di casi.

Talune autorità rabbiniche permettono, quindi, l'aborto o solo in caso di pericolo per la vita della madre¹⁰⁷ o qualora si possa aiutare la madre a sopravvivere¹⁰⁸ o "anche per alleviare le gravi sofferenze causate dal feto alla madre"¹⁰⁹.

Nella medesima direzione si pone la posizione del Rav Meir H.Uzhiel secondo cui, qualora non vi sia un valido motivo, l'aborto è proibito, ma le autorità rabbiniche potranno prestarvi il consenso anche per ragioni meno gravi del pericolo di vita¹¹⁰.

Nel caso, poi, di un embrione che sarà considerato mamzhèr (figlio adulterino) o nel caso di una gravidanza extramatrimoniale, alcune autorità rabbiniche hanno ritenuto l'aborto permesso nel primo caso e proibito nel secondo¹¹¹.

Alla luce delle suesposte considerazioni appare evidente, nella tradizione ebraica, il costante riferimento al principio della santità della vita espresso nella Bibbia con il comando: "scegli la vita"¹¹².

Da ciò ne discende il comandamento biblico "Non uccidere". Più specificamente il verso principale secondo il quale la tradizione ebraica basa il divieto di aborto è: "Così pure chiederò conto del vostro sangue, della vostra vita; a qualsiasi animale ne chiederò conto. Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine propria"¹¹³.

¹⁰⁶ Deut., 22:22

¹⁰⁷ Maimonide, M.T.Hildot Rozeach, 1:9; Schulchan Aruch, Ch.M. 425:2

¹⁰⁸ Responsa Maharit, pt.I n.97 e 99, su cui si veda G.B.Halibard, Abortion op.cit. p.153 nt.58.

¹⁰⁹ Responsa Seeelàt Yavez, 1:43 di R. Jaakov Emden.

¹¹⁰ Mishpeté Uzhiel, 3:46 e 47..

¹¹¹ In questa posizione si veda R.J.Emdin (1698-1776), importante saggio ashkenazita del XVIII secolo, nel suo libro di Responsa Sheelàt Yavez, 1:43. Tale risposta è stata studiata ed accolta dal Rav Eliezer Jehudà Waldenberg, Responsa Ziv Eliezer 9:51 sostenendo che in tal caso l'elemento per permettere l'aborto si trova nella necessità di agire per il bene della madre, per salvarla dalla vergogna dell'adulterio: non vi è maggior dolore per una donna che si è pentita del suo malfatto di avere sempre davanti a sé il frutto del suo adulterio, in condizione di mamzher. Per tale motivo il decisore è disposto a permettere l'aborto anche quando la donna è stata violentata. V. anche N. RAKOVER, Human Dignity in Jewish Law, Jerusalem, 1998, p. 136

¹¹² Deut. 30:19.

¹¹³ Gen. 9:6.



Il Rav Lichtenstein si è espresso a tal proposito parafrasando le parole di Byron:
agiamo in questo modo non per mancanza di amore verso la madre, ma per maggior amore
verso il nascituro.

7. Nonostante il preminente ruolo della famiglia all'interno della tradizione ebraica, sia la Bibbia che la legislazione rabbinica successiva non definiscono con precisione l'istituto dell'adozione, *Immu'tz*.

Nella Bibbia, il primo caso riferibile all'adozione lo si rinviene nella storia di Mose' che la figlia del Faraone prende con se', crescendo come egiziano nella corte faraonica e ricevendo anche un rango principesco : "il bambino crebbe [dopo l'allattamento] e [Jocheved] lo porto' alla figlia del Faraone e fu per lei come figlio"¹¹⁴.

Altro caso e' nella storia di Ester¹¹⁵: di Mordechai e' detto che "allevava (*wajbi ome'n*) Hadassa', cioe' Ester figlia di suo zio, perche' non aveva padre e madre ... e quando le erano morti il padre e la madre Mordechai *se l'era presa come figlia*"¹¹⁶.

V'è da rilevare che i termini "tecnici" collegati all'adozione, rinvenibili nei due brani sono: il verbo *omn*, che indica l'allevamento, e il prendersi, o l'essere per qualcuno come figlio¹¹⁷.

Atteso che lo status di un individuo, ebreo, si acquisisce al momento della nascita, appare chiaro che, a differenza degli altri sistemi giuridici, il rapporto atto di adozione non puo' cancellare il rapporto giuridico naturale: un ebreo che adotta un bambino di nascita non ebraica non gli conferisce automaticamente con l'adozione la condizione di ebreo.

Se il padre è cohen¹¹⁸ e si unisce con una donna a lui consentita, il figlio è cohen e se anche viene adottato in una famiglia di ebrei non sacerdoti, non perde per questo la

¹¹⁴ Esodo 2:10

¹¹⁵ Ester è la figlia di Abicail (cfr. Ester 2,15) della tribù di Beniamino, una delle due tribù che costituivano il Regno di Giuda prima della sua distruzione da parte dei babilonesi e la deportazione, nel 597, dell'élite del regno nelle province dell'impero persiano.

Alla morte dei genitori è adottata dal cugino Mordechai il quale occupa una funzione amministrativa nel palazzo reale a Susa. Avendo sentito che il re Assuero (normalmente identificato con il re persiano Serse) cerca una nuova sposa, Mordechai fa partecipare la cugina Ester alle selezioni. Ester viene scelta e diventa la sposa di Assuero (cfr. Ester 2,1-18).

¹¹⁶ Ester 2:7

¹¹⁷ Queste espressioni si rinvencono anche in altri episodi biblici: in *Genesi 48:5*, Giacobbe rivendica come suoi figli Efraim e Menashe', figli di Giuseppe (*li hem*, "sono miei"), conferendo loro gli stessi diritti ereditari degli altri figli di Giacobbe; in *Ruth 4:16-17* Naomi prende il primogenito di Ruth, già sua nuora, se lo pone in seno, e ne diventa l'allevatrice (*natehi lo leomeneth*), e le vicine dicono "e' nato un figlio a Naomi". Si noti come in questi due ultimi casi le madri naturali (Asenath l'egiziana, moglie di Giuseppe e Ruth la moabita) non sono ebreo di nascita, per cui questa sorta di adozione giuridica puo'essere intesa anche come una forma di integrazione nell'Ebraismo della prole.

¹¹⁸ Cohen è un ebreo discendente da Aronne e perciò dotato di particolari funzioni sacerdotali.



condizione sacerdotale; così anche se un cohen adotta un ebreo normale, non può conferirgli la discendenza sacerdotale

Il riconoscimento dell'identità naturale, necessaria soprattutto per impedire possibili unioni incestuose, è, pertanto, sintomatico del bisogno di tutela del legame familiare originario.

L'adozione è preliminarmente da considerarsi un fenomeno sociale, preesistente al diritto: è l'assunzione di un'altra persona come figlio, con la definitività e totalità propria del rapporto di filiazione.

L'istituto dell'adozione¹¹⁹ ha trovato un primo efficace riconoscimento nel nostro ordinamento a partire con la legge 431/1967, anche nota come legge sull'adozione speciale, specificatamente diretta ad assicurare la protezione dei minori di età inferiore agli 8 anni e a soddisfare il loro interesse, prevedendo che questi siano inseriti in una famiglia.

Con l'approvazione, poi, della legge 184/1983, recante norme in materia di adozione ed affidamento, successivamente sottoposta ad un processo di sostanziale revisione ad opera della l. 28 marzo 2001, n. 149, sono stati fatti importantissimi passi avanti nel cammino diretto al passaggio dalla tutela dell'interesse degli adulti a quella del preminente interesse del minore: essa ha, infatti, esteso a tutti i minori di 18 anni le disposizioni dell'adozione prima chiamata "speciale".

Da una lettura sistematica del testo appare evidente il riconoscimento della centralità dei diritti, degli interessi e dei bisogni del bambino, assumenti una connotazione meramente sociale e non più privatistica.

L'art. 6 della l. 28 marzo 2001, n. 149 stabilisce che “ l'adozione è consentita ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i quali non deve sussistere, e non deve essere avvenuta negli ultimi tre anni separazione personale, neppure di fatto. I coniugi devono essere affettivamente idonei a educare, istruire e in grado di mantenere i minori che intendono adottare. L'età degli adottati deve superare di almeno 18 anni e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando...”.

Ulteriore requisito della coppia disponibile all'adozione è che gli adottanti devono essere idonei a educare e istruire, e in grado di mantenere i minori che intendono adottare.

¹¹⁹ I principali riferimenti normativi per il nostro ordinamento in materia di adozione sono: "Nuovi criteri di autorizzazione per gli enti", supplemento Ordinario n. 271 della G.U. n. 289 dell'11 dicembre 2008, deliberazione del 28 ottobre 2008; "Regolamento recante riordino della Commissione per le adozioni internazionali", Decreto Presidente della Repubblica n. 108 dell'8 giugno 2007; "Modifica alla Legge del 4 maggio 1983, n. 184 recante Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", Legge n. 149 del 28 marzo 2001; "Testo unico anno 2001 delle disposizioni legislative in materia di tutela e di sostegno della maternità e della paternità", D.lgs. 151 del 26 marzo 2001; "Regolamento anno 1999 recante norme per la costituzione, l'organizzazione e il funzionamento della Commissione per le adozioni internazionali", D.P.R. n. 492 del 1 dicembre 1999; "Ratifica 1998 ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993. Modifiche alla legge 4 maggio 1983", n. 184, in tema di adozione di minori stranieri. Legge n. 476 del 31 dicembre 1998; "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori". Legge n. 184 del 4 maggio 1983.



Tale punto viene verificato dal Tribunale per i minorenni di competenza tramite i servizi socio-assistenziali degli Enti locali.

A ben vedere, l'adozione rappresenta un'esperienza riparativa delle carenze legate alle condizioni di vita con i nuclei familiari d'origine o a seguito del collocamento in istituto.

Il bambino, infatti, è dichiarato adottabile solo quando tutti i tentativi di mantenerlo all'interno del proprio contesto familiare, affettivo e sociale si sono dimostrati insufficienti.

Nell'ottica ebraica, l'adozione di un bambino che non ha genitori, o che è stato abbandonato dai suoi genitori è considerata una *Mitzvah*: l'istituto dell'adozione, infatti, è stato diffuso, soprattutto come forma di protezione sociale nei confronti di bambini della comunità rimasti orfani.

Pertanto, da un punto di vista etico, l'adozione di un bambino, orfano o abbandonato, è considerato un atto molto nobile; e "chi alleva un orfano in casa sua è come se l'avesse procreato": ne discende, quindi, secondo il Talmud, che colui che alleva un orfano è considerato, secondo la scrittura, come suo padre.

Nell'Ebraismo le persone vengono indicate prima di tutto con il patronimico e, pertanto, in virtù del principio etico che assimila il padre adottivo al padre naturale, la persona adottata potrà, nelle manifestazioni pubbliche (come la salita a Sefer) essere chiamata col patronimico dell'adottante. Nei documenti ufficiali più riservati, invece, come la *Ketubba'*, il contratto nuziale, si usa generalmente aggiungere al patronimico adottivo la dizione *hamegadl*, "che lo fa crescere".

Nel caso in cui, invece, il bambino adottato è di nascita non ebraica, sarà compito dei genitori farlo diventare ebreo: la procedura è quella del *Ghiur* (conversione), preceduta per i maschi dal *Brith Milah* (circoncisione).

Tuttavia, solo al momento della maturità, fissata in tredici anni per i maschi e dodici per le femmine, vi potrà essere una completa adesione all'ebraismo.

Per ciò che concerne l'adozione da parte di un single, occorre far riferimento alla normativa Halachica che regola l'affidamento dei figli in caso di divorzio (*Gheth*).

Il principio generale prevede che le figlie minori rimangono con la madre, e i figli minori restano con la madre fino a 6 anni, e poi vanno con il padre.

La giustificazione di tale regola risiede nel presupposto che in età minore, e soprattutto fino a 6 anni i figli abbiano più bisogno della figura materna. Dopo i 6 anni, per i maschi, il principio, invece, si basa sulla necessità dell'educazione religiosa da parte del padre su cui grava il relativo onere.

Atteso che, per la tradizione ebraica, l'ideale adottivo è sempre riferito ad una coppia di genitori ebrei sposati ed ebraicamente in armonia, ne discende che la maggioranza delle autorità rabbiniche proibisce la pratica della adozione al di fuori della coppia eterosessuale sposata ebraicamente.

Per completezza espositiva, è possibile, infine, ricorrere all'adozione internazionale, il cui scopo è quello di dare una famiglia ad un bambino per il quale non sia stato possibile trovarne una idonea nello Stato d'origine.



La notevole migrazione di bambini ha fatto sorgere una serie di problemi collegati sia alle non poche difficoltà che essi incontrano ad inserirsi in una cultura diversa da quella di origine, sia al frequente rischio di loro compravendita per la povertà e l'incuria in cui versano nei Paesi d'origine: la Convenzione dell'Aja¹²⁰, ratificata in Italia con la legge 476/1998, ha inteso ovviare a questi problemi¹²¹.

Più specificamente, la consapevolezza che solo con un sistema concordato potesse fare in modo che l'adottando e l'adottato fossero tutelati e che venissero ridotte le occasioni di conflitto tra le varie legislazioni ha spinto sia gli Stati di origine del minore sia quelli dove i minori andranno a vivere a porre in essere uno strumento internazionale che prevede controlli di vertice in ciascuno stato sulle adozioni internazionali.

I principi ispiratori della Convenzione dell'Aja, di concerto con la Convenzione di New York del 1989, ratificata in Italia con la legge n. 176/1991, riconoscono: l'importanza per il minore di vivere nella propria famiglia; l'ambiente familiare come luogo più favorevole per la crescita del bambino e lo sviluppo della sua personalità; la centralità dell'interesse dei minori.

Con la Convenzione dell'Aja, gli Stati firmatari si impegnano a designare un'Autorità Centrale incaricata di svolgere i compiti che le sono imposti dalla Convenzione: in Italia opera la Commissione per le Adozioni Internazionali (CAI). Le autorità competenti dello Stato di origine del minore devono preliminarmente accertare lo stato di adottabilità del minore e devono aver vagliato la possibilità che potesse essere adottato o affidato nello Stato di origine. Devono, poi, anche verificare che l'adozione internazionale sia per il minore nel suo superiore interesse¹²².

Il recepimento della Convenzione dell'Aja nell'ordinamento giuridico nazionale, ha, quindi, segnato un mutamento di prospettiva di grande portata nella concettualizzazione del principio del superiore interesse del minore, l'art.24 della Convenzione prevede, infatti, che "il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto del superiore interesse del minore."

¹²⁰ CAA; RS 0.211.221.311

¹²¹ Lamberto Sacchetti, *Il nuovo sistema dell'adozione internazionale: legge 31 dicembre 1998, n. 476*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 1999.

¹²² L'articolo 4, comma C in particolare recita: " 1. che le persone, istituzioni ed autorità, il cui consenso è richiesto per l'adozione, sono state assistite con la necessaria consulenza e sono state debitamente informate sulle conseguenze del loro consenso, in particolare per quanto riguarda il mantenimento o la cessazione, a causa dell'adozione, dei legami giuridici fra il minore e la sua famiglia d'origine; 2. che tali persone, istituzioni ed autorità hanno prestato il consenso liberamente, nelle forme legalmente stabilite e che questo consenso è stato espresso o attestato per iscritto; 3. che i consensi non sono stati ottenuti mediante pagamento o contropartita di alcun genere e non sono stati revocati; 4. che il consenso della madre, qualora sia richiesto, sia stato prestato solo successivamente alla nascita del minore;"