



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA IN

GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Istituzioni di Diritto Privato

“I PROBLEMI GIURIDICI DELLA

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA”

Relatore:

Chiarissimo Prof. Mauro Grondona

Candidata:

Martina Bregante

Anno Accademico: 2022/2023



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA IN

GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Istituzioni di Diritto Privato

“I PROBLEMI GIURIDICI DELLA

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA”

Relatore:

Chiarissimo Prof. Mauro Grondona

Candidata:

Martina Bregante

Anno Accademico: 2022/2023

A Nonno Lino, spero che tu mi stia guardando ...

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. I PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA MATERIA E L'AVVENTO DELLA LEGGE 40/2004

§ 1. La procreazione medicalmente assistita: definizione e finalità.....	3
§ 2. Nozioni scientifiche in tema di PMA: le tecniche principali.....	5
§ 3. Nascita e sviluppo della PMA: un nuovo modo di procreare.....	6
§ 4. I diritti fondamentali in tema di procreazione medicalmente assistita.....	10
§ 5. Il diritto della persona a procreare e fondare una famiglia: fondamenti costituzionali e internazionali.....	12
§ 6. Il diritto di procreazione artificiale e la tutela del diritto alla salute della donna.....	14
§ 7. Il superiore interesse del minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali.....	17
§ 8. Segue: riflessioni sulla procreazione medicalmente assistita <i>post mortem</i>	28
§ 9. Le fonti nell'ordinamento italiano sulla PMA: legislazione e giurisprudenza antecedente al 2004.....	31
§ 10. L' <i>iter</i> parlamentare e l'avvento della Legge 40/2004.....	34
§ 11. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2005 e le conseguenze.....	39

CAPITOLO II

LA LEGGE 40/2004. TECNICHE E REQUISITI DI ACCESSO ALLA PMA

§ 1. L’embrione umano: definizione scientifica, soggettività, capacità giuridica. I residui divieti imposti a tutela dell’embrione.....	43
§ 2. Le indagini genetiche preimpianto.....	49
§ 3. La fecondazione di I livello: inseminazione intra-uterina (IUI)	54
§ 4. La fecondazione di II livello: FIVET e ICSI.....	55
§ 5. La fecondazione di III livello: la GIFT, la ZIFT, la PROST e la TET.....	56
§ 6. L’accesso alle tecniche di PMA: i requisiti oggettivi.....	57
§ 7. Segue: i requisiti soggettivi.....	59
§ 8. Fecondazione omologa ed eterologa: nozione e disciplina.....	62
§ 9. La procreazione, una questione di responsabilità: l’art. 9 della L. 40/2004.....	64
§ 10. Segue: la rilettura costituzionale della Legge 40/2004 alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale n. 151/2009 e 162/2014.....	66
§ 11. Il divieto di maternità surrogata nell’ordinamento italiano: il c.d. “utero in affitto”.71	
§ 12. Segue: Corte Costituzionale, sentenza n. 272/2017.....	77
§ 13. Il divieto di fecondazione assistita per le coppie dello stesso sesso.....	78

CAPITOLO III

L’ESPERIENZA DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA NEGLI ALTRI PAESI

EUROPEI: LEGISLAZIONI A CONFRONTO

§ 1. Premessa.....	83
§ 2. La PMA negli ordinamenti di <i>civil law</i> : i modelli di Germania, Francia e Spagna.....	83

§ 3. Segue: le tecniche di PMA negli ordinamenti giuridici di <i>common law</i> : l'esperienza della Gran Bretagna.....	88
CONCLUSIONI.....	92
BIBLIOGRAFIA.....	93

INTRODUZIONE

Il presente elaborato affronta l'articolata questione della procreazione medicalmente assistita, disciplinata in Italia mediante la L. n. 40/2004, punto di arrivo di un lungo e complesso dibattito, che ha caratterizzato il Novecento italiano, all'interno del quale hanno trovato spazio riflessioni e valutazioni di diversa natura, sia medica, sia etico-morale, sia religiosa, sia giuridica.

La questione della PMA è stata in grado di originare, nel panorama italiano, un dibattito senza eguali, al quale hanno preso parte medici, studiosi di ogni branca del sapere, giuristi, esponenti del clero e, in generale, il corpo sociale, che ha partecipato attivamente ad ogni fase e a ogni progresso della materia in esame.

In particolare, il momento cruciale, che ha consentito al dibattito sulla PMA di progredire e di culminare con la promulgazione di un'apposita legge in materia, è stato quello coincidente con il riconoscimento della sterilità, quale patologia comune e diffusa, non più questione intangibile, bensì affrontabile e, soprattutto, rimediabile mediante le nuove tecniche offerte dalla medicina della riproduzione.

Come si evince dalla rassegna dei quotidiani di maggior rilievo dell'epoca, la questione inerente la fecondazione artificiale ha determinato una profonda scissione all'interno del nostro Paese tra chi valutava positivamente la suddetta innovazione e chi la condannava sulla base di diverse argomentazioni, tra le quali prevalevano quelle di matrice religiosa ed etico-morale.

In proposito, infatti, venne proposto un quesito referendario finalizzato all'abrogazione integrale della L. n. 40/2004, che, tuttavia, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile onde evitare il ricrearsi di un eventuale *vulnus* normativo in materia.

Gli interventi normativi sul tema sono stati numerosi e hanno condotto ad una significativa riscrittura del testo originario della L. n. 40, soprattutto a seguito delle pronunce di legittimità costituzionale di cui alle sent. nn. 151/2009 e 162/2014.

Tenuto conto della rilevanza del tema, nella dissertazione si è ritenuto opportuno effettuare anche un raffronto tra disciplina italiana e discipline normative che caratterizzano il panorama europeo, analizzandone gli strumenti e le tecniche dirette ad affrontare i diversi aspetti propri della procreazione medicalmente assistita.

CAPITOLO I

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

I PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA MATERIA E L'AVVENTO DELLA LEGGE 40/2004.

§ 1. La procreazione medicalmente assistita: definizione e finalità; § 2. Nozioni scientifiche in tema di PMA: le tecniche principali; § 3. Nascita e sviluppo della PMA: un nuovo modo di procreare; § 4. I diritti fondamentali in tema di procreazione medicalmente assistita; § 5. Il diritto della persona a procreare e fondare una famiglia: fondamenti costituzionali e internazionali § 6. Il diritto di procreazione artificiale e la tutela del diritto alla salute della donna; § 7. Il superiore interesse del minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali; § 8. Segue: riflessioni sulla procreazione medicalmente assistita *post mortem*; § 9. Le fonti nell'ordinamento italiano sulla PMA: legislazione e giurisprudenza antecedente al 2004; § 10. L'*iter* parlamentare e l'avvento della Legge 40/2004; § 11. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2005 e le conseguenze.

§ 1. *La procreazione medicalmente assistita: definizione e finalità*

La disciplina relativa alla filiazione contenuta nel codice civile si costruisce e trova forma intorno alla tradizionale idea secondo la quale la nascita di un figlio sia la naturale conseguenza di un rapporto fisico tra due soggetti di sesso diverso¹.

Da ormai alcuni decenni, tuttavia, il progresso della medicina ha consentito di approdare alla procreazione medicalmente assistita (c.d. “PMA”), termine mediante il quale si identifica quel corposo complesso di tecniche inerenti la riproduzione umana, che implica un intervento artificiale sui gameti, al fine di instaurare una gravidanza.

Là dove, dunque, il concepimento umano viene indotto con l’ausilio di apposite tecniche e strumenti, prescindendo da un rapporto sessuale tra i membri della coppia, si configura la procreazione artificiale.

Generalmente ricorrono a queste pratiche quelle coppie che siano impossibilitate a generare un figlio autonomamente a causa di problemi di infertilità o sterilità: termini spesso utilizzati impropriamente, che indicano invero due condizioni differenti.

L’infertilità² è da intendersi come l’incapacità di concepire naturalmente dopo 12 mesi di rapporti sessuali non protetti, ovvero posti in essere senza l’ausilio di appositi sistemi anticoncezionali.

La sterilità, invece, come emerge dall’accezione ad essa attribuita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), indica una patologia più grave, che può affliggere un solo membro della coppia o entrambi, e consiste nell’incapacità permanente di procreare (sterilità primaria) o nell’incapacità di concepire un secondo figlio (sterilità secondaria). Infertilità e sterilità costituiscono un problema attuale e di vaste proporzioni, che, secondo quanto sostenuto dagli esperti, va progressivamente diffondendosi, quasi come una patologia sociale.

Secondo gli studi dell’Istituto Superiore di Sanità (ISS), si stima che in Italia circa il 15% delle coppie sia infertile, per ragioni imputabili in egual misura all’uomo e alla donna: si

¹ Cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 2017 (3^a ed.), p. 323 e ss.

² Cfr. AA.VV., *Criteri di appropriatezza strutturale, tecnologica e clinica nella prevenzione, diagnosi e cura delle patologie andrologiche*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 13, Gennaio-Febrero, 2012, p. 120 e ss.

tratta di ragioni che possono dipendere da fattori ambientali, specialmente nella fase iniziale della vita (dallo sviluppo intrauterino all'adolescenza), causando poi in età adulta non solo infertilità, ma anche patologie andrologiche e ginecologiche di vario tipo.

E ancora: l'infertilità può essere cagionata dall'esposizione ad agenti chimici detti interferenti endocrini (pesticidi, antiparassitari, additivi e conservanti di prodotti industriali), che incidono sul sistema riproduttivo.

La fertilità risulta, altresì, fortemente influenzata dall'età, fattore determinante per quanto concerne l'infertilità della donna, in quanto le cellule riproduttive femminili, gli ovociti, diminuiscono a livello numerico già a partire dai 32 anni, e diventano meno efficienti, con più elevate probabilità di manifestare problemi genetici postumi³.

Queste patologie, infertilità e sterilità, rappresentano i presupposti per poter legittimamente fruire delle pratiche di PMA, ma anche le coppie consapevoli di essere portatrici di malattie genetiche possono accedervi, aspirando così alla generazione di un figlio sano.

Come emerge dalla relazione annuale 2022, trasmessa dal Ministero della Salute al Parlamento circa lo stato di attuazione della legge sulla PMA (ovvero la L. n. 40/2004, di cui si parlerà diffusamente in seguito) con riferimento all'anno 2020 e ai finanziamenti stanziati nel 2021, si riscontra che i centri italiani attivi in materia sono stati 332, di cui 101 pubblici, 20 privati convenzionati e 211 privati.

Detti centri si trovano prevalentemente in cinque regioni: Lombardia, Campania, Veneto, Lazio e Sicilia, e tra queste la Lombardia presenta la maggiore attività, pari al 22,7% del totale.

Le coppie trattate nel periodo di riferimento sono state 65.705, in diminuzione rispetto all'anno precedente: i cicli iniziati sono pari a 80.099 (70.820 con gameti della coppia, 9.279 con gameti donati), i bambini nati vivi sono 11.305 (9.158 da gameti della coppia, 2.147 da gameti donati), numero in diminuzione del 20.2% rispetto all'anno precedente, che va a rappresentare il 2.8% del totale dei bambini nati nel 2020, come confermato dai dati ISTAT.

³ <https://www.iss.it/fattori-ambientali-e-stili-di-vita-che-influiscono-sulla-fertilita> (consultato in data 30 marzo 2023).

La notevole diminuzione dei cicli (-19.1%) è da imputarsi all'avvento della pandemia da Covid-19⁴, che ha determinato restrizioni conseguenti all'applicazione dei protocolli per il contenimento dell'infezione.

Il settore della PMA si presenta come estremamente vasto, ne fanno parte molteplici trattamenti, farmacologici, chirurgici o misti, tutti accomunati dal fatto che i gameti vengono trattati al fine di innestare il processo riproduttivo.

Come emerge dalle Linee guida⁵ relative alla L. n. 40/2004, le tecniche di PMA sono applicate sulla base di due principi cardine: la gradualità e il consenso informato.

Quanto alla gradualità, è previsto che spetti al medico competente, secondo scienza e coscienza, stabilire la gradualità delle tecniche, optando per quelle meno invasive, e meno onerose, tenendo conto dell'età dei soggetti coinvolti e del quadro clinico di riferimento (problematiche specifiche, presumibili cause di infertilità e sterilità, rischi connessi alle singole tecniche, sia per la donna, che per il concepito).

Per quanto concerne il consenso informato, invece, in applicazione dell'art. 6 della L. n. 40/2004, sia anteriormente, cioè prima dell'effettivo ricorso alle tecniche, che durante tutta la procedura, il medico competente sarà tenuto ad informare dettagliatamente i soggetti coinvolti su tutti gli aspetti sia sanitari, sia psicologici, sia economici, nonché giuridici, derivanti dall'utilizzo delle pratiche di PMA.

§ 2. *Nozioni scientifiche in tema di PMA: le tecniche principali*

Le singole tecniche di PMA verranno dettagliatamente descritte in seguito, ma occorre preliminarmente individuare alcune fondamentali distinzioni, come quella intercorrente tra inseminazione artificiale di tipo eterologo (AID: *Artificial Insemination Donator*) e inseminazione artificiale di tipo omologo (AIH: *Artificial Insemination Homologous*).

Nell'ipotesi di inseminazione artificiale omologa il materiale biologico che viene utilizzato appartiene alla coppia stessa che decide di avvalersi e sottoporsi a queste

⁴ *Relazione del Ministero della salute al parlamento sullo stato di attuazione della Legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 Febbraio 2004, n. 40, art. 15)*, Roma, Settembre 2022, p. 7.

⁵ *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n. 161 del 14 Luglio 2015, p. 111 e ss.

tecniche, con la diretta conseguenza che il concepito presenterà lo stesso patrimonio genetico dei genitori; diversamente, nell'ipotesi di inseminazione eterologa è previsto il contributo di una persona terza, al di fuori della coppia, donatrice di gameti, più frequentemente maschili, talvolta però anche femminili.

Altra tecnica di PMA della quale occorre fare preliminarmente menzione è quella della surrogazione, la quale comporta una collaborazione procreativa da parte di una donna estranea alla coppia.

All'interno di questa ampia categoria si riscontrano almeno tre diversi fenomeni: la donazione di ovocita, la locazione d'utero e la maternità surrogata vera e propria⁶.

Infine, di importanza basilare è anche l'ulteriore distinzione che contrappone le tecniche inerenti la fecondazione intracorporea a quelle di fecondazione extracorporea.

Nel primo caso, il processo di fertilizzazione e le fasi iniziali dello sviluppo dell'embrione si verificano all'interno del corpo della donna: rientrano in questa categoria l'inseminazione intrauterina (IUI, *Intra-Uterine Insemination*) e la GIFT (*Gamete IntraFallopian Transfer*); mentre per quanto concerne le tecniche di fecondazione extracorporea, il *modus operandi*, come si vedrà meglio in seguito, è decisamente più complesso, rientrando tra queste la FIVET (*Fertilisation In Vitro and Embryo Transfer*) e la ICSI (*IntraCyttoplasmic Sperm Injection*).

§ 3. *Nascita e sviluppo della PMA: un nuovo modo di procreare*

La procreazione medicalmente assistita è una pratica ormai da decenni largamente applicata nei sistemi sanitari di moltissimi paesi: sono chiamati "i figli della provetta"⁷ tutti quei bambini venuti al mondo a seguito della nascita di Louise Joy Brown, prima bambina generata grazie a fecondazione in vitro, nata il 25 luglio 1978 a Oldham, in Inghilterra.

⁶ Cfr. G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, Biotecnologia e procreazione*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 215. Si veda poi R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 153.

⁷ Cfr. I. RAUTI, *I figli della provetta*, in *Questioni di bioetica. La sterilità e la procreazione medicalmente assistita*, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1997, p. 12.

Questo evento ha determinato l'inizio di una nuova era nel settore della procreazione, e in Italia ha suscitato reazioni differenti, come si evince eseguendo una rassegna di alcuni tra i quotidiani più conosciuti dell'epoca: Adriano Buzzati Traverso, genetista e biofisico italiano, ricordato come una delle personalità scientifiche più rilevanti del Novecento, sul *Corriere della sera* palesava la sua grande ammirazione per quanto accaduto con queste parole: «La medicina ha ancora compiuto un passo avanti: non riesco a comprendere come si possano risvegliare preoccupazioni teologiche, etiche o legali. Purtroppo, molte persone colte di questo scorcio di XX secolo sono tuttora vittime della irrazionale "sacralità" di tabù d'antichissima origine. Il sacerdote o lo stregone che influenzano il comportamento sessuale dei loro simili lo fanno perché consapevoli del potere che essi possono così esercitare: per questo motivo gli studi biologici sui meccanismi di riproduzione della nostra specie sono tuttora arretrati rispetto ad altri campi della fisiologia. Gli altri-pubblicisti, commentatori, specialisti di comunicazione-troppo spesso addobbano la notizia con aure di mistero, con oscure formulazioni, con truculente interpretazioni, con catastrofiche profezie. Forse credono di vendere così più facilmente la loro merce»⁸.

Ad eccezione di Buzzati, che aveva esplicitamente valutato con grande positività l'evento, molti più numerosi erano i pareri di segno contrario, frutto di perplessità e timori di vario genere, come emergeva dal *Giornale* di Indro Montanelli, all'interno del quale Geno Pampaloni, illustre critico letterario di formazione cattolica, si esprimeva in questi termini: «E se nella provetta si volessero programmare gli uomini alfa o altri tipi di selezionati prodotti umani, sovvertendo il misterioso equilibrio della natura, condizione e limite della nostra libertà? E se, portando l'ipotesi nel fondo dei disegni più nefandi, un nuovo Hitler ordinasse che alle donne ebreo fossero iniettate uova fecondate di donne ariane, attuando un raffinato e lento genocidio razziale?»⁹.

Anche *la Repubblica* esprimeva una dura critica nei confronti della nuova conquista scientifica, ironizzando sul fatto che Hitler avrebbe apprezzato quella fecondazione e, più ostile ancora, *Il Tempo*, che, in prima pagina, sotto il significativo titolo "Non è lecito violare la natura" presentava il pensiero del gesuita Virginio Rotondi, pubblicista molto

⁸ Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, Net, 2005, p. 13 e ss.

⁹ Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *op. cit.*

noto dell'epoca, il quale dichiarava: «La fecondazione artificiale - anche quando non raggiunge quest'ultimo grado di aberrazione - è assolutamente e indiscutibilmente immorale. Infatti, la creazione di una nuova vita può essere frutto solo di un legittimo atto di amore nell'esercizio dei diritti coniugali. Questo adoperare siringhe e provette e le muffe e gli acidi di un laboratorio per costringere all'incontro i due elementi complementari della vita, è cosa che fa ribrezzo prima di provocare la condanna dell'etica naturale e della morale cristiana. Con tali sistemi la medicina scende al livello della veterinaria, anzi diviene qualcosa che somiglia assai alla botanica»¹⁰.

Rispetto a questi toni molto accesi, altre riviste davano conto di un'opinione più sobria, come il quotidiano cattolico *Avvenire*, in cui Dionigi Tettamanzi, cardinale e arcivescovo, poneva interrogativi che a suo avviso necessitavano di essere approfonditi, circa una possibilità di scissione tra l'esercizio della sessualità e la trasmissione della vita, prospettiva a parer suo non positiva e non in linea con il sacro vincolo del matrimonio, sede naturale dell'evento procreativo.

Anche l'*Unità* riportava opinioni più moderate, come quella del genetista pisano Nicola Loprieno, il quale rifletteva circa il fatto che il successo di quelle nuove pratiche in futuro sarebbe dipeso dal modo in cui la società ne avrebbe effettivamente fruito, essendo necessario favorire un *modus* inclusivo, vale a dire rendendole possibili e accessibili per tutti.

Nonostante le molteplici critiche, le perplessità, le obiezioni, sia di matrice scientifica, sia etico-morale, nel corso degli anni Ottanta le tecniche di PMA hanno iniziato a diffondersi e l'opinione pubblica ha visto un notevole cambiamento, assumendo un tono più positivo e fiducioso nei confronti di esse.

Questo mutamento è da imputarsi a molteplici fattori, ma due sono risultati determinanti: il primo concerne il progresso della medicina della riproduzione e l'affinamento delle tecniche di fecondazione assistita; il secondo riguarda il riconoscimento pubblico del problema della sterilità.

Con riguardo al primo fattore occorre osservare che, nel 1984, due ricercatori californiani, Ricardo Asch e José Balmaceda, misero a punto la pratica nota con l'acronimo GIFT (*Gamete IntraFallopian Transfer*), la quale si basava su un concetto semplice, facilmente

¹⁰ Cfr. C. FLAMIGNI, M. MORI, *op. cit.*

comprensibile per tutti: separati da una bolla d'aria, i gameti, intendendosi per essi sia spermatozoi che ovociti, venivano inseriti in un catetere e in seguito introdotti nelle salpingi¹¹ mediante laparoscopia.

I due ricercatori californiani non si limitarono ad illustrare la loro proposta al mondo scientifico, ma la sottoposero anche al Vaticano e ai suoi bioeticisti che, tacitamente, la accettarono, tanto che in Italia venne subito messa in pratica nella Clinica ostetrica e ginecologica dell'Università Cattolica di Roma.

Questo evento ha rappresentato uno snodo fondamentale nella storia della PMA, un significativo momento di apertura rispetto alle nuove tecniche, alle quali, anche i ricercatori più dubbiosi, il corpo sociale e il clero stavano dando una possibilità.

Oltre all'inegabile progresso e avanzamento della medicina, un altro fattore è risultato fondamentale e decisivo per l'affermazione delle pratiche di fecondazione assistita: un fattore sia di carattere culturale, sia clinico, radicato nel sentire comune, quello concernente la sterilità, il cui riconoscimento pubblico come problema non solo medico, ma anche sociale, ha cambiato il tono del dibattito e le sorti della PMA.

In precedenza, il problema della sterilità era stato ignorato, o trattato in modo evasivo e reticente fino alla comune, passiva e tacita accettazione.

Al contrario, la nuova medicina della riproduzione permetteva di affrontare apertamente il problema, prospettando effettive soluzioni per i molti afflitti da quella patologia.

Ciò che emerge è un cambiamento apprezzabile non solo a livello tecnico e scientifico, ma anche sociale e culturale, in quanto si stava affermando per la prima volta un nuovo modo di concepire e di venire al mondo, ottenuto mediante una innovativa e inaspettata scissione tra sfera sessuale e sfera riproduttiva, consentendo, peraltro, il trasferimento nella dimensione pubblica di ciò che da sempre era stato ritenuto privato, intangibile, accessibile unicamente ai membri della coppia, che in una prospettiva eminentemente cattolica sono coniugi, ai quali Dio ha assegnato l'importante compito di procreare.

¹¹ La parola "salpingi" deriva dal greco "σάλπιγξ-ιγγος", che in origine designava una tromba o tuba; infatti, le salpingi sono anche dette "tube di Falloppio" o "trombe di Falloppio".

Si tratta di due condotti simmetrici che collegano ciascuna delle due ovaie con l'utero. La loro funzione è duplice: in primo luogo, permettono la migrazione dalle ovaie all'utero dell'ovulo maturo, rilasciato dal follicolo ovarico e pronto per la fecondazione; in secondo luogo, captando l'ovulo e lo spermatozoo, ne permettono l'incontro, dando luogo alla fecondazione.

Per una maggiore completezza della trattazione occorre, altresì, ricordare che, ancor prima che la scienza medica introducesse questo ingente cambiamento, andando a modificare in maniera irreversibile il nesso di causalità esistente tra rapporto sessuale e riproduzione, quella relazione veniva inoltre significativamente modificata dai progressi della scienza farmaceutica: negli anni Settanta del secolo scorso, infatti, quest'ultima promuoveva una nuova tipologia di contraccezione, il cui utilizzo veniva rimesso interamente alla discrezionalità della donna, tanto da potersi parlare di "liberazione sessuale delle donne"¹², che, da quel momento in poi, avrebbero potuto decidere in totale autonomia circa la propria vita sessuale e soprattutto circa la possibilità procreativa.

§ 4. *I diritti fondamentali in tema di procreazione medicalmente assistita*

Nella più recente esperienza, numerose appaiono le occasioni di attrito, o meglio di vero e proprio scontro, originate dall'avanzamento delle conoscenze medico-scientifiche, tra vita bio-logica e vita bio-grafica, delle quali la prima è espressiva dell'essere obbligatorio per natura, mentre la seconda si concreta in una proiezione del dover essere discrezionale per cultura, ovverosia nelle scelte comunemente, (anche se non obbligatoriamente), effettuate dai consociati.

Ciò accade tanto nelle situazioni di inizio-vita, che in quelle di fine-vita, laddove il discrimine tra di esse è rappresentato dal fatto che, nel primo caso, vita bio-logica e vita bio-grafica si presentano disgiuntamente, rispettivamente in capo al concepito e alla coppia sterile/infertile o portatrice di malattie genetiche che desideri procreare, mentre, nella seconda ipotesi, si presentano congiuntamente, in capo all'individuo stesso che si trovi in una condizione di preludio alla morte¹³.

Nella procreazione medicalmente assistita si assiste al conflitto tra l'esigenza alla vita bio-logica dell'embrione e l'interesse alla vita bio-grafica, cioè l'interesse a divenire genitori e creare una famiglia da parte di quelle coppie che siano impossibilitate a

¹² F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 47 e ss.

¹³ S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne editrice, Roma, 2020, p. 13 e ss.

concepire in modo naturale, o che, seppur fertili, siano portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, e che decidano quindi di intraprendere un percorso terapeutico idoneo a superare e porre rimedio a queste problematiche.

Queste esigenze trovano riscontro e traduzione in una vastissima normativa, sia interna al nostro ordinamento, sia internazionale: la nostra Costituzione riconosce formalmente e tutela la libertà di autodeterminazione della persona, espressiva della vita bio-grafica, ai sensi dell'art. 13 Cost., concernente la libertà personale, e ai sensi dell'art. 32 Cost., che tutela il diritto fondamentale alla salute.

Per quanto concerne, invece, la vita bio-logica, non si riscontra all'interno della Costituzione un formale ed esplicito riconoscimento, diversamente da quanto previsto all'interno di altre Carte costituzionali europee (art. 2, comma 2, Costituzione tedesca, art. 24, commi 1 e 2, Costituzione spagnola, o ancora, artt. 40, commi 2 e 3, Costituzione irlandese e 11, comma 2, Costituzione del Lussemburgo).

Nella Costituzione italiana è pur sempre possibile, tuttavia, rilevare una tutela implicita della vita bio-logica, attraverso un riferimento non solo limitato all'art. 2 Cost., ma anche a tutte quelle disposizioni poste a presidio della dignità, quali gli artt. 3, 4, 36, 38. (ovverosia il principio di eguaglianza, il diritto al lavoro, il diritto ad un'equa retribuzione, ed infine il diritto del cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere al mantenimento e all'assistenza sociale), e ancora gli artt. 11, 13, commi 2 e 4, nonché 27, commi 3 e 4, con i loro variegati contenuti concernenti il rifiuto della guerra, la necessità di riserva di legge e di giurisdizione per limitare la libertà personale, il divieto di pene disumane o non finalizzate alla rieducazione del condannato, e, ovviamente, il divieto della pena di morte.

Fuoriuscendo dalla normativa costituzionale, possiamo riscontrare la presenza di molte altre disposizioni finalizzate alla tutela della vita bio-logica, come ad esempio l'articolo 5 cod. civ., che proibisce gli atti di disposizione del proprio corpo, ogni qual volta determinino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

All'interno del codice penale, si impongono all'attenzione disposizioni come quella di cui all'art. 575, concernente l'omicidio, e, ancora, le disposizioni di cui agli artt. 579, in materia di omicidio del consenziente, e 580, in materia di istigazione o aiuto al suicidio,

nella cui punibilità sono ricaduti per lungo tempo anche il suicidio medicalmente assistito o l'eutanasia attiva consensuale¹⁴.

§ 5. *Il diritto della persona a procreare e fondare una famiglia: fondamenti costituzionali e internazionali*

La riproduzione, proprio come la nascita e la morte, rappresenta un momento essenziale della vita, e non solo: essa si traduce anche in un vero e proprio bisogno dell'intera umanità, nel suo essere la premessa alla garanzia di sopravvivenza dell'intero genere umano¹⁵.

La Costituzione, in questo senso, pur riservando specifiche norme a tutela della famiglia, sede naturale dell'evento procreativo e della filiazione, sia essa frutto di un legame coniugale, o generata al di fuori del matrimonio, non prevede espressamente un diritto per il soggetto di procreare, considerandolo implicito.

Operando un'interpretazione sistematica, questo diritto risulta desumibile dagli artt. 29, 30 e 31 Cost., che, rispettivamente, tutelano i diritti della famiglia, della prole, e della maternità, che rappresentano il punto di arrivo rispetto al diritto di procreare, che si pone a monte, quale *condicio sine qua non*.

Parte della dottrina è approdata ad un vero e proprio riconoscimento del diritto di procreare, ricavato da disposizioni internazionali, assunte a parametro di costituzionalità in base all'art. 117, comma 1, Cost.

Il riferimento è: agli artt. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che prescrive il diritto per uomini e donne di sposarsi e di fondare una famiglia; 23 del Patto internazionale sui diritti civili, che innalza la famiglia a nucleo culturale fondamentale della società, prevedendo per essa un diritto di protezione da parte della società e dello stato; 8 e 12 della Convenzione universale dei diritti dell'uomo, i quali, rispettivamente, tutelano il diritto alla vita privata e familiare, nonché il diritto riconosciuto ad ogni individuo di non essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella propria vita privata e nella propria famiglia; e, infine, 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i quali, rispettivamente, prevedono la tutela della vita privata,

¹⁴ S. AGOSTA, *op. cit.*

¹⁵ F. ANGELINI, *op. cit.*

familiare, del proprio domicilio e comunicazioni e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia¹⁶.

Un esempio pratico di quanto appena detto è riscontrabile in una pronuncia della Corte Costituzionale concernente il diritto di procreare, anteriore rispetto all'introduzione nel nostro ordinamento della Legge n. 40 del 2004, e basata proprio sulle disposizioni richiamate sopra.

La sentenza di riferimento è la n. 332 del 2000, concernente il divieto di avere figli previsto ai fini dell'arruolamento nella Guardia di finanza, ritenuto contrario a svariati articoli della Costituzione, nello specifico agli artt. 2, 3, 30 e 31, non potendosi ritenere giustificata dalle esigenze proprie del servizio un sacrificio così ingente da parte dei soggetti, seppur previsto e limitato ai fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione.

Oltre alle disposizioni sopra richiamate, la possibilità di desumere un diritto alla procreazione è stata altresì individuata nell'ambito dell'art. 13 Cost., che si concreta nella libertà di autodeterminarsi senza costrizioni nella sfera privata e, di conseguenza, in quella procreativa.

Da un'attenta analisi delle disposizioni costituzionali, specialmente di quelle in materia di famiglia, maternità, filiazione, sia essa matrimoniale o extramatrimoniale, emerge complessivamente un atteggiamento di *favor* del nostro ordinamento nei confronti della procreazione, soprattutto in una prospettiva di crescita e sviluppo della persona umana, da intendersi sia come persona singola, sia, in ossequio all'art. 2 Cost., come formazione sociale, all'interno della quale si svolge la propria personalità, come accade in ambito familiare.

Occorre segnalare a tal proposito, alcuni snodi fondamentali in materia sotto il profilo normativo come: (i) la Legge n. 151 del 1975, ovverosia la riforma del diritto di famiglia, che ha dato attuazione agli artt. 29, comma 2, e 30, comma 3, Cost. (rispettivamente in materia di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, nonché norme e limiti per la ricerca della paternità); (ii) la Legge n. 405 del 1975, che ha istituito i consultori familiari; (iii) la Legge n. 194 del 1978, recante "Norme per la tutela sociale della maternità e l'interruzione volontaria di gravidanza", il cui art. 1 ha costituito la prima esplicitazione

¹⁶ F. ANGELINI, *op. cit.*

espressa nel nostro ordinamento del diritto alla procreazione, prescrivendo che «Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio»¹⁷.

In altri termini, le normative sopracitate giungono a configurare una sorta di statuto della procreazione consapevole, in cui è il soggetto a porsi un problema di sessualità responsabile, ancorando, *de facto*, il concetto di procreazione allo *status* di diritto soggettivo, che lo Stato è chiamato a garantire e tutelare, per esempio attraverso l'istituzione di apposite strutture di sostegno e assistenza, sia per chi desideri avere un figlio, sia per chi invece voglia rinunciare ad esso.

Attualmente risulta maggiormente corretto e preferibile riferirsi ad un “diritto alla libertà procreativa” più che ad un “diritto a procreare”¹⁸.

Il diritto a procreare si traduce in una vera e propria pretesa avente ad oggetto la procreazione, che si concreta a sua volta nel diritto ad una discendenza; ciò comporta una serie di conseguenze: da una parte, i privati beneficiano di tutte le misure che lo Stato è chiamato a mettere loro a disposizione al fine di realizzare questo importante diritto positivo; dall'altra, così facendo, essi implicitamente riconoscono in capo alla pubblica autorità il potere di ingerirsi in questioni private relative alla vita di coppia.

Il diritto alla libertà procreativa, invece, trova piena realizzazione di sé anche attraverso “la negazione alla radice di un diritto di procreare”¹⁹, assumendo quindi come contenuto principale il rifiuto e non il desiderio di procreare.

Entrambe le configurazioni del diritto in esame trovano la loro base teorica e la loro giustificazione nel pensiero femminista, all'interno del quale si sono sviluppate molteplici riflessioni inerenti l'essere donna, la capacità di procreare e la non necessaria esistenza di un rapporto “obbligatorio e consequenziale” tra questi fattori.

§ 6. *Il diritto di procreazione artificiale e la tutela del diritto alla salute della donna*

A complicare un equilibrio già di per sé precario in materia, è stata ovviamente l'introduzione della procreazione artificiale da parte della biomedicina, il cui progresso

¹⁷ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*

¹⁸ Cfr. E. LECALDANO, *Bioetica e scelte morali*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2009, p. 135.

¹⁹ Cfr. E. LECALDANO, *op. cit.*

ha consentito, per la prima volta, non solo di mettere in discussione il nesso di causalità esistente tra rapporto sessuale ed evento procreativo, ma anche di determinarne il superamento, configurando una procreazione nuova, che, grazie all'intervento della pratica medica, si sarebbe potuta realizzare a prescindere dal rapporto fisico tra i membri della coppia.

Assunta questa nuova prospettiva fornita dalla medicina della riproduzione, occorre pertanto riferirsi ad un nuovo diritto, ovverosia il "diritto di procreazione artificiale".

Un primo fondamento di questo diritto può ravvisarsi nell'ambito dell'art. 32 Cost., che al primo comma prescrive quanto segue: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti».

Il concetto di salute risulta estremamente complesso e affrontabile da vari punti di vista, in quanto ad esso sono attribuibili diversi contenuti e significati, come quello di benessere psico-fisico generale che deve essere garantito a ciascuno.

Questa interpretazione è stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale italiana, dal legislatore, come emerge chiaramente dalla Legge n. 164 del 1982, recante «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», e anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 3 riconosce esplicitamente il diritto all'integrità fisica e psichica.

All'interno di questo ampio concetto di salute, quale benessere psico-fisico generale, trova spazio anche l'esperienza della genitorialità, che può essere intesa come eventuale e non necessaria, ma anche come indispensabile, tale che la sua mancanza può originare un vero e proprio malessere psico-fisico e causare patologie di vario genere.

Il punto di arrivo di questa argomentazione conduce ad ancorare il diritto di procreazione artificiale al diritto alla salute, nello specifico al diritto alla salute del soggetto che desidera diventare genitore.

All'atto di accogliere questa interpretazione, occorre porre altresì l'accento sul necessario utilizzo di tecniche che non ledano in alcun modo la salute della donna: infatti, diversamente opinando si arriverebbe alla contraddizione della *ratio* stessa di questa interpretazione, che concerne proprio il benessere psico-fisico del soggetto.

Da un punto di vista rigidamente terapeutico, nell'accezione più tradizionale e ristretta del termine, il diritto alla procreazione artificiale, nuovamente, si inserisce nell'ambito

del diritto alla salute, in quanto espresso rimedio rispetto a comprovate situazioni di sterilità, di infertilità, o, ancora, rispetto a situazioni in cui si ravvisi il rischio di trasmissibilità di una malattia genetica al nascituro.

Oltre al necessario richiamo al diritto alla salute, come “sede naturale” del diritto di procreazione artificiale, occorre altresì riferirsi ad altri diritti noti, che debbono essere richiamati, in quanto anch’essi rilevanti ai fini dello sviluppo “del nuovo diritto”.

Qualsiasi decisione concernente la facoltà di procreare inerisce la sfera più intima di ciascun soggetto: tale statuizione ha portato a considerare ogni intervento relativo a tale facoltà riconducibile al diritto alla riservatezza.

Tra i diritti di nuova generazione, il diritto alla *privacy* acquisisce un ruolo di primario interesse, soprattutto all’interno di determinati ordinamenti, come quello statunitense, in cui il rispetto di tale diritto rappresenta una questione di cruciale importanza, al punto che molti diritti, nello specifico quelli incidenti sulla corporeità, come ad esempio quelli relativi alla procreazione, sono stati declinati come diritti di libertà, in cui la “sovranità individuale” supera la “sovranità statale”²⁰.

Appare evidente come, negli ordinamenti in cui viene adottata questa prospettiva, il diritto di procreare risulti indissolubilmente legato al diritto alla *privacy*, che si concreta a sua volta nella possibilità per l’individuo di decidere liberamente in ordine alla possibilità procreativa, senza possibilità per lo Stato di interferire.

Assodata l’esistenza di un diritto alla procreazione artificiale, preme evidenziarne il contenuto più importante, ovverosia quello inerente alla responsabilità procreativa, che a sua volta si ricollega all’imprescindibile sussistenza di una scelta libera e consapevole compiuta dall’aspirante madre *ab origine*.

La decisione di sottoporsi alle pratiche di procreazione artificiale comporta per la donna un percorso non semplice, in primo luogo, dal punto di vista fisico, in quanto la sottoposizione a tali tecniche (*sub* § 2) può comportare dei rischi e può determinare gravi effetti collaterali; in secondo luogo, dal punto di vista psicologico, poiché può accadere che i trattamenti impiegati non consentano di conseguire il risultato sperato.

²⁰ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*

Pertanto, non si tratta di considerare soltanto i rischi connessi alla salute della donna, ma anche «la sofferenza provocata dai numerosi insuccessi e dalla pesantezza di procedure, controlli, e manipolazione del corpo nel concepimento medicalizzato»²¹.

Da queste riflessioni, dunque, si desume, da un lato, la necessità di impiegare modalità e tecniche che non si pongano in alcun modo in contrasto con il fondamentale diritto alla salute della donna e, dall'altro lato, l'esigenza di una decisione ponderata da parte dell'aspirante madre, sia sotto il profilo strettamente medico e terapeutico, sia sotto quello psicologico e morale.

Il rispetto e la compiuta realizzazione di queste esigenze non solo consentono di escludere ogni manipolazione sul corpo femminile che possa inficiarne l'integrità o la salute, ma consentono altresì di incentivare una scelta autonoma da parte della donna, svincolata da ogni condizionamento esterno, sia esso proveniente dal partner, dai familiari o da terzi.

Pertanto, solo e soltanto dall'autodeterminazione dell'aspirante madre e dal suo consenso informato può derivare la piena assunzione della responsabilità procreativa, che essa assume, in special modo, nei confronti del nascituro.

§ 7. Il superiore interesse del minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali

Le importanti riforme che si sono susseguite nel settore del diritto di famiglia, anche in ragione di una forte spinta propulsiva a livello sovranazionale, unitamente alle altrettanto significative pronunce di legittimità costituzionale intervenute in materia, hanno determinato, in special modo nell'ultimo ventennio, la radicale trasformazione del quadro normativo di questo settore e delle sue "coordinate sistematiche"²².

Al termine di questo processo evolutivo, il concetto stesso di famiglia appare profondamente modificato, non più saldamente ancorato al vincolo matrimoniale, bensì alla figura del figlio, al punto che si può opportunamente far riferimento alla nascita della cosiddetta famiglia *paidocentrica*.

²¹ Cfr. M.L. BOCCIA e G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale tecniche, fantasie e norme*, Parma, Pratiche Editore, 1998, p. 48.

²² Cfr. A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, fasc. 4, 2020, p. 647 e ss.

Questa esigenza di porre il minore come epicentro nella dimensione dei rapporti familiari ha cominciato ad emergere alcuni decenni fa, innanzitutto in una prospettiva sovranazionale.

Questo processo trae origine dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, e trova nella realtà europea un altro importante riscontro all'interno dell'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza, il quale prescrive che «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

A livello interno molti sono i riferimenti al tema del superiore interesse del minore, si pensi ad esempio alla Legge n. 184/1983 in materia di adozione, che definisce questo interesse come “superiore” all'art. 32 e, altresì, come “preminente” all'art. 57; e, ancora, si consideri l'art. 317-*bis* cod. civ., che, disciplinando i rapporti tra ascendenti e nipoti minorenni, prescrive che i vari provvedimenti vengano assunti nel superiore interesse dei secondi²³.

In materia di filiazione, molti sono stati i profili di criticità emersi nel corso del tempo, come la presenza di una distinzione fortemente discriminatoria tra filiazione legittima e filiazione naturale, o anche la complessa e delicata questione relativa ai figli incestuosi. Con riferimento alla prima questione, la Legge n. 219 del 2012 ha determinato l'introduzione del principio dell'unicità dello *status* giuridico dei figli, come si evince dal novellato art. 315 cod. civ., il quale, attraverso una formulazione chiara e sintetica, realizza il principio di eguaglianza tra le diverse forme giuridiche della filiazione, determinando una piena equiparazione tra di esse.

Alla questione altresì estremamente problematica dei figli incestuosi è stato posto rimedio con la nuova disciplina di cui all'art. 251 cod. civ., il quale prescrive quanto segue: «il figlio nato da persone, tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito, o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, può essere riconosciuto previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal giudice».

²³ Cfr. D. PIRILLI, *Il rapporto tra best interest(s) of the child e responsabilità genitoriale in una prospettiva multilivello*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 1246 e ss.

La nuova disciplina dà conto di una significativa apertura nei confronti dei figli incestuosi, del tutto assente nella formulazione dell'art. 251 anteriore alla Riforma del 2012, in cui il riconoscimento di detti figli era subordinato all'ignoranza dei genitori circa il vincolo di parentela al momento del concepimento, alla nullità del matrimonio dal quale derivasse l'affinità, o alla buona fede di uno dei due genitori, che avrebbe così potuto procedere singolarmente al riconoscimento.

A coronamento di queste significative innovazioni, prima la Legge n. 219 del 2012, e a seguire il Decreto Legislativo n. 154 del 2013 hanno sancito il passaggio da "potestà genitoriale" a "responsabilità genitoriale" (prima ancora, la Riforma del 1975 aveva sancito il passaggio da "patria potestà" a "potestà genitoriale", stabilendo in questo modo l'eguaglianza dei coniugi), determinando un considerevole progresso in termini di garanzia e tutela nei confronti del figlio minore.

Alla modifica terminologica, ovverosia alla sostituzione della parola "potestà" con la parola "responsabilità", corrisponde uno spostamento del baricentro dai poteri ai doveri che gravano sui genitori, e che si traducono in molteplici diritti per i figli, al punto che pare opportuno riferirsi al cosiddetto "statuto dei diritti del figlio"; a tal proposito l'art. 315-*bis* cod. civ. prevede il diritto del figlio di essere mantenuto, educato, istruito, e assistito moralmente dai genitori, conformemente alle proprie capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, e ancora, il diritto di crescere in famiglia, di mantenere rapporti significativi con i parenti, e di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano, tenuto conto, ovviamente, dell'età e della capacità di discernimento.

L'adozione di provvedimenti fortemente incisivi, come la decadenza dalla responsabilità genitoriale, di cui all'art. 330 cod. civ., è subordinata all'accertamento da parte del giudice di una situazione di violazione o trascuratezza dei doveri genitoriali, o ancora di abuso dei poteri genitoriali, la quale determini un grave pregiudizio per il figlio, che si concreta in un danno attuale, ma anche potenzialmente futuro alla sua esistenza.

La pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale comporta gravi conseguenze a carico del genitore destinatario di essa, come la perdita dei diritti di partecipare all'educazione, assistenza, ed istruzione del figlio, e ancora, la perdita del diritto di rappresentare il proprio figlio e di amministrarne i beni.

Nel caso in cui non ricorrano ancora gli estremi per pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma, uno o entrambi i genitori abbiano posto in essere una

condotta pregiudizievole, in ossequio all'art. 333 cod. civ., il giudice potrà assumere provvedimenti come l'allontanamento dalla casa familiare, del figlio stesso o del genitore che si sia reso autore di tale comportamento.

A conclusione di queste osservazioni, si può ragionevolmente affermare che la normativa interna in materia di filiazione abbia assunto nel tempo una prospettiva eminentemente puerocentrica, a presidio del superiore interesse del figlio.

In questo contesto risulta imprescindibile il dialogo con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, nell'ambito delle proprie competenze, ha fornito un significativo apporto in materia.

Sebbene all'interno della CEDU non sia presente un riferimento esplicito al *best interest of the child*, l'operato della Corte è risultato di fondamentale importanza al fine di ricostruire in via interpretativa tale principio, il quale attualmente viene ricondotto nell'alveo dell'art. 8 CEDU, concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Con riferimento alla tutela dei figli minori nella relazione con i genitori, in funzione del loro superiore interesse, il concetto di famiglia formulato dalla Corte di Strasburgo, non solo risulta indipendente dall'eventuale vincolo di coniugio tra i genitori stessi, ma può addirittura prescindere dal riconoscimento giuridico del vincolo di filiazione²⁴.

Analizzando la giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 8 CEDU, l'argomentazione più solida e significativa attiene al divieto di distinguere tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale, sia sotto il profilo dei diritti dei figli nella relazione con i genitori, sia sul versante della conseguente e necessaria tutela, che deve essere garantita in quel contesto; questa impostazione risulta altresì affine al dettato di cui all'art. 14 della Convenzione stessa, il quale vieta ogni tipo di discriminazione basato sulla nascita.

La Corte EDU ha ripetutamente sancito l'assoluta eguaglianza di diritti, nonché di modalità di tutela e di attuazione per tutte le categorie di figli minori nella relazione intercorrente tra di essi e i genitori; all'interno del nostro ordinamento un esempio concreto di quanto appena detto si riscontra con riferimento alla Legge n. 54 del 2006, recante «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli».

²⁴ Cfr. M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione tenuta al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura svoltosi a Roma il 7-9 Marzo 2011.

A tal proposito è previsto il diritto dei figli al paritetico apporto di entrambi i genitori sotto molteplici profili, come quello educativo, relazionale e di mantenimento; questa disciplina fortemente garantista è dettata sia nel caso di separazione, divorzio o annullamento, con riferimento quindi ai figli di genitori coniugati, sia nel caso di assenza del vincolo matrimoniale, con riferimento ai figli di genitori non coniugati, a testimonianza di una ormai raggiunta eguaglianza tra la prole nata all'interno del matrimonio e quella *more uxorio*.

Pertanto, la tutela dei diritti dei figli minori nei procedimenti concernenti la crisi della coppia genitoriale va trattata in modo unitario, senza distinzioni di sorta: le garanzie processuali e sostanziali debbono essere identiche.

La Corte EDU, inoltre, ricorda che dal momento della nascita, si crea un legame tra genitori e figli, che costituisce più nello specifico un legame familiare, che non può essere limitato o rescisso se non in situazioni eccezionali, come nel caso in cui si renda necessario l'allontanamento del minore dalla casa familiare e dalla propria famiglia.

A tal proposito, uno dei contenuti più importanti dell'art. 8 CEDU attiene proprio alla necessità imprescindibile di garantire reciproca presenza, continuità e assiduità nella relazione tra genitori e figli; da ciò discendono molteplici obblighi previsti in capo agli Stati, sia negativi, sia positivi, come quello di esimersi dal porre in essere immotivate ingerenze e quello di promuovere e favorire le relazioni interfamiliari, garantendo appositi strumenti a tal fine.

Pertanto, l'interesse del minore, in tutti i suoi molteplici contenuti, necessita di concretizzazione; a tal proposito occorre riflettere sull'aggettivazione italiana "superiore", così come mutuata dalla versione francese della Convenzione ONU, che impiega per l'appunto tale aggettivo diversamente dalla variante inglese che fa riferimento al "*best interest of the child*", da tradursi come "migliore interesse per il fanciullo".

La traduzione dall'inglese contiene *in re ipsa* l'esortazione a perseguire la migliore soluzione per il minore, tenendo conto di tutti i fattori coinvolti; al contrario, l'utilizzo del termine "superiore" proprio della formulazione italiana, potrebbe portare ad intendere l'interesse del minore come un principio astratto, avulso da ogni circostanza.

Contrariamente a quanto appena affermato, occorre considerare che il diritto rappresenta sempre un contemperamento di interessi e che «Il minore non è un atomo isolato, che

possa immaginarsi staccato e scisso dal complessivo sistema di relazioni che a mo' di rete lo rendono partecipe di tutta una serie di legami esistenziali significativi»²⁵.

Tutte le argomentazioni sopra citate trovano altresì riscontro all'interno della disciplina giuridica inerente la PMA, come emerge esplicitamente dall'art. 8 della Legge n. 40 del 2004, il quale prescrive quanto segue: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

Ne consegue che il principio di unicità dello *status* di figlio trova applicazione anche con riferimento al rapporto di filiazione creato mediante il ricorso alla procreazione artificiale; il summenzionato rapporto di filiazione presenta le medesime garanzie previste per la filiazione legittima e per quella naturale.

Il punto di arrivo di tutte le argomentazioni affrontate in precedenza è rappresentato dal fatto che, attualmente, risulta opportuno riferirsi ad una pluralità di modelli familiari, tutti accomunati dal riconoscimento del superiore interesse del minore e dalla sua necessaria salvaguardia.

Coerentemente con questa interpretazione, si usa ormai richiamarsi alla cosiddetta “genitorialità sociale”, un concetto ampio di genitorialità, che ricomprende tutti i rapporti significativi instaurati dal bambino o adolescente con una persona adulta di riferimento, a prescindere dal necessario legame biologico o genetico tra di essi.

Il concetto di genitorialità intenzionale, come *species* appartenente al *genus* genitorialità sociale, si delinea all'interno della Legge n. 40/2004 ²⁶.

La Costituzione guarda con favore al progetto di costruzione di una famiglia connotata dalla presenza di figli e ciò a prescindere dal vincolo genetico, come risulta, per esempio, dalla regolamentazione in materia di adozione; tuttavia, il diritto di diventare genitori

²⁵ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 431 e ss.

²⁶ Cfr. M. LAVACCHINI, *Questioni di attualità, Il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali: la trascrizione del relativo atto di nascita in Italia*, in *Rassegna giuridica*, 28 ottobre 2021, <https://www.google.com/search?client=avast-a-2&q=rassegna+giuridica+il+riconoscimento+del+rapporto+di+filiazione&oq=rassegna+giuridica+il+riconoscimento+del+rapporto+di+filiazione&aqs=avast> (consultato in data 27 aprile 2023).

presenta dei limiti, come testimonia il divieto di maternità surrogata, di cui all'art. 12, comma 6, della Legge n. 40/2004.

Di questa particolare modalità procreativa si parlerà in seguito; tuttavia, ai fini del discorso in essere, occorre ricordare che si tratta di quel fenomeno per il quale una donna, ovverosia la madre gestazionale, si presta a svolgere la gravidanza e a partorire il figlio, non per sé stessa, bensì per un'altra persona.

In Italia questa pratica è espressamente vietata dal legislatore, in quanto considerata lesiva della dignità della cosiddetta “madre surrogata” e del bambino: infatti, viene affidata ad un altro istituto, ovverosia all'istituto dell'adozione, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico.

Ancora, occorre tener presente che il divieto di maternità surrogata viene inquadrato dalla giurisprudenza quale principio di ordine pubblico, in ossequio agli artt. 269, comma 3, cod. civ., e 12, comma 6, della Legge 40/2004.

Tuttavia, con riferimento alla significativa problematica della trascrizione all'interno del nostro ordinamento del certificato di nascita formato legittimamente all'estero della prole generata mediante maternità surrogata, la recente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il limite posto dal principio dell'ordine pubblico non può ostacolare il riconoscimento all'interno del nostro ordinamento dell'efficacia di un atto di stato civile straniero, quando quest'ultimo sia unicamente espressione di una normativa contrastante con il diritto interno, dal momento che questo incisivo limite opera solo nel caso in cui il diritto straniero risulti incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, così come desunti dalla Cost., dalla CEDU e dalla Carta di Nizza.

Il superiore interesse del minore si concreta, infatti, nella continuazione dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero, non ostando, rispetto a ciò, né il fatto che in Italia la maternità surrogata costituisca una modalità riproduttiva vietata, né l'eventualità che la coppia coinvolta sia formata da soggetti dello stesso sesso.

Ne consegue che, attualmente, al fine di porre in essere una corretta interpretazione del principio di ordine pubblico, sia necessario contemperare le esigenze proprie di quest'ultimo con quelle inerenti il principio di superiore interesse del minore, come emerge anche dalla sentenza n. 272 del 2017 della Corte Cost., la quale ha precisato l'impossibilità di contrapporre il *favor veritatis* al *favor minoris*, potendo accadere che il preminente interesse del bambino non coincida con il riscontro della verità biologica.

Come già anticipato, in tale complesso quadro interpretativo si colloca la più recente giurisprudenza concernente la trascrizione all'interno del nostro ordinamento dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero di un bambino che sia stato concepito mediante maternità surrogata.

Le esigenze di evitare situazioni giuridiche instabili e di preservare il superiore interesse del minore sono confluite in un acceso dibattito giurisprudenziale, culminato con la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 12193 del 2019.

Le Sez. Un. del 2019 operano una significativa distinzione tra il cosiddetto "caso delle due madri" (Cass. 19599/ 2016) e il caso oggetto del giudizio sottoposto alla loro attenzione, definito "caso dei due padri".

I due casi presentano un significativo elemento comune, ovverosia la presenza di una coppia omosessuale di aspiranti genitori, tuttavia molteplici sono i profili di diversità, tra i quali il più importante attiene al fatto che mentre il caso dei due padri concerne la richiesta di riconoscimento di un certificato di nascita di un bambino concepito mediante maternità surrogata avvenuta all'estero, invece, il caso delle due madri riguarda più specificamente la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero di un bambino concepito mediante fecondazione eterologa, nella quale unicamente il seme maschile impiegato costituisce elemento estraneo alla coppia (e ciò in quanto l'ovocita appartiene ad una delle due donne, e, ancora, la gravidanza stessa viene instaurata e portata a termine da una di loro).

La tecnica procreativa impiegata dalle due madri risulta, pertanto, profondamente differente rispetto a quella alla quale sono ricorsi i due padri, più precisamente quella delle due madri è assimilabile alla fecondazione eterologa, non alla maternità surrogata, in quanto viene meno l'elemento essenziale di questa ultima, ovverosia il fatto di svolgere la gravidanza per conto di altri.

Dunque, la valutazione del legislatore nel caso di maternità surrogata e di fecondazione eterologa è radicalmente differente, in quanto nel primo caso vige un divieto, il cui mancato rispetto comporta la comminazione di una sanzione penale, mentre, per quanto riguarda il secondo caso, occorre sottolineare che la fecondazione eterologa, a seguito di molteplici problematiche di cui si parlerà in seguito, è ormai ammessa nel nostro ordinamento, e il ricorso ad essa da parte di una coppia omosessuale rientra nell'ambito di punibilità previsto con riferimento al divieto di accesso alla PMA per coppie dello

stesso sesso, la cui violazione comporta soltanto la comminazione di una sanzione amministrativa.

In conclusione, emerge il fatto che non può essere trascritto il certificato straniero di nascita che riconosca *ab origine* il patto di maternità surrogata, laddove ciò comporti l'attribuzione della maternità o della paternità al soggetto che non abbia apportato alcun contributo genetico, sia che si tratti di genitore intenzionale omosessuale, sia eterosessuale.

Si pensi all'ipotetico caso di fecondazione di ovocita di donna estranea alla coppia (quindi non appartenente alla madre intenzionale), avvenuta mediante il seme del padre intenzionale: quest'ultimo, avendo apportato un contributo genetico, potrà essere inserito nell'eventuale e ipotetico atto di nascita, la madre intenzionale invece no.

Nell'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite il mero genitore di intenzione, intendendosi per esso quello che non abbia fornito alcun contributo genetico o biologico, potrà tutt'al più far ricorso ad un diverso istituto, ovvero sia quello dell'adozione in casi particolari.

Sulla base di questa statuizione, il disconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero non si porrebbe in contrasto con il superiore interesse del minore, in quanto quest'ultimo troverebbe adeguata tutela all'interno del settore dell'adozione in casi particolari.

Tuttavia, questa soluzione è stata fortemente criticata in dottrina e messa in discussione dalla più recente giurisprudenza di legittimità: ci si domanda, a tal proposito, se l'adozione in casi particolari costituisca uno strumento idoneo a garantire e preservare i diritti del bambino, e soprattutto se sia compatibile con il suo superiore interesse.

In questo contesto si inserisce un recente parere della Corte Edu, risalente al giorno 10 aprile 2019, concernente un caso francese analogo a quello affrontato dalla giurisprudenza italiana.

La questione era incentrata sul rifiuto opposto dalla Francia di trascrivere l'atto di nascita nei confronti di una madre d'intenzione, la quale non aveva fornito alcun contributo genetico alla nascita del bambino, concepito mediante surrogazione di maternità, con il solo apporto di materiale genetico ad opera del padre.

La Corte Edu afferma esplicitamente che fa parte del cosiddetto "margine di apprezzamento dello Stato" sia il divieto di maternità surrogata, sia la possibilità di

trascrivere l'atto di nascita formato all'estero di prole concepita mediante tale tecnica procreativa.

Ancora, emerge come gli Stati siano liberi di disincentivare il cosiddetto "turismo procreativo", ma non di porre in essere soluzioni che abbiano ripercussioni negative sui diritti del bambino.

La Corte Edu, pertanto, chiarisce il fatto che il superiore interesse del minore necessita di un'attenta valutazione caso per caso, una tesi evidentemente contrastante e incompatibile con la previsione di un generale divieto assoluto di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale.

In ossequio alla statuizione sopra citata, lo Stato è chiamato a garantire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale, non necessariamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero all'interno dei registri di stato civile, ma anche ricorrendo all'istituto dell'adozione, purché quest'ultima sia effettiva, ovverosia basata sul riconoscimento dello *status filiationis* e compiuta entro un lasso di tempo ragionevole.

Occorre considerare un'importante e recente ordinanza della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione (ord. n. 8325 del 29/04/2020), con la quale è stata messa in discussione l'adeguatezza dell'impiego dell'adozione in casi particolari in tale contesto. Questo istituto, infatti, nell'ordinamento italiano, non produce un vero e proprio rapporto di filiazione, ponendo il genitore d'intenzione, quello non biologico, in una condizione di inferiorità rispetto al genitore biologico; a dimostrazione di ciò è previsto che tale forma di adozione non determini rapporti parentali con i congiunti dell'adottante, con la conseguente esclusione del diritto di successione nei loro confronti.

All'interno dell'ordinanza viene inoltre sottolineato come l'adozione in casi particolari comporti un *iter* decisamente complesso, connotato da tempistiche estremamente dilatate, a differenza del più agevole e rapido atto di riconoscimento avente ad oggetto l'atto di nascita legittimamente formato all'estero.

La Prima Sezione ha infine ricordato come l'attivazione del meccanismo dell'adozione in casi particolari sia subordinata alla volontà dell'adottante, che potrebbe facilmente sottrarsi alla responsabilità assunta nel paese straniero, dovendosi altresì tenere in considerazione il necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe venire meno nel caso di morte dello stesso, o di crisi della coppia.

Sulla base di questi molteplici e significativi dubbi sorti rispetto alla soluzione di utilizzare l'istituto dell'adozione in casi particolari, la Prima Sezione ha sollevato questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte Cost., evidenziando in particolar modo la profonda disparità che il suddetto istituto cagiona a livello genitoriale, e il conseguente ed inevitabile pregiudizio arrecato al superiore interesse del minore.

Per quanto concerne la discriminazione che si riscontra sul versante genitoriale, utilizzando quella particolare forma di adozione, si arriverebbe all'inaccettabile paradosso per il quale all'interno del paese straniero in cui il bambino è nato, entrambi i genitori sono legalmente riconosciuti come tali, mentre in Italia ciò non accadrebbe, creando un'artificiosa diseguaglianza.

Non di minore rilevanza è il fatto per il quale all'interno del nostro ordinamento la giurisprudenza penale ritiene che il divieto di maternità surrogata, se compiuto all'estero, non costituisce reato, con conseguente non punibilità dei soggetti che l'hanno commissionata.

Anche sotto questo profilo, si arriverebbe al paradosso per il quale ad uno solo dei genitori, quello d'intenzione che non avesse apportato alcun contributo genetico, verrebbe comminata una sanzione penale, mentre l'altro genitore resterebbe impunito, anche se anch'esso artefice della condotta illecita.

La Corte Cost. si è espressa sulla questione con la sentenza n. 33 del 28 gennaio 2021, con motivazione depositata nel marzo 2021, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Prima Sezione.

Più specificamente, la Corte Cost. ha esplicitato l'imprescindibile necessità di un intervento da parte del legislatore, allo scopo di porre rimedio alla situazione di incertezza e di carenza di tutela rispetto al superiore interesse del bambino.

La Corte, infatti, ha opportunamente precisato che il procedimento di adozione non legittimante, non solo non risulta idoneo a realizzare compiutamente le esigenze di celerità ed effettività postulate dalla Corte Edu, ma anche, come è proprio della disciplina, non riconosce la genitorialità al soggetto adottante.

Ancora, la Corte ha posto nuovamente l'accento sul necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe venire a mancare in caso di scissione della coppia, come aspetto estremamente problematico e ancora non superato.

L'argomentazione della Corte, pertanto, pur riaffermando il divieto di maternità surrogata vigente nel nostro ordinamento, presenta come contenuto fondamentale il superiore interesse del minore, che si estrinseca nel mantenimento e nel riconoscimento giuridico del rapporto instauratosi con la coppia (eterosessuale o omosessuale) che abbia intrapreso l'*iter* del concepimento del bambino stesso all'interno di un Paese in cui la maternità surrogata costituisce una pratica riproduttiva consentita, per poi recarsi in Italia, Paese in cui quella particolare tecnica riproduttiva non è ammessa, ma in cui comunque quel rapporto, che nella realtà fattuale già esiste, deve trovare la propria dimensione e continuare ad essere.

Considerata la complessità della materia, e i numerosi profili di criticità ancora irrisolti, si rende necessario un intervento legislativo che possa individuare la soluzione più idonea per garantire il rispetto, e soprattutto l'equilibrio, di tutti gli interessi coinvolti in questo particolare contesto.

§ 8. *Segue: Riflessioni sulla procreazione medicalmente assistita post mortem*

Nell'effettuare una disamina sulle tecniche di procreazione artificiale, occorre fare altresì riferimento a quelle relative alla c.d. "procreazione medicalmente assistita *post mortem*". Quest'ultima è realizzabile mediante diversi procedimenti: attraverso l'impianto nel corpo materno di un embrione crioconservato, in un momento successivo rispetto al decesso dell'altro genitore, oppure attraverso la formazione di embrioni utilizzando gameti crioconservati di soggetto deceduto.

Uno dei problemi più significativi posti dall'impiego di queste pratiche attiene allo *status* giuridico del soggetto così generato.

Prima dell'entrata in vigore della Legge 40/2004, la questione è stata oggetto di un vero e proprio dibattito che ha determinato una scissione all'interno della dottrina²⁷.

Da una parte, vi erano autori che, riconoscendo alla procreazione il valore di diritto fondamentale del singolo, intangibile da parte del legislatore, ritenevano ammissibili tali pratiche, con l'importante conseguenza di poter attribuire al concepito lo *status* di figlio legittimo del genitore premorto; dall'altra, ve ne erano altri che, ancorandosi ad una rigida

²⁷ Cfr. G. BALDINI, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale post mortem*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 12.

interpretazione degli artt. 29 e 30 Cost., avevano sottolineato il diritto del concepito a nascere, essere mantenuto, educato, e istruito da entrambi i genitori, valutando pertanto negativamente l'esperienza della procreazione medicalmente assistita *post mortem*, nella quale, di fatto, un solo genitore, ovverosia la madre, realizza il progetto genitoriale, potendo deliberatamente scegliere di generare un figlio privo della figura paterna²⁸.

Contestualmente, la giurisprudenza, in un caso del tutto isolato, accolse la richiesta di una donna rimasta vedova, dopo aver iniziato le pratiche di PMA, di poter utilizzare gli embrioni, ottenuti con il gamete del marito pre-morto, crioconservati presso un centro di medicina per l'impianto (Tribunale di Palermo, ordinanza 08.01.1999).

Con l'intervento della Legge 40/2004, tuttavia, il legislatore, al fine di tutelare la posizione del concepito, ha individuato precisi limiti soggettivi di accesso alle pratiche di PMA, disponendo, ai sensi dell'art. 5, che, "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

In altri termini, con la suddetta disposizione è stata definitivamente esclusa la possibilità di procedere sia con una crioconservazione del seme finalizzata alla fecondazione dell'ovulo *post mortem*, sia con una crioconservazione di embrioni finalizzata ad un impianto successivo alla morte del genitore biologico.

Tale divieto, inoltre, è stato espressamente ancorato all'art. 12, comma 2, Legge 40/2004²⁹, il quale, nel disciplinare "Divieti generali e sanzioni", ha espressamente previsto l'applicazione di una sanzione nei confronti di chi, a qualsiasi titolo, in violazione del citato art. 5, ponga in essere tecniche di procreazione medicalmente assistita nei confronti di coppie i cui componenti non siano entrambi viventi.

²⁸ Cfr. C. IMBALZANO, *Procreazione post mortem e stato giuridico del nato*, in *Cammino Diritto*, 2020, p. 5 e ss. Sul punto si veda altresì T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, p. 21 e ss. e M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, p. 22 e ss.

²⁹ Ai sensi dell'art. 12, comma 2, Legge n. 40/2004, infatti, "*Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro [...]*".

Senonché, la giurisprudenza sviluppatasi successivamente all'entrata in vigore della Legge 40/2004 ha mostrato un certo *favor* alla prosecuzione delle tecniche di P.M.A., autorizzando diverse donne – nonostante la morte dell'uomo – all'impianto degli embrioni già crioconservati³⁰.

Alla donna, infatti, è stato riconosciuto – a prescindere che il partner defunto avesse autorizzato o meno la continuazione della procedura dopo la morte – “il diritto di ottenere in via d'urgenza, *ex art. 700 c.p.c.*, l'impianto in utero degli embrioni crioconservati e formati prima della morte del marito o del compagno, sul presupposto che, durante il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria, le possibilità di ottenere la gravidanza verrebbero irreparabilmente pregiudicate dal deterioramento degli embrioni medesimi e/o dall'avanzamento dell'età della donna stessa”³¹.

Rispetto alla condizione giuridica del soggetto procreato *post mortem*, invece, alcune riflessioni sono state condotte proprio dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, con la sentenza n. 13000 del 15 maggio 2019, ha ritenuto che l'art. 8 della Legge 40/2004, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A., fosse riferibile anche all'ipotesi di “fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo

³⁰ Cfr. R.E. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita post mortem. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17, 2022, p. 576 e ss.; R.E. DE ROSA, *Il dinamismo della procreazione nella società della globalizzazione. La procreazione medicalmente assistita post mortem: status filiationis e conseguenze successorie*, in *Familia*, 2022, p. 17 e ss.

Si vedano Tribunale di Reggio Emilia, 18 aprile 2015, Tribunale di Lecce, 24 giugno 2019. Per un caso di procreazione *post mortem* di tipo eterologo si veda, invece, l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 25 agosto 2018.

³¹ Cfr. M. FACCIOLI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di Riforma della L. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, p. 4.

Sul punto, si veda Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, p. 933 ss.

Il consenso dell'uomo assume rilevanza ai fini dell'attribuzione della genitorialità al nato da procreazione assistita *post mortem*.

suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre”³².

In sostanza, la Corte ha espressamente valorizzato il consenso espresso dal coniuge prima della morte e mai revocato, ritenendo che la scelta consapevole della genitorialità dovesse farsi risalire proprio al momento della prestazione dello stesso³³.

Ad avviso della Corte questa interpretazione garantisce infatti una piena tutela all’identità personale del nato³⁴, comprensivo peraltro dello *status* di figlio dei genitori biologici.

§ 9. *Le fonti nell’ordinamento italiano sulla PMA: legislazione e giurisprudenza antecedente al 2004*

Prima della Legge 40/2004, la disciplina normativa sulla fecondazione assistita si articolava in un frammentato insieme di circolari e ordinanze del Ministero della Salute. Un primo intervento ministeriale, infatti, si ebbe con la circolare “Degan”³⁵ del 1° marzo 1985, la quale, oltre a prevedere l’ammissibilità della sola fecondazione omologa, introdusse il requisito del matrimonio della coppia per l’accesso alle tecniche di PMA. Detto altrimenti, la fecondazione eterologa pur rimanendo preclusa nei centri pubblici, continuava ad essere praticata nei centri privati ai quali potevano rivolgersi anche coppie non coniugate.

³² Cfr. R.E. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita post mortem*, cit.; P.DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *La crioconservazione umana verso il mercato non regolamentato della vita. Una analisi giuridica ed “economica” fra italia e sistema legislativo britannico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4, 2022, p. 1792 e ss.

³³ Cfr. C. IMBALZANO, *Procreazione post mortem e stato giuridico del nato*, in *Cammino Diritto*, 2020, p. 5 e ss.

³⁴ F. PANNO, *Fecondazione post mortem: il figlio nato a seguito del ricorso a tecniche di pma dopo la morte del padre ha diritto al cognome paterno*, in *Quest. Giust.*, 4, 2020.

³⁵ La circolare ministeriale del 1° marzo 1985, recante “Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l’inseminazione artificiale nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale”, qualificò per la prima volta l’infertilità come disagio psicofisico di rilevanza medica e sociale di cui il Servizio Sanitario Nazionale avrebbe dovuto farsi carico, introducendo, inoltre, il matrimonio della coppia quale requisito per l’accesso alle tecniche.

Con la successiva circolare ministeriale “Donat Cattin” del 27 aprile 1987, furono introdotte “misure di prevenzione della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la Fecondazione artificiale”; cinque anni più tardi detta circolare venne integrata e parzialmente sostituita dalla circolare ministeriale “De Lorenzo” del 10 aprile 1992, con la quale vennero introdotti per la prima volta determinati criteri igienico-sanitari rispetto alla raccolta, conservazione e documentazione del seme nella fecondazione artificiale.

In data 5 marzo 1997, l’allora Ministro della Salute intervenne con ulteriori due ordinanze, successivamente reiterate, vietando da un lato ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti ed embrioni e, dall’altro, tutti gli esperimenti finalizzati alla clonazione umana o animale.

Con ordinanza del 25 luglio 2001, anch’essa reiterata³⁶, il Ministero intervenne ulteriormente proibendo l’importazione o l’esportazione di gameti o embrioni umani, allo scopo di prevenire la trasmissione di malattie alla madre e al nascituro.

A regolare la materia, inoltre, si aggiunse nel 1998 anche la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici che, all’interno dell’ultimo Codice di deontologia medica, introdusse alcune regole di comportamento "nell'interesse del bene del nascituro".

Tra le più importanti prescrizioni, in particolare, si annoverarono: il divieto di attuare forme di PMA dopo la morte del partner (art. 42 co. 2), il divieto di attuare forme di PMA nei confronti di donne in menopausa, il divieto di attuare forme di PMA dirette allo sfruttamento commerciale di gameti o di embrioni (art. 42 co. 3), il divieto di manipolazioni genetiche dell’embrione quando non finalizzate a prevenire o correggere condizioni patologiche (art. 43 co. 2).

Dal quadro normativo appena descritto, dunque, emerge come la necessità di una regolamentazione completa e organica sulle pratiche di PMA fosse assolutamente indispensabile, considerato che i citati provvedimenti ministeriali rispondevano essenzialmente ad esigenze urgenti dettate da un uso sempre più frequente delle pratiche in esame.

³⁶ Il divieto in esame venne infatti ribadito anche con le ordinanze del 1° dicembre 2001, 18 giugno 2002, 4 dicembre 2002, 30 maggio 2003 e 10 dicembre 2003.

Sulla disciplina dell'accesso alle tecniche di PMA, prima ancora della Legge n. 40/2004, erano altresì intervenute alcune pronunce giurisprudenziali dirette a regolare questioni di natura sociale.

In particolare, per ciò che concerne il tema della fecondazione eterologa in relazione al disconoscimento della paternità, le prime sentenze furono rese dal Pretore e dal Tribunale padovano, rispettivamente, il 7 novembre 1958 e il 16 febbraio 1959, le quali, pur giungendo a conclusioni diametralmente opposte sull'integrazione del delitto di adulterio³⁷, disapprovarono entrambe la tecnica dell'inseminazione eterologa.

Il Tribunale di Padova, infatti, riteneva integrato il delitto di adulterio partendo dalla considerazione che il bene giuridico protetto mediante la sanzione inflitta alla moglie adultera non era la fedeltà coniugale, bensì “l'ordine giuridico matrimoniale, la genitalità”, atteso che con la fecondazione eterologa della donna sposata “scompare la certezza della prole, che il marito ha il diritto di pretendere”.

Contrariamente alle suddette pronunce, nel 1994 si pronunciarono il Tribunale di Cremona e in secondo grado la Corte d'appello di Brescia³⁸, ammettendo la possibilità per il marito della coppia di procedere all'azione di disconoscimento della paternità; la Corte di Cassazione, tuttavia, cassò entrambe le sentenze impugnate ricalcando gli orientamenti precedenti.

Con riguardo alla maternità surrogata (anch'essa oggi vietata), grande rilievo ebbe invece la questione sottoposta al Tribunale di Roma a cui si rivolse una giovane coppia (all'interno della quale la donna soffriva di patologie irreversibili dell'apparato riproduttivo) e una donna disponibile ad accogliere la gestazione dell'embrione formato con i gameti dei coniugi.

Nonostante la maternità surrogata fosse vietata dal codice deontologico medico, il giudice romano con ordinanza del 17 febbraio 2000 autorizzò la surrogazione, purché fosse effettuata a titolo gratuito.

³⁷ Il delitto di adulterio codificato all'art. 559 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con le sentenze 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147.

³⁸ Il caso aveva ad oggetto una coppia coniugata incapace di generare un figlio per *impotentia generandi* del marito che aveva deciso di comune accordo di sottoporsi alla PMA eterologa. Il marito in un secondo momento, pentendosi del consenso precedentemente prestato, promosse l'azione di disconoscimento della paternità, ex art. 235, comma 1, n. 2 c.c.

In altri termini, la *ratio* sottesa alla decisione del Tribunale capitolino, se da un lato era basata sulla scissione tra la figura della madre genetica rispetto a quella gestazionale, dall'altro poneva in rilievo la preminenza del diritto a procreare, concepito come diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.

Il Tribunale di Roma, in sostanza, sostenne che il contratto atipico di surrogazione di maternità con cui una donna si assume l'impegno di portare a termine una gravidanza, formato da materiale genetico dei due committenti, persegue un interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio, ed è valido se la madre surrogata non sia indotta da motivi di lucro, ma dall'intento solidale di soddisfare il bisogno di maternità di una donna alla quale per diversi motivi sarebbe invece negato.

§ 10. L'iter parlamentare e l'avvento della Legge 40/2004

La Legge n. 40/2004, come noto, intervenne con grande ritardo rispetto al dibattito parlamentare sulla PMA iniziato verso la fine degli anni Cinquanta del secolo scorso.

Nel nostro ordinamento, infatti, si assistette per lungo tempo ad una vera e propria spaccatura sul tema, che se da un lato vedeva sviluppare una concezione laica della bioetica (di stampo essenzialmente liberistico), dall'altro opponeva una visione confessionale (sostenuta dalla Chiesa cattolica).

L'esigenza di giungere ad una regolamentazione organica della materia, tuttavia, venne avvertita solo quando iniziarono a diffondersi pratiche alquanto discusse dal punto di vista etico, come ad esempio la prassi dell'utero in affitto, la crioconservazione di embrioni e le possibili manipolazioni genetiche.

Rispetto all'*iter* parlamentare della Legge n. 40/2004³⁹ occorre anzitutto segnalare che la prima proposta di legge fu presentata, il 25 novembre 1958, dai parlamentari Gonella e Manco, con la quale venne proposta, attraverso lo strumento del diritto penale, la reclusione fino ad un anno per la donna che si fosse sottoposta alla fecondazione eterologa, per il marito consenziente, nonché per il terzo donatore.

³⁹ C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 492 ss.

Il medesimo disegno di legge fu successivamente riproposto anche dal deputato Riccio il 29 maggio 1963⁴⁰.

Tali iniziative, però, non pervennero ad alcun esito positivo determinando di fatto una situazione di stasi.

Di fronte alla nascita del primo bambino frutto di una fecondazione in vitro, a metà degli anni Ottanta iniziarono a essere presentati una serie di disegni di legge diretti, non solo a incriminare alcuni comportamenti, ma anche a proporre emendamenti coinvolgenti l'intero ordinamento, cosicché fossero disciplinate sia le tecniche di accesso, sia le relative conseguenze.

Fu così che il Ministro della sanità Degan, in quegli anni, nominò una Commissione scientifica di esperti, presieduta da Fernando Santosuosso, la quale elaborò due proposte di legge: una limitata alle questioni inerenti alla fecondazione omologa, l'altra rivolta ai più generali problemi sulla PMA⁴¹.

Entrambe le proposte, analogamente alle precedenti, non ebbero tuttavia alcun successo. Nel 1985, come già evidenziato, il Ministero della Sanità emanò una prima circolare in materia di inseminazione artificiale, seguita dalla circolare del 27 aprile 1987, successivamente integrata dalla n. 17 del 10 aprile 1992, il cui obiettivo fu quello di salvaguardare la salute della donna, la salute del nascituro, la trasmissione di malattie veneree, a fronte dei molteplici centri che per prassi praticavano la fecondazione eterologa.

Le proposte però non si arrestarono qui.

Il 22 dicembre 1988, infatti, fu presentata una nuova proposta di legge, la n. 3486⁴², concernente esclusivamente profili penali.

⁴⁰ L'inserimento del divieto di fecondazione eterologa venne proposto anche all'interno della Riforma del diritto di famiglia, entrata in vigore nel 1975; anche tale ipotesi tuttavia venne scartata.

⁴¹ Entrambe le proposte furono presentate il 22 novembre 1985, recando rispettivamente "Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito" e "Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni".

⁴² Con la proposta di legge n. 3486 del 1988 furono proposti tre elementi di novità: in primo luogo, venne formulato un termine a partire dal quale si poteva trattare di embrione; in secondo luogo, venne suggerita una responsabilità penale particolarmente aspra con l'introduzione di sanzioni penali per le condotte commesse sia con dolo sia con colpa; in terzo luogo, fu proposta una tutela dell'embrione tramite la previsione di reati di danno e di pericolo.

Anche tale disegno di legge, tuttavia, non giunse ad esito positivo, nonostante la sua riproposizione in sede di Camera e Senato, rispettivamente l'8 giugno 1992 (pdl. n. 968) e il 22 maggio 1992 (ddl. n. 255).

Alcuni interessanti aspetti emersero nel Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale (parte generale e parte speciale⁴³), con il quale si intendeva incrementare il catalogo dei delitti contro la persona con nuove fattispecie⁴⁴.

Successivamente furono elaborate nuove proposte dirette a regolare la materia sotto ogni profilo.

Sul punto, meritano di essere menzionate:

- il ddl. n. 1150 del 29 marzo 1995, formulato dalla la Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato, che però decadde con la fine della legislatura;
- la Proposta di legge di iniziativa popolare per il riconoscimento di personalità giuridica a ogni essere umano e conseguente modifica dell'art. 1 del codice civile, da parte del Movimento per la vita nel 1995;
- lo schema di proposta di legge rubricata "Proposta di legge sulla fecondazione artificiale", disposta dalla Commissione di studio sulla bioetica nel 1996.

Da ultimo occorre segnalare che, tra gli anni Novanta e il 2003, il Ministero della Salute intensificò la propria attività regolamentare, la quale si rivelò nettamente più efficace delle pregresse proposte, prive di rilievo giuridico.

Il *vulnus* normativo, tuttavia, perdurò fino al 19 febbraio 2004, data in cui intervenne la tanto attesa approvazione parlamentare della legge sulla procreazione medicalmente assistita.

La normativa, come noto, è entrata in vigore il 10 marzo 2004 articolandosi in diciotto articoli suddivisi in sette capi. Successivamente, la legge in questione venne attuata e

⁴³ Cfr. Commissione Pagliaro – per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale (8 febbraio 1988) – Relazione (25 ottobre 1991).

⁴⁴ Con il suindicato disegno di legge venne proposto non solo lo spostamento della categoria dei reati contro la persona nel Libro I della parte speciale del codice penale, ma anche la realizzazione di un Titolo III da dedicare ai reati contro la gestazione, nel quale fare rientrare i reati di aborto, embrionicidio e inseminazione artificiale. Con detta proposta voleva inoltre essere inserito il Capo III, dedicato ai reati contro l'identità genetica e il Capo IV, dedicato ai reati contro la dignità della maternità, entrambi rientranti nel Titolo IV, intitolato "Dei reati contro la dignità dell'essere umano".

integrata sia da *soft law* che da atti regolamentari, attraverso l'adozione di Linee guida e decreti ministeriali⁴⁵.

La Legge 40/2004, tuttavia, non ha mai riscosso un consenso generalizzato, poiché già all'indomani della sua adozione, vennero nuovamente presentati numerosi progetti di legge di parziale modifica⁴⁶.

Al legislatore del 2004, infatti, furono rivolte molteplici critiche per non esser stato in grado di operare un corretto bilanciamento fra gli interessi in gioco potenzialmente in conflitto, salvaguardando il principio di laicità e il pluralismo di valori⁴⁷.

La Legge 40/2004, infatti, oltre a costituire una delle normative più restrittive tra quelle vigenti in Europa⁴⁸, pare(va) collidere sia con alcuni principi generali del diritto penale, come quello di tassatività e di riserva di legge, sia con il principio di ragionevolezza, riferendosi in particolare alla disciplina dell'aborto per la disparità di tutela tra il feto e l'embrione, nonché fra quest'ultimo e la donna.

Rispetto alle finalità che la Legge si è imposta di raggiungere, preme evidenziare il contenuto di cui all'art. 1 comma 1, il quale, nel delimitare rigorosamente il campo di applicazione, dispone che “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”.

⁴⁵ Sul punto, dunque, si richiamano il decreto del Ministero della Salute del 4 agosto 2004, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, il decreto del Ministro della Salute del 9 giugno 2004 sull’ “Individuazione dei criteri di ripartizione delle somme di cui all’art. 18 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, il decreto del Ministro della salute e del Ministro della Giustizia del 16 dicembre 2004 n. 336, avente ad oggetto il “Regolamento recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita” e il decreto del Ministro della salute del 7 ottobre 2005 sull’ “Istituzione del registro nazionale delle strutture autorizzate all’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell’applicazione delle tecniche medesime”.

⁴⁶ Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416 e ss.

⁴⁷ Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit.

⁴⁸ La Legge 40/2004 pone infatti limiti severi alle nuove tecnologie riproduttive, prospettando anche profili di incompatibilità con svariati diritti costituzionalmente tutelati, come la salute della donna o l'autonomia del medico nelle decisioni terapeutiche.

Detto altrimenti, la Legge 40/2004, con tale formulazione, da un lato, ha espressamente legittimato il ricorso alle tecniche di PMA al fine di superare le condizioni di infertilità o sterilità e, dall'altro lato, ha subordinato la sua accessibilità al rispetto dei diritti di "tutti" i soggetti coinvolti, tra i quali anche il concepito, che per la prima volta si è visto riconoscere soggettività giuridica.

Con il successivo comma 2 è stato invece introdotto il principio di sussidiarietà (confermato anche nell'art. 4), prevedendo che "il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico"⁴⁹.

In sostanza, dalla lettura delle sopracitate disposizione emerge(va) come la procreazione artificiale fosse intesa non tanto come libera autodeterminazione dell'individuo, bensì quale metodo di cura della patologia della sterilità o infertilità umana.

In altri termini costituisce, come è stato osservato, una "scelta non solo antiquata, ma anche opinabile rispetto ai dettami della scienza medica, la quale spesso ritiene la fecondazione artificiale non una terapia, ma una scelta, come nel caso delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili che sono fertili e intendono con le tecniche di PMA evitare di trasmettere al nascituro queste ultime"⁵⁰.

In linea con le finalità di cui sopra, la Legge in discussione ha altresì previsto che le tecniche di PMA siano applicate secondo il principio di gradualità, in virtù del quale una volta accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, il medico dovrà procedere con quelle meno invasive (*ex art. 4, comma 2,*

⁴⁹ L'art. 1, comma 2 è stato oggetto di una declaratoria di illegittimità costituzionale nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della Legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche.

L'attuale formulazione del presente comma, dunque, si delinea nei termini che seguono: "Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità".

⁵⁰ Cfr. A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ai margini di una legge controversa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 27.

lett. a) al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un maggior grado di invasività sul lato tecnico e psicologico per i destinatari.

In definitiva, all'interno di un sistema conflittuale come quello relativo al tema in esame, la Legge 40/2004 ha assunto il ruolo di normativa costituzionalmente necessitata, con l'arduo compito di regolare organicamente una pluralità di interessi e di diritti spesso confliggenti.

§ 11. *Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2005 e le conseguenze*

Subito dopo l'entrata in vigore della Legge 40/2004, una coalizione politica composta da Democratici di sinistra, Radicali Italiani, Rifondazione comunista, Socialisti democratici italiani e singoli esponenti della Margherita e del centro-destra indisse una raccolta firme tra i cittadini al fine di proporre avverso la citata Legge quattro quesiti di abrogazione parziale e uno di abrogazione totale.

La Corte costituzionale, pronunciandosi sull'ammissibilità costituzionale dei quesiti referendari proposti, dichiarò⁵¹ l'ammissibilità di quattro quesiti su cinque, riservando l'inammissibilità alla sola richiesta di abrogazione totale della suddetta Legge; contestualmente, vennero fissate le date del 12 e 13 giugno 2005 per la consultazione popolare.

Rispetto alle motivazioni che la Consulta dispose a sostegno dell'ammissibilità dei quesiti referendari, si segnala che:

- con le sentenze nn. 46, 47 e 48 venne escluso sia un contrasto con i vincoli internazionali, sia "che le disposizioni di legge po[tessero] ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria";
- con la sentenza n. 49, oltre a richiamare le esclusioni di cui sopra, venne sottolineato che la richiesta di referendum riguardasse "disposizioni fra loro intimamente connesse, le quali forma[va]no un autonomo e definito sistema", tale da assicurare "l'omogeneità e non contraddittorietà" del quesito.

Per quanto concerne le valutazioni condotte sui singoli quesiti referendari, si osserva anzitutto che, con la sentenza n. 46, la Consulta ha dichiarato ammissibile il quesito

⁵¹ La Consulta si pronunciò sull'ammissibilità dei quesiti referendari con cinque sentenze emesse il 13 gennaio 2005 e depositate in cancelleria il successivo 28 gennaio.

denominato “pma-limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni – abrogazione parziale”, poiché diretto ad ottenere la modifica degli artt. 12, 13 e 14 in ordine al divieto di ricerca e sperimentazione dell’embrione, che la Legge 40/2004 (oggi) vieta in tutte le forme, ad esclusione dei casi diretti alla tutela della sua stessa salute.

Diversamente, con le sentenze nn. 47 e 48 sono stati dichiarati ammissibili i quesiti aventi rispettivamente ad oggetto “pma – norme sui limiti all’accesso – abrogazione parziale” e “pma – norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all’accesso – abrogazione parziale”.

Secondo la Consulta, entrambi i quesiti referendari erano finalizzati non solo ad eliminare i limiti posti all’accesso e allo svolgimento delle procedura di PMA, ma altresì “a consentire l’accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità; ad escludere dai principi che regolano l’applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell’ovulo; a consentire interventi sull’embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche anche diverse da quelle previste dall’art. 14, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell’utero”.

Con la sentenza n. 49, inoltre, la Consulta ha dichiarato ammissibile il quesito denominato “pma – divieto di fecondazione eterologa – abrogazione parziale”, in quanto espressamente finalizzato a conseguire l’abrogazione degli artt. 4, 9 e 12 nella parte in cui vietavano con aspre sanzioni amministrative a carico di medici e biologi di praticare le tecniche di PMA di tipo eterologo.

Al contrario di quanto affermato sulle richieste referendarie di cui sopra, la Corte costituzionale con la sentenza n. 45 ha dichiarato invece inammissibile il quesito volto all’abrogazione totale della Legge 40/2004, ritenendo che essa coinvolgesse una normativa “costituzionalmente necessaria” e, dunque, non suscettibile (almeno integralmente) di referendum perché “la sua totale abrogazione, travolgendo quel minimo

di tutela legislativa che essa assicura, avrebbe comportato la violazione di quegli stessi principi costituzionali che si propone di attuare”⁵².

Il referendum avente ad oggetto quattro dei cinque quesiti proposti, tuttavia, non raggiunse il *quorum* di validità necessaria (ossia il 50% più 1), in quanto alle urne si recò solamente il 25,9% degli aventi diritto.

Ciò inevitabilmente suscitò - tra i diversi schieramenti (politici) - le letture più eterogenee sul tema: infatti, se i promotori della legge interpretarono la sua uscita “indenne” dall’esito referendario come espressione del consenso della collettività rispetto alle scelte del legislatore del 2004, altri osservarono come il mancato raggiungimento del quorum fosse piuttosto ascrivibile al disinteresse della maggioranza della popolazione ai quesiti posti, tenuto conto dell’obiettivo complessità tecnica degli stessi⁵³.

In ogni caso, l’esito del referendum segnò, ancora una volta, la profonda divisione politica su un tema di natura etica e sociale di così grande rilievo.

⁵² Rispetto alla pronuncia n. 45/2005 si veda M. MEZZANOTTE, *La sentenza n. 45 del 2005 e la “metamorfosi” del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *I referendum sulla fecondazione assistita*, 2005, p. 485 e ss.

⁵³ Secondo uno studio condotto nel periodo immediatamente precedente al referendum quasi il 40% degli aventi diritto al voto ammetteva di non conoscere quali fossero i punti della legge oggetto del referendum. Per una prospettiva sull’esito del referendum si veda E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 103 e ss.

CAPITOLO II

LA LEGGE 40/2004. TECNICHE E REQUISITI DI ACCESSO ALLA PMA

§ 1. L’embrione umano: definizione scientifica, soggettività, capacità giuridica. I residui divieti imposti a tutela dell’embrione; § 2. Le indagini genetiche preimpianto; § 3. La fecondazione di I livello: inseminazione intra-uterina (IUI); § 4. La fecondazione di II livello: FIVET e ICSI; § 5. La fecondazione di III livello: la GIFT, la ZIFT, la PROST e la TET; § 6. L’accesso alle tecniche di PMA: i requisiti oggettivi; § 7. Segue: i requisiti soggettivi; § 8. Fecondazione omologa ed eterologa: nozione e disciplina; § 9. La procreazione, una questione di responsabilità: l’art. 9 della L.40/2004; § 10. Segue: la rilettura costituzionale della Legge 40/2004 alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale n. 151/2009 e 162/2014; § 11. Il divieto di maternità surrogata nell’ordinamento italiano: il c.d. “utero in affitto”; § 12. Segue: Corte Costituzionale, sentenza n. 272/2017; § 13. Il divieto di fecondazione assistita per le coppie dello stesso sesso.

§ 1. *L'embrione umano: definizione scientifica, soggettività, capacità giuridica. I residui divieti imposti a tutela dell'embrione.*

Al fine di esaminare le tecniche e i requisiti che consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, occorre innanzitutto soffermarsi sulla concezione dell'embrione umano e sulla tutela ad esso apprestata.

Dal punto di vista scientifico per "embrione" si intende un organismo ai primi stadi del suo sviluppo, che inizia con la fecondazione dell'ovocita e che si trasforma in zigote, mediante un fenomeno detto embriogenesi⁵⁴.

In altri termini, al momento della fecondazione, viene a costituirsi un'entità detto zigote, dotato di un'unicità genetica, contenente tutte le informazioni necessarie alla costruzione del nuovo individuo, che attraverso il processo della mitosi conduce alla formazione dell'embrione.

Se dal punto di vista biologico la definizione di embrione non sembra aver posto particolari questioni, dal punto di vista giuridico la sua qualificazione ha indotto la dottrina a domandarsi se l'embrione dovesse essere inteso come un "qualcosa" ovvero come un "qualcuno".

Sul punto, in particolare, si sono susseguite diverse argomentazioni.

Secondo una prima tesi, l'individualità dell'embrione andrebbe desunta dalla formazione di un nuovo ed originale patrimonio genetico, benché essa non sia di per sé sufficiente a determinare l'eventuale individualità umana dell'embrione stesso.

Già nel 1982, infatti, il "Comitato Warnock"⁵⁵, istituito dall'allora primo ministro del Regno Unito, riconobbe implicitamente che l'embrione è un individuo umano fin dalla sua prima fase di zigote.

⁵⁴ Cfr. C. FLAMIGNI, *Nuove acquisizioni in embriologia: lo sviluppo della struttura embrionale*, in AA. VV., *Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, in M. MORI (a cura di), Milano, Giuffrè, 1992, p. 15 e ss.

⁵⁵ Tale comitato venne istituito dall'allora Primo Ministro Lady Margareth Thatcher, al fine di studiare un possibile uso di embrioni umani ai fini della procreazione o della ricerca.

Per un diverso orientamento, tuttavia, sia lo zigote sia l'embrione non dovrebbero essere assimilati a un individuo umano, bensì a un aggregato di cellule della specie umana ad uno stadio pre-individuale⁵⁶.

Ebbene, appurata l'inesistenza di una definizione univoca di embrione, occorre osservare che, nonostante le divergenti tesi sul tema, il Comitato Nazionale di Bioetica (C.N.B.) con il parere "Identità e statuto dell'embrione umano" è intervenuto a regolare la questione affermando: «[O]gni embrione derivato dalla fusione di gameti umani possiede sin dalla fase della sua costituzione zigotica un DNA che contiene sequenze specificamente umane.

Questi sono dati non controversi, che permettono di attribuire all'embrione una natura umana sin dalla fecondazione», sicché «nessuna proposta ontologica colloca l'embrione sul piano delle cose, dal momento che la sua stessa natura materiale e biologica lo colloca fra gli esseri appartenenti alla specie umana»⁵⁷.

Tale prospettiva, benché si ponga in linea con l'art. 1, comma 1, Legge n. 40/2004, è stata fortemente criticata per il fatto di porsi in contrasto con quanto previsto all'art. 1 c.c., secondo cui "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita".

In realtà, all'apparente contrasto di cui sopra è stato obiettato che, se «la soggettività rappresent[a] un *prius*, la capacità giuridica [costituisce] un *posterius*, essendo quest'ultima un mero attributo della soggettività e non già il fondamento della stessa»⁵⁸.

Ciò, del resto, è tanto più vero se si considera che i diritti fondamentali della persona (come la vita, la salute e l'identità) non si misurano in relazione alla capacità giuridica, ma sono connaturati alla persona umana⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. G.G. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, Bologna, 2005, p. 26 e ss.

Sul punto, pare altresì utile evidenziare che già nelle discussioni delle proposte di legge, finalizzate a legalizzare l'aborto nei vari paesi, venne introdotta la definizione del c.d. "pre-embrione", quale elemento non assimilabile a un essere umano.

⁵⁷ Il parere "Identità e statuto dell'embrione umano" è stato approvato il 22 giugno 1996 dal Comitato Nazionale di Bioetica.

⁵⁸ Cfr. G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, II, p. 653 e ss.

⁵⁹ Cfr. G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, cit.; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 206 e ss.

Anche secondo la Consulta⁶⁰, infatti, la tutela costituzionale riconosciuta all'individuo umano, compreso l'embrione, è da rinvenirsi all'interno dell'art. 2 Cost., seppur nei limiti delle peculiarità di cui si connota⁶¹.

In forza di ciò, molteplici autori⁶² si sono interrogati sulla possibilità di individuare all'interno del sistema uno "statuto dell'embrione", ai fini della sua qualificazione giuridica in quanto "soggetto".

Orbene, per quanto concerne la titolarità del diritto alla vita in capo all'embrione parrebbero essere due le fonti, ovverosia:

- l'art. 1, Legge n. 194/1978, secondo cui "Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio"; e

- l'art. 14, comma 1, Legge n. 40/2004 che, in proposito di procreazione medicalmente assistita, vieta espressamente la soppressione degli embrioni.

Con riferimento al diritto alla salute, l'embrione parrebbe invece esserne titolare in virtù:

- dell'art. 1, lett. c), Legge n. 405/1975, secondo cui "il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi: [...] c) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento";

- dell'art. 13, commi 1 e 2, Legge n. 40/2004, il quale, vieta "qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano" disponendo contestualmente 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".

⁶⁰ Cfr. Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, secondo cui, se da un lato, "la situazione giuridica del concepito non [può] non collocarsi, sia pure con le caratteristiche sue proprie, fra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della costituzione", dall'altro, "non esist[e] equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".

⁶¹ Cfr. M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, II, p. 620 e ss.

⁶² Cfr. G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, cit.; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione umano?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458 e ss.

Accanto alle sopracitate disposizioni, la soggettività giuridica dell'embrione (ovvero la sussistenza di un suo statuto) risulterebbe confermata da molteplici testi normativi di origine comunitaria e internazionale come:

- il Preambolo della Convenzione dei diritti del fanciullo⁶³, il quale, nel chiarire il significato da attribuire al concetto di "essere umano" (minore di diciott'anni), fa riferimento al fanciullo, quale soggetto ritenuto "bisogno di cure particolari e di una protezione legale appropriata sia prima che dopo la nascita";

- la "Convenzione di Oviedo"⁶⁴, che con specifico riferimento allo statuto dell'embrione umano ha previsto non solo che "la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata", ma altresì che "quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata dell'embrione" (art. 18);

- la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 1, nel riferirsi all'inviolabilità della dignità umana, è stato da molti interpretato quale indice di rispetto dovuto all'embrione in considerazione della sua appartenenza al genere umano⁶⁵.

L'analisi appena condotta parrebbe quindi confermare il superamento dell'equiparazione tra capacità giuridica e soggettività giuridica, dovendosi quest'ultima intendere come una più ampia "categoria giuridica idonea a rispecchiare l'evoluzione biologica dell'individuo"⁶⁶.

A riprova della qualificazione giuridica di soggetto di diritto dell'embrione umano, la Legge n. 40/2004 ha posto alcuni specifici divieti con riferimento alla procreazione medicalmente assistita, e cioè: la produzione di embrioni a fini non procreativi; la ricerca sugli embrioni in sovrannumero, che non sia volta alla tutela della loro salute; gli interventi di clonazione compiuti a fini procreativi e di ricerca; la selezione a scopo eugenetico di gameti ed embrioni, nonché la produzione di ibridi e di chimere.

⁶³ La Convenzione dei diritti del fanciullo è stata firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la Legge n. 176/1991.

⁶⁴ La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina è stata firmata il 4 aprile 1997 a Oviedo.

⁶⁵ Anche nota come "Carta di Nizza", solennemente proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza.

⁶⁶ M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione*, cit.; cfr. F.D. BUSNELLI, E. PALMIERI, voce «Clonazione», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, Utet, 2000, p. 157 e ss.

In particolare, l'art. 13 Legge n. 40/2004 ha vietato ogni sperimentazione sugli embrioni umani, precisando che la ricerca su ciascuno di essi è consentita nel limite in cui siano perseguite finalità di carattere terapeutico e diagnostico, dirette allo sviluppo e alla tutela della salute dell'embrione.

In altri termini, il divieto previsto dal legislatore del 2004, benché si fondi su un necessario bilanciamento tra valori, è andato ben oltre le previsioni della Convenzione di Oviedo⁶⁷, vietando la sperimentazione su tutti gli embrioni prodotti⁶⁸.

Alla luce di quanto sopra, è maturato un conflitto di interessi, tra quelle che sono le esigenze di ricerca scientifica e l'interesse dell'embrione, che ha dato vita ad un acceso dibattito⁶⁹: dibattito sul quale anche la Corte Costituzionale ha disposto che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona [...] e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare”⁷⁰.

Sul punto, pertanto, è stata suggerita una modifica della Legge n. 40/2004 che consentisse la sperimentazione sugli embrioni destinati a un sicuro deterioramento, considerata sia l'assenza di controindicazioni di carattere etico⁷¹, sia la non incidenza sul diritto del nascituro a diventare persona⁷².

Sotto altro profilo, la Legge n. 40/2004 ha altresì proibito gli interventi di clonazione compiuti a fini procreativi e di ricerca.

La clonazione umana, infatti, consiste nella creazione di una copia geneticamente identica di un essere umano o di copie di cellule o di tessuti umani⁷³.

⁶⁷ Cfr. I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 80 e ss.

⁶⁸ Cfr. R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 4 e ss.

⁶⁹ Secondo molti, infatti, il divieto assoluto di ricerca sugli embrioni equivale a rallentare studi dai quali potrebbero derivare benefici per l'intera collettività (in questi termini si è pronunciata la Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, nella sua Relazione di maggioranza).

⁷⁰ Cfr. G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini - Volume 1*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 325 e ss.

⁷¹ Cfr. G. COLETTA, *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, 2011, p. 320 e ss. citazione incompleta

⁷² Cfr. R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 4 e ss.

⁷³ Cfr. G. CONCETTI, *La clonazione umana: diritti ed etica - Volume 13*, Monopoli, Edizioni Vivere In, 1998, p. 1 e ss.

In considerazione di quanto previsto dalla Dichiarazione universale sul genoma umano ed i diritti dell'uomo elaborata dall'UNESCO, nonché dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo, la clonazione costituisce un attentato alla dignità umana e di conseguenza è assolutamente vietata.

I divieti contenuti all'art. 12, comma 7 e all'art. 13, comma 3, lett. c), Legge n. 40/2004, dunque, devono ritenersi in linea con le prescrizioni internazionali, proibendo qualunque intervento di clonazione.

Contestualmente, l'art. 13, comma 3, lett. d) della citata Legge vieta espressamente sia la fecondazione di un gamete di specie diversa sia la produzione di ibridi o chimere, proibendo di fatto tutte le pratiche che comportino un qualche tipo di miscuglio da un punto di vista generativo del patrimonio genetico⁷⁴.

E ancora: tra i residui divieti posti a tutela dell'embrione si annoverano il divieto alla crioconservazione e alla soppressione di embrioni “fatto salvo quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194” (*ex art. 14, comma 1, Legge n. 40/2004*).

La crioconservazione, in particolare, è una pratica volta a estendere la vitalità dell'embrione attraverso il suo congelamento e successivo mantenimento in azoto liquido⁷⁵.

Tale tecnica, infatti, se, secondo alcuni⁷⁶, si pone in contrasto con la dignità della vita umana, quando non finalizzata a garantire un successivo impianto, secondo altri appare molto più rispettosa della dignità degli embrioni rispetto alla generazione in provetta di esseri umani⁷⁷.

Sul punto, pare opportuno citare il pensiero del filosofo Hans Jonas, secondo cui la clonazione è la “più dispotica forma di manipolazione genetica”, in quanto costituisce un gemello identico al donatore.

⁷⁴ Cfr. A. BUCELLI, *Produrre uomini: procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare – Volume 11*, Firenze, University Press, 2005, p. 270 e ss.

⁷⁵ Cfr. T. PADOVANI, G. DE FRANCESCO, G. FIDELBO, *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 646 e ss.

⁷⁶ Cfr. C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. *Commentario*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

⁷⁷ In questo senso, la Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009.

L'art. 14 comma 3, Legge n. 40/2004, tuttavia, consente la crioconservazione quando il trasferimento non sia possibile per lo stato di salute della donna⁷⁸, e cioè in presenza di un'imprevedibile causa di forza maggiore.

Per ciò che concerne il divieto di soppressione degli embrioni, invece, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale al fine di potervi riconoscere una deroga ogni qualvolta gli embrioni generati in provetta risultino affetti da patologie genetiche.

La Corte Costituzionale, dunque, con la pronuncia n. 229/2015 ha affermato che "il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista".

Detto altrimenti, benché la tutela della dignità dell'embrione non permetta in sé la soppressione di embrioni, «la Corte lascia aperta la possibilità di mitigare tale tutela qualora sia giustificato da rilevanti interessi contrapposti»⁷⁹.

L'art. 14, comma 4, Legge 40/2004, infine, vieta la riduzione embrionaria delle gravidanze plurime, facendo salva però l'applicabilità della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Pertanto, analizzata nel suo insieme, la disciplina dell'art. 14, Legge n. 40/2004 si prefigge di realizzare e garantire una forte tutela dell'embrione umano.

§ 2. *Le indagini genetiche preimpianto*

Preliminarmente per diagnosi genetica pre-impianto (c.d. PGD) si intende l'accertamento genetico che, attraverso il prelievo di una o più cellule dall'embrione prima del suo impianto nell'utero materno, consente di diagnosticare se l'embrione stesso sia o meno portatore di una malattia genetica⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Giust. civ.*, 2008, 6, p. 1553 e ss.

⁷⁹ Cfr. E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, p. 6.

⁸⁰ Cfr. I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 99; A. SANTUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2011, p. 179.

La diagnosi pre-impianto, in particolare, deve tenersi distinta dalla diagnosi c.d. “prenatale” (quale ad esempio ecografia o amniocentesi), rientrante, ormai, nella normale attività di monitoraggio delle gravidanze.

In altri termini la diagnosi pre-impianto costituisce una nuova tecnica per individuare l’eventuale presenza di malattie genetiche o di modificazioni cromosomiche, in fasi molto precoci di sviluppo e in ogni caso prima dell’impianto nell’utero materno.

Questa metodologia, tuttavia, è stata fortemente contestata dai sostenitori del principio dell’intangibilità dell’embrione, ancorché tale pratica si ponga a tutela e cura dell’embrione stesso.

In sostanza, una delle questioni più dibattute è stata la relazione tra diagnosi genetica pre-impianto e il rischio di eugenetica⁸¹ (soprattutto negativa), atteso che la richiesta di sottoposizione a tale tecnica potrebbe pervenire da coppie che, pur essendo fertili, facciano domanda di utilizzo in quanto portatrici di patologie genetiche trasmissibili al nascituro.

Ebbene, nell’esperienza giuridica italiana il tema è stato affrontato a più riprese dalla giurisprudenza, la quale è intervenuta con una serie di pronunce che meritano in questa sede di essere approfondite.

Innanzitutto, a pochi mesi dall’entrata in vigore della Legge n. 40/2004, il Tribunale di Catania con l’ordinanza del 3 maggio 2004 si è trovato a dirimere una questione che vedeva una coppia di coniugi (entrambi infertili, nonché portatori sani di beta-talassemia) ricorrere ai sensi dell’art. 700 c.p.c., avverso il rifiuto del medico di fronte alla loro richiesta di non trasferire in utero gli embrioni fecondati in vitro che, in seguito a diagnosi pre-impianto, fossero risultati malati.

I coniugi, in particolare, sostennero che il diniego del medico, fondato esclusivamente sull’applicazione dell’art. 14 Legge n. 40/2004, dal quale discende l’obbligo di impianto di tutti gli embrioni creati (indipendentemente dal loro stato di salute), era lesivo del diritto alla salute e all’autodeterminazione della coppia; per tale ragione proposero alcune questioni di legittimità costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché della L. 194/1978.

⁸¹ Per eugenetica si intende la disciplina che si pone come obiettivo il miglioramento della specie umana giovandosi delle leggi dell’ereditarietà genetica.

Il Giudice catanese, tuttavia, ritenne di dover respingere il ricorso e dichiarare le relative questioni di costituzionalità manifestamente infondate, ritenendo che la richiesta di non impiantare gli embrioni malati fosse in evidente contrasto con l'art. 14 Legge n. 40/2004, laddove la pratica si configuri come "selezione a scopo eugenetico degli embrioni".

La scelta condotta dal magistrato ha costituito, per la dottrina prevalente, un'occasione persa per sottoporre alla Corte Costituzionale una legge che già da tempo suscitava innumerevoli dubbi.

Nel 2005, però, due coniugi presentarono ricorso ex art. 700 c.p.c. dinanzi Tribunale di Cagliari, per sentir dichiarare il loro diritto di ottenere la diagnosi pre-impianto dell'embrione già formato, a fronte del ragionevole dubbio che questo potesse essere portatore di una grave malattia genetica.

Anche in tale sede, gli attori proposero questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 Legge n. 40/2004, con riguardo agli artt. 2 e 32, comma 1, Cost., nella parte in cui la disposizione non prevede la diagnosi pre-impianto, laddove questa si renda necessaria alla tutela del diritto alla salute della donna.

Il Tribunale di Cagliari, dunque, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, muovendo dal principio per cui la norma era comunque a tutela dell'embrione, con la conseguenza che pareva dover essere esclusa la possibilità di una diagnosi pre-impianto se non finalizzata esclusivamente alla tutela della salute e allo sviluppo embrionale⁸².

Senonché, la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 369/2006 dichiarò la predetta questione manifestamente inammissibile, poiché il Tribunale era caduto in contraddizione sollevando la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 13 Legge n. 40/2004 e non anche di altri articoli della legge, dai quali, per stessa ammissione del Tribunale, si poteva desumere il divieto di diagnosi pre-impianto.

Fermo quanto sopra, con successiva ordinanza n. 3336/2007, il Tribunale di Cagliari tornò ad occuparsi della questione, affermando il diritto degli aspiranti genitori di conoscere preventivamente lo stato di salute dell'embrione mediante la procedura della diagnosi genetica pre-impianto.

⁸² Cfr. Trib. Cagliari, ordinanza 16 luglio 2005, n. 5026, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2876.

In tale occasione, infatti, detto giudice, argomentando in ordine al diritto alla salute, al principio di eguaglianza, nonché in ordine alla mancanza di un esplicito divieto circa l'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto, ritenne necessario adottare una lettura costituzionalmente orientata della normativa, dichiarando che fosse tale quella favorevole al riconoscimento della piena legittimità dell'accertamento diagnostico pre-impianto.

Il Tribunale, infatti, ritenne essenziale distinguere tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica (*ex art. 13*) e accertamento diagnostico (*ex art. 14, comma 5*) esclusivamente finalizzato a fornire ai richiedenti un'ideale informazione sullo stato di salute dell'embrione destinato all'impianto.

Detto altrimenti, secondo il giudice di Cagliari, negare l'ammissibilità della diagnosi pre-impianto, anche quando sia stata richiesta ai sensi dello stesso art. 14, significherebbe precludere ingiustamente un'adeguata "informazione sul trattamento sanitario da eseguirsi, indispensabile invece sia nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, consentendo ai futuri genitori di prepararsi psicologicamente ad affrontare eventuali problemi di salute del nascituro, sia in funzione della tutela della salute gestazionale della donna".

Accanto all'ordinanza del Tribunale di Cagliari, un'altra ordinanza che fornì una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 13 e 14, Legge n. 40/2004, fu quella resa dal Tribunale di Firenze il 17 dicembre 2007; in sostanza con detta ordinanza venne affermato che l'informazione esaustiva (la quale deve essere resa agli aventi diritto sullo stato di salute dell'embrione) "non può essere collegata ad una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria ad esprimere il necessario consenso"⁸³.

A completamento del percorso intrapreso con le predette ordinanze sull'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto, occorre segnalare l'annullamento delle Linee Guida del Ministero della Salute del 2004⁸⁴, intervenuto con la pronuncia del T.A.R. Lazio n. 398/2008.

⁸³ Cfr. Trib. Firenze 17-18 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 7, 2008, 723 ss.

⁸⁴ Le citate Linee Guida furono approvate con decreto del Ministero della Salute e pubblicate in G.U. n. 191 del 6 agosto 2004.

Il ricorso, composto da nove motivi di censura – di cui solo due accolti – venne presentato dall'associazione Warm (*World Association of Reproductive Medicine*) al fine di conseguire l'annullamento delle citate Linee Guida, atteso che, a parere della ricorrente, il Ministero della Salute aveva illegittimamente ampliato i divieti e imposto comportamenti difformi dal dettato legislativo.

In altri termini, l'Associazione evidenziò che, se nella Legge n. 40/2004 era consentita la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano sia pure per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, nelle impugnate Linee guida tale possibilità era ristretta al punto da essere limitata alla sola osservazione dell'embrione.

Il TAR Lazio, dunque, ritenne che la restrizione operata dalle gravate Linee guida fosse illegittima, con conseguente sussistenza del denunciato vizio di eccesso di potere.

Con il settimo motivo di ricorso, inoltre, la ricorrente contestò la mancata previsione nelle Linee guida di situazioni legate a patologie non prevedibili al momento del trasferimento degli ovociti per i quali potesse essere prevista la crioconservazione, così violando l'art. 32, comma 2, e gli artt. 2 e 3 Cost.

Pertanto, a fronte della richiesta promossa da parte ricorrente, il TAR Lazio sollevò questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 14, commi 2 e 3, Legge n. 40/2004, ponendo al centro della questione il bilanciamento d'interessi tra la tutela della donna e quella del concepito.

La Consulta, quindi, in forza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate da tre distinte ordinanze⁸⁵ (tra cui quella del citato TAR Lazio), con sentenza n. 151/2009 dichiarò:

- da un lato, l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”⁸⁶;

⁸⁵ Cfr. TAR Lazio, 21 gennaio 2008 n. 398, in *Guida dir.*, 2008, n. 6, p. 60 e ss.; Trib. Firenze, ord. 12 luglio 2008, n. 323, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3355; Trib. Firenze, ord. 26 agosto 2008, n. 382, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3354.

⁸⁶ La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 2, Legge n. 40/2004, poiché si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.: in particolare, con il primo, in quanto il legislatore riservava il medesimo trattamento a situazioni dissimili e, con il secondo, perché il legislatore, una volta chiamato a intervenire, avrebbe dovuto procedere sulla base degli indirizzi ricavabili dallo stato delle conoscenze scientifiche.

- dall'altro lato, l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Con questa pronuncia, in definitiva, la Corte costituzionale ha determinato una vera e propria svolta in tema di PMA, affermando che “la tutela dell’embrione non è comunque assoluta ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”.

§ 3. *La fecondazione di I livello: inseminazione intra-uterina (IUI)*

Tra le diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita occorre innanzitutto distinguere tra fecondazione in vivo, e cioè all'interno del corpo della donna e fecondazione in vitro, ossia in provetta⁸⁷.

Con riferimento a questa classificazione le tecniche di PMA si distinguono tra tecniche di I, II e III livello.

La fecondazione di I livello si delinea nell'inseminazione intrauterina (c.d. “IUI”), ovvero una tecnica di PMA che consiste nell'introduzione di gameti maschili trattati all'interno della cavità uterina, allo scopo di aumentare le possibilità di incontro tra i gameti.

La IUI può tuttavia essere effettuata sia con i gameti del partner (omologa), sia con gameti donati (eterologa).

In genere viene indotta una leggera crescita follicolare multipla (massimo 3 o 4 follicoli), mediante l'iniezione sottocutanea di un basso dosaggio di gonadotropine (ormone follicolo-stimolante) o, in casi specifici, tramite l'assunzione orale di citrato di clomifene.

In seguito a qualche giorno di terapia, la donna inizia un monitoraggio ecografico dell'ovulazione; dopo aver raggiunto uno specifico diametro follicolare (intorno ai 18 mm), si induce l'ovulazione mediante l'iniezione sottocutanea o intramuscolare di HCG, procedendosi dopo circa 36 ore all'inseminazione.

Quest'ultima viene effettuata in regime ambulatoriale con una tecnica poco invasiva.

⁸⁷ La differenza tra le tecniche risiede nel fatto che, mentre nel primo caso i gameti si incontrano nelle vie genitali femminili, nel secondo caso la fecondazione avviene in provetta e l'embrione che ne deriva viene successivamente trasferito all'interno dell'apparato genitale femminile.

Immediatamente dopo e per i successivi 14 giorni viene somministrata una terapia di supporto della fase luteale mediante l'assunzione di progesterone.

Decorsi quattordici giorni dall'inseminazione intra-uterina, si procede con l'effettuazione di un dosaggio delle β -HGG, al fine di valutare un eventuale stato di gravidanza.

In caso negativo, il procedimento può essere ripetuto più volte (senza pausa tra un ciclo di stimolo ed il successivo), a condizione che venga effettuata un'ecografia di controllo diretta ad accertare l'assenza di impedimenti a proseguire in tale direzione.

§ 4. *La fecondazione di II livello: FIVET e ICSI*

Tra le tecniche di fecondazione di II livello devono essere annoverate la FIVET (*Fertilisation in vitro and embryo transfert*) e la ICSI (*Intra cytoplasmic sperm injection*). La FIVET costituisce la tecnica extracorporea più efficace che permette di trattare diverse disfunzioni sia femminili, sia maschili.

Questa tecnica, infatti, è indicata anche per l'infertilità idiopatica che non ha avuto risultati con la tecnica di PMA di I livello.

In altri termini, la FIVET consiste nella fecondazione in vitro tra i due gameti e prevede che l'embrione così ottenuto – decorse dalle ventiquattro alle quarantotto ore in provetta – venga successivamente trasferito nel corpo della donna.

Diversamente, la ICSI si delinea nella più recente tecnica di fecondazione extracorporea a cui è possibile ricorrere, non solo nei casi di sterilità femminile, ma anche e soprattutto per ovviare ai casi di infertilità maschile.

Questa tecnica si caratterizza per il fatto di introdurre uno spermatozoo direttamente all'interno dell'ovocita attraverso una vera e propria iniezione.

Sia la FIVET sia la ICSI si connotano per la presenza di diverse fasi, le quali si delineano in⁸⁸:

- “iperstimolazione ovarica”: dal 1° al 15° giorno viene somministrato un analogo dell'ormone rilasciante le gonadotropine finalizzato a bloccare il ciclo femminile; dal 16° al 25° viene indotta l'ovulazione con iniezioni di FSH; dal 26°/27° giorno viene

⁸⁸ Cfr. C. ISIMBALDI, F. BOMBELLI, *Fecondazione assistita. La tecnica*, consultabile all'indirizzo medicinaepersona.org, giugno 2005.

monitorato ecograficamente l'aspetto delle ovaie e determinato il livello sierologico, allo scopo di cogliere il momento favorevole al prelievo degli ovociti;

- "prelievo degli ovociti": a partire dal 28° giorno viene completata la maturazione dei follicoli ovarici con la somministrazione di gonadotropine corioniche umane (HCG); dopo circa 36 ore vengono prelevati gli ovociti;

- "coltura degli ovociti": gli ovociti prelevati vengono incubati a 37° per 2/15 ore e immersi in terreni di coltura adatti alla loro maturazione.

Contemporaneamente, viene raccolto il seme con eiaculazione o mediante tecniche chirurgiche dall'epididimo (MESA) o dal testicolo (TESE); il seme viene dunque esaminato e preparato per la fecondazione;

- "fecondazione": in caso di FIVET ciascun ovocita coltivato viene posto a contatto con 10.000/100.000 spermatozoi pre-trattati; nel caso in cui si proceda tramite la tecnica ICSI, invece, ciascun ovocita viene direttamente fecondato dal biologo, mediante l'iniezione diretta di uno spermatozoo.

Il processo di fecondazione viene dunque monitorato e gli zigoti vengono trasferiti singolarmente in una piastra contenente terreno di coltura e riposti in termostato a 37° per 2/5 giorni fino alla formazione di embrioni;

- "controllo della fecondazione": gli embrioni vengono osservati durante la crescita e in tempi stabiliti.

Tra il 2° e il 5° giorno dalla fecondazione, gli embrioni vengono poi trasferiti in utero;

- "trasferimento in utero": gli embrioni selezionati vengono trasferiti nella cavità dell'utero materno, con un secondo intervento e dopo dodici giorni viene verificato l'avvenuto impianto, mediante determinazione dei livelli ematici di β -HGG, nonché l'evoluzione della gravidanza tramite verifica ecografica.

§ 5. *Le tecniche di III livello: la GIFT, la ZIFT, la PROST e la TET*

Tra le tecniche di fecondazione di III livello devono essere annoverate la GIFT, la ZIFT, la PROST e la TET.

Si tratta di un ristretto insieme di tecniche, il cui utilizzo è oggi molto raro, in quanto l'esecuzione delle stesse prevede la sottoposizione della paziente ad una procedura

chirurgica non priva di rischi denominata laparoscopia, la quale richiede altresì la somministrazione di anestesia generale.

La GIFT consiste nell'indurre inizialmente una stimolazione ovarica per poi prelevare gli ovociti, preparare il liquido seminale e collocare i gameti maschili e femminili nelle Tube di Falloppio. Pertanto, sulla base di questa prima metodica, la fecondazione avviene all'interno del corpo umano, ovverosia "in vivo".

Questa tecnica, oltre a esigere che almeno una tuba si presenti come morfologicamente e funzionalmente normale, può facilmente cagionare il grave effetto collaterale di gravidanze extrauterine, che in questo contesto risulta molto più frequente rispetto a quanto emerge dai dati registrati con riferimento a FIVET e ICSI.

Diversamente dalla GIFT, le altre tecniche facenti parte del III livello prevedono che la fecondazione avvenga "in vitro"; più specificamente, la ZIFT si concreta nel trasferimento all'interno delle tube degli ovociti anteriormente fecondati (i cosiddetti "zigoti") la TET prevede il trasferimento nelle tube degli embrioni già in fase di divisione, e, infine, la PROST determina il trasferimento dell'uovo fecondato prima dello svolgimento della divisione cellulare.

Come anticipato, le metodiche sopra esposte, le quali si connotano per invasività del *modus operandi*, elevati, nonché frequenti effetti collaterali, e significativi costi, sono utilizzate molto raramente e come *extrema ratio*, dovendosi prioritariamente optare per le tecniche di I e II livello, che consentono di ottenere il medesimo risultato offrendo prospettive più vantaggiose in termini di salute e sicurezza, sia dell'aspirante madre, sia del nascituro.

§ 6. *L'accesso alle tecniche di PMA: i requisiti oggettivi*

Per poter usufruire delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sopra esposte, occorre soddisfare dei requisiti, sia oggettivi, sia soggettivi, che il legislatore ha espressamente indicato all'interno del Capo II della L. n. 40/2004.

Per quanto concerne i requisiti oggettivi l'art. 4 della L. n. 40/2004, intitolato "accesso alle tecniche", al primo comma prescrive quanto segue: «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità

di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate, documentate da atto medico, nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

Come emerge chiaramente dalla terminologia impiegata dal legislatore all'interno del primo comma dell'articolo in esame, il ricorso alle tecniche di PMA costituisce un'*extrema ratio*⁸⁹, ovvero il punto di arrivo rispetto al fallimentare impiego di tutti gli altri strumenti offerti dalla medicina della riproduzione.

L'articolo in esame prosegue enunciando al comma secondo quanto segue: «Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:

- a) Gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività.
- b) Consenso informato, da realizzare ai sensi dell'art. 6».

La normativa appena esaminata dà conto di un rinnovato rapporto medico-paziente, in cui il professionista sanitario accompagna la coppia che decide di sottoporsi alle pratiche di PMA dal principio, alla conclusione, mantenendo dei doveri di informativa per tutta la durata del percorso.

A questo proposito, occorre altresì far riferimento al codice di deontologia medica⁹⁰, il quale all'art. 44 si occupa di procreazione artificiale precisando, da un lato, che le tecniche di PMA hanno lo scopo di ovviare al problema della sterilità e, dall'altro lato, che la procreazione e la fecondazione medicalmente assistita sono atti integralmente medici e che, in ogni loro fase, il medico dovrà agire nei confronti dei soggetti coinvolti secondo scienza e coscienza.

Alla coppia richiedente dovranno, quindi, essere prospettate tutte le opportune soluzioni in base alle più recenti e accreditate acquisizioni scientifiche e dovrà essere trasmessa la più chiara ed esauriente informazione sulle possibilità di successo delle pratiche con riferimento all'infertilità e con riferimento ai rischi eventualmente incidenti sulla salute della donna e del nascituro, prospettando tutte le possibili misure di prevenzione.

⁸⁹ Cfr. M.R. MOTTOLA, B. SACCÀ, A. SACCÀ, A. SCALERA, *Aspetti processuali e disciplina del diritto di famiglia*, Padova, Cedam, p. 90.

⁹⁰ Il vigente codice deontologico medico è stato approvato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 3 ottobre 1998.

§ 7. Segue: i requisiti soggettivi

All'individuazione dei criteri soggettivi è invece dedicato l'art. 5 della L. n. 40/2004, il quale prescrive quanto segue: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»⁹¹.

La limitazione del ricorso alle tecniche di PMA a favore di sole coppie trova la propria ragion d'essere in quell'orientamento recepito dal legislatore del 2004 imperniato sulla tutela del diritto del minore ad avere una famiglia “tradizionale”, che in quanto tale si connota per la presenza di due soggetti di sesso diverso, che assumono comunemente la responsabilità della procreazione⁹².

In altri termini, dal punto di vista del legislatore, l'accesso alle tecniche di PMA può avvenire solo laddove risulti compatibile con quelli che sono gli interessi fondamentali e giuridicamente protetti del nascituro, il quale risulta pienamente tutelato solo nell'ambito di una famiglia “a struttura tradizionale”⁹³ che, nella prospettiva della *ratio legis*, è la più idonea a garantire la realizzazione della personalità dello stesso.

Dal requisito appena esaminato si può evincere il divieto di ricorrere alle tecniche di PMA da parte di persone *single*, donne nubili o vedove, o uomini intenzionati ad impiegare la maternità surrogata⁹⁴.

⁹¹ Per ciò che concerne l'analisi dell'inciso “entrambi viventi”, si veda quanto già analizzato in seno al § 8, Cap. I.

⁹² Cfr. F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge n. 40 2004*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 47.

⁹³ Cfr. A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 11.

⁹⁴ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *La procreazione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in <https://www.google.com/search?client=avast-a-2&q=la+procreazione+medicalmente+assistita+e+i+diritti+dei+soggetti+coinvolti+gianformaggio&oq=la+procreazione+medicalmente+assistita+e+i+diritti+dei+soggetti+coinvolti+gianformaggio&aqs=avast> (consultato in data 10 ottobre 2023).

Il legislatore del 2004 non si è limitato a prevedere, quale presupposto imprescindibile per accedere alle tecniche di PMA, la sussistenza di una coppia, ma ha ulteriormente specificato come la stessa debba essere composta da soggetti di sesso diverso, escludendo inevitabilmente dalla materia le coppie omosessuali.

Questa previsione della Legge n. 40/2004 ha sollevato perplessità e critiche: il divieto sembra infatti violare esplicitamente il contenuto estremamente garantista di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale prescrive quanto segue: «É vietata qualsiasi forma di discriminazione, fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

Nonostante le obiezioni sollevate da molti, questa parte della legge sulla procreazione medicalmente assistita è rimasta nel tempo invariata.

Proseguendo nell'analisi dell'art. 5 della Legge n. 40 del 2004, emerge un altro aspetto degno di nota: le coppie abilitate ad accedere alle tecniche di PMA debbono risultare legalmente coniugate o quantomeno stabilmente conviventi *more uxorio*.

Con riferimento al vincolo di coniugio, la dottrina ha evidenziato una certa laconicità della disciplina, avendo il legislatore ommesso di prescrivere che l'unione coniugale degli interessati non versi in uno *status* di separazione (anche di fatto) al momento della fecondazione.

Occorre ricordare che la separazione di fatto tra i coniugi, pur non cagionando una sospensione degli obblighi coniugali, determina, tuttavia, un'effettiva interruzione della convivenza⁹⁵, andando così inevitabilmente a ledere quella tradizionale struttura di famiglia sulla quale il legislatore ha edificato i requisiti di accesso alle tecniche di PMA. Sul punto permangono molte perplessità, in quanto, da una parte, il legislatore ha inteso improntare una parte così importante della legge, come quella dei requisiti di accesso alle tecniche di PMA, alla doppia genitorialità, all'idea di solida unità familiare, che si realizza nella sua pienezza proprio nel vincolo matrimoniale, dall'altra, ha ommesso di specificare in modo concreto e inequivoco lo *status* in cui deve versare l'unione coniugale nel

⁹⁵ Cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti e linee di tendenza, commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2004, p. 132.

momento in cui si accede alla procreazione artificiale, determinando una profonda e grave lacuna normativa.

Con riferimento all'ipotesi alternativa alla sussistenza del vincolo matrimoniale, ovvero sia l'ipotesi di convivenza *more uxorio*, il fatto di aver garantito l'accesso alle tecniche di PMA anche alle coppie che risultino essere solo conviventi, ma non sposate, dà conto di una significativa apertura nei confronti delle stesse e ciò costituisce nell'opinione di molti un elemento di novità e di pregio della legge.

Tuttavia, anche sotto questo profilo si ravvisa una certa lacunosità della disciplina, in quanto il legislatore ha omesso di precisare indicazioni di rilievo, come per esempio la durata minima di convivenza che debba essere in qualche modo dimostrata dalle coppie interessate a ricorrere alle pratiche di PMA.

Ciò ha suscitato non poche perplessità negli interpreti, soprattutto a fronte della preminente tutela del nascituro, del suo superiore interesse e di quell'idea di famiglia solida e unita che la legge, a più riprese, e con differente terminologia, richiede per poter fruire della procreazione artificiale.

Più specificamente, secondo molti studiosi e operatori del diritto che si sono confrontati con la Legge n. 40 del 2004, ed in particolar modo con i requisiti di accesso della stessa, sarebbe stata auspicabile una maggiore chiarezza, proprio con riferimento alla stabilità della convivenza, sulla scorta, per esempio, della legislazione francese, la quale prevede una durata minima di due anni di convivenza pregressa⁹⁶, al fine di richiedere l'accesso alle tecniche di PMA.

Un altro requisito di accesso al quale si fa riferimento all'interno dell'art. 5 della L. n. 40 del 2004 in materia di requisiti soggettivi, è quello dell'età.

Il legislatore ha operato due riferimenti all'età, uno intuitivo e facilmente applicabile, ovvero sia quello relativo alla maggiore età, e uno maggiormente complesso, che si riferisce all'età potenzialmente fertile.

Per quanto concerne il riferimento all'età potenzialmente fertile, la *ratio legis*, sotto questo profilo, è duplice: da una parte il legislatore ha inteso tutelare la salute della donna, in conformità con l'impostazione normativa della legge⁹⁷ (le tecniche di PMA, infatti, si

⁹⁶ Cfr. R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita, la nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 72.

⁹⁷ Cfr. R. VILLANI, *op. cit.*, p. 73.

presentano *ab origine* non esenti da rischi, che verrebbero inevitabilmente amplificati su di una donna in età avanzata); dall'altra, il legislatore ha così inteso evitare la determinazione di un divario di età eccessivamente esteso tra genitori e figli.

Anche in questo contesto sarebbe potenzialmente ravvisabile una lacuna normativa, dovuta dal fatto che il legislatore non ha specificato un'età precisa, oltre la quale non è più possibile accedere alle tecniche di procreazione artificiale, tuttavia, gli studiosi ritengono che, in questo caso, non sussista nessuna lacuna, dal momento che, in natura, non è possibile individuare un'età procreativa definita e indiscutibile.

Dalla disciplina appena esaminata emerge con chiarezza il fatto che non è stata data eccessiva importanza al requisito dell'età potenzialmente fertile, a dimostrazione di ciò si può notare come il legislatore non abbia previsto tale requisito tra quelli che devono risultare all'interno della dichiarazione della coppia richiedente: l'omissione non determina alcuna sanzione, diversamente da quanto accade con riferimento agli altri requisiti esaminati ⁹⁸.

§ 8. *Fecondazione omologa ed eterologa: nozioni e disciplina*

Come già enunciato in precedenza, la distinzione tra fecondazione omologa e fecondazione eterologa rappresenta una questione preliminare di cruciale importanza in materia di PMA, e si fonda sul fatto che, all'interno della fecondazione omologa vengono impiegati i gameti (spermatozoi e ovuli) della coppia richiedente, con l'importante conseguenza che il nascituro presenterà lo stesso patrimonio genetico dei genitori, mentre la fecondazione di tipo eterologo necessita del ricorso a gameti di donatori esterni, laddove un membro della coppia o entrambi siano affetti da gravi problemi di fertilità, o laddove vi sia la consapevolezza della presenza di un difetto geneticamente trasmissibile dal quale si vuole preservare il nascituro.

Il ricorso alla fecondazione di tipo eterologo determina il fatto che il patrimonio genetico del nascituro non sarà più quello dei genitori biologici, o quantomeno non sarà omogeneo tra di essi, in quanto apparterrà unicamente ad uno di loro.

⁹⁸ Cfr. R. VILLANI, *op. cit.*, p. 217.

Come già osservato in precedenza, a partire dal 2014, la Corte Costituzionale ha fatto decadere il divieto di fecondazione eterologa nel nostro Paese, e ciò ha determinato una significativa apertura operata dal nostro ordinamento nei confronti della PMA.

Più specificamente, la legge italiana prevede che i gameti provengano da una donazione anonima, eseguita in forma gratuita e volontaria.

Nel nostro Paese in nessun caso la coppia ricevente può conoscere l'identità della donatrice o donatore, e questi ultimi, a loro volta, non sono abilitati a conoscere l'identità della prole.

I dati clinici della donatrice o donatore possono essere resi conoscibili al personale sanitario, unicamente in casi eccezionali, dietro specifica richiesta e mediante apposita procedura, a fronte di eventuali problemi medici della prole, ma la coppia ricevente, nemmeno in questo particolare caso, può accedere a quei dati.

Il centro di riferimento svolge analisi approfondite e in seguito accoglie le donazioni di gameti in base a precisi requisiti, quali buona salute, storia clinica e genetica dell'aspirante donatrice o donatore, ed età: la donatrice dovrà avere tra i 20 e i 35 anni mentre il donatore tra i 18 e i 40.

Amici, parenti e familiari non sono candidabili a donatori, ed è comunque previsto un limite massimo per donatrici e donatori di 10 nati.

Occorre, infine, meglio precisare quando si possa ricorrere alla fecondazione di tipo omologo e quando si possa, invece, ricorrere a quella di tipo eterologo.

La PMA omologa può essere impiegata in qualsiasi situazione e gravità dell'infertilità, a condizione che si disponga di gameti appartenenti alla coppia, quando sussista un'impossibilità insanabile per la coppia di consumare rapporti sessuali completi, ed infine quando vi sia un fondato rischio di trasmissione di patologie infettive mediante il rapporto sessuale, come HIV o epatite C.

La PMA eterologa, invece, viene attuata nei casi di infertilità assoluta per totale mancanza di gameti in uno dei membri della coppia, o entrambi, o laddove precedenti accertamenti medici abbiano accertato la presenza di un significativo difetto genetico, dal quale si vuole proteggere la prole.

Nonostante il superamento degli ostacoli di natura legislativa, oggi la PMA eterologa versa ancora in uno stato di difficoltà, vista la carenza che si registra con riferimento alla donazione di gameti, in special modo di gameti femminili⁹⁹.

§ 9. *La procreazione, una questione di responsabilità: l'art. 9 della L. 40/2004*

La L. 40 del 2004 inquadra la procreazione come evento conseguente ad una scelta informata, responsabile e consapevole da parte della coppia di aspiranti genitori.

Più specificamente, l'art. 9 della L. n. 40 del 2004 prescrive il duplice divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.

L'art. 9 prescrive quanto segue: «qualora si ricorra a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4 comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235 primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice».

Fermo restando l'ormai decaduto divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa, la legge ha stabilito l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento nell'ipotesi di mancata coabitazione o impotenza del marito, nonché l'inammissibilità dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex art. 263 cod. civ.*

In materia di disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa, merita di essere citata la sentenza della Corte di Cassazione n. 2315 del 16 marzo 1999¹⁰⁰, la quale ha stabilito che, in materia di fecondazione assistita eterologa, l'azione di disconoscimento della paternità *ex art. 235 cod. civ.* sia da escludersi qualora emerga il consenso del coniuge, anche per fatti concludenti, a ricorrere a quelle tecniche.

Inoltre, è stato stabilito che, qualora manchi il consenso del coniuge a ricorrere alla summenzionata tecnica, l'azione di disconoscimento della paternità si prescrive, in ogni caso, entro un anno, che decorre dalla conoscenza della circostanza taciuta.

⁹⁹ La donazione di ovuli prevede la sottoposizione a stimolazione ovarica della donatrice, una pratica ritenuta nell'opinione comune invasiva.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., sezione I civile, 16 marzo 1999, n. 2315.

Quanto al divieto di anonimato della madre, l'art. 9 della legge al comma secondo prescrive quanto segue: «La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»¹⁰¹.

La norma in esame, pertanto, non consente alla madre che abbia generato un figlio a seguito dell'impiego delle tecniche di PMA di avvalersi dell'anonimato.

La *ratio legis* è chiara e inequivoca: la madre che non abbia fatto ricorso alla procreazione artificiale, potrebbe potenzialmente non aver mai desiderato alcuna gravidanza, e, in questo particolare caso, il diritto all'anonimato della partoriente deve essere garantito, nel rispetto del principio di autodeterminazione della persona umana.

Nell'ambito della PMA, invece, la genitorialità rappresenta il fine ultimo rispetto ad una scelta informata e consapevole operata *ex ante* dalla coppia, e quindi anche dalla madre richiedente.

Dunque, non è comprensibile, né soprattutto ammissibile, che la madre, dopo essersi sottoposta ad ingenti e profondi sacrifici, sia economici, sia personali, per poter accedere alle pratiche e affrontarle, decida poi di rinunciare al riconoscimento del figlio¹⁰².

Viene così introdotta una deroga espressa alla disciplina contenuta all'interno dell'ordinamento di stato civile, utile anche a completare e garantire un'ulteriore disposizione della L. n. 40 del 2004, ovvero quella di cui all'art. 8, il quale prevede, con riferimento allo *status* giuridico del nato mediante le tecniche di PMA, che questo abbia lo stato di figlio o di figlio riconosciuto dalla coppia, che abbia espresso la volontà di ricorrere alle tecniche stesse.

Se fosse infatti possibile, per la madre, avvalersi dell'anonimato dopo aver partorito il proprio figlio, a seguito dell'impiego delle tecniche di PMA, la garanzia posta dall'art. 8

¹⁰¹ Si veda il regolamento del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, «Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile», entrato in vigore in data 30 marzo 2001. L'art. 30 dello stesso prescrive quanto segue: «La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico, o dall'ostetrica, o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

¹⁰² Cfr. M. FINOCCHIARIO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida al dir.*, Dossier mensile, 3, 2004, p. 41.

della legge stessa a tutela del concepito e nato mediante siffatte metodiche, risulterebbe irreparabilmente vanificata.

Concludendo, l'art. 9 della legge, più specificamente l'impossibilità di avvalersi dell'art. 30 del regolamento sopra citato in questo contesto, garantisce la piena efficacia dell'art. 8, disposizione di cruciale importanza, soprattutto con riferimento al superiore interesse del minore.

§ 10. *Segue: la rilettura costituzionale della Legge 40/2004 alla luce delle pronunce della Corte costituzionale n. 151/2009 e 162/2014*

Come già osservato in precedenza, la Legge n. 40/2004 è stata più volte oggetto di giudizio di legittimità costituzionale.

Le pronunce della Corte che si sono susseguite nel tempo hanno determinato un significativo rinnovamento dell'originario testo legislativo con riferimento a diversi aspetti.

Esaminando le modificazioni apportate alla legge in esame, una prima e fondamentale correzione si è verificata mediante la già citata sentenza n. 151 del 2009.

A seguito di questo intervento, la Corte è giunta a "rileggere la legge in modo laico"¹⁰³, attribuendo definitivamente alla valutazione del professionista sanitario la scelta circa il percorso diagnostico-terapeutico da seguire caso per caso, eliminando così ogni forzatura ed automatismo impostati in precedenza dal legislatore.

Più specificamente, la Corte ha provveduto alla parziale modifica dell'art. 14 comma 2 della Legge n. 40/2004 per violazione degli artt. 3 e 32 Cost. (si veda il § 2 del presente Capitolo), salvaguardando, invece, la parte della disposizione in esame in cui si prescrive che non deve essere creato «un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario», a testimonianza di una costante attenzione alle esigenze di protezione dell'embrione, non più considerate, tuttavia, in una prospettiva eminentemente assolutistica, bensì bilanciata con tutte le altre esigenze coinvolte in materia.

¹⁰³ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 105.

In conclusione, la protezione dell'embrione, così come la salvaguardia del diritto fondamentale alla salute e l'interesse procreativo devono essere valutati in modo contestuale e sinergico, «sulla base dell'autonomia e della responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)»¹⁰⁴.

Proseguendo nell'analisi delle fondamentali pronunce della Corte costituzionale in materia, ne emerge un'altra di significativo rilievo, ovverosia la sentenza n. 162 del 2014, mediante la quale si assiste ad un imponente intervento determinante l'eliminazione del divieto concernente l'utilizzo di tecniche di inseminazione di tipo eterologo, originariamente previsto all'interno dell'art. 4, comma 3, della Legge n. 40.

Mediante tale pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della sopracitata disposizione nella parte in cui prevedeva il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, quando fosse stata diagnosticata ai soggetti interessati una patologia determinante sterilità o infertilità definitiva e irreversibile.

Dopo aver simbioticamente convissuto all'incirca per trent'anni con la PMA omologa, quella eterologa, proprio a partire dal 2004, l'anno effettivo di entrata in vigore della legge, “sarebbe caduta improvvisamente in disgrazia per esattamente un decennio, fino alla definitiva riabilitazione nell'ordinamento da parte della più volte richiamata sent. n. 162”¹⁰⁵.

Il divieto previsto dalla Legge n. 40 non aveva eguali in tutto il continente europeo, e la sua irragionevolezza, nonché lesività di tutta una serie di diritti costituzionalmente protetti, tra cui quello all'eguaglianza e quello alla salute, non poteva che sollevare significative critiche, da parte del Parlamento, della giurisprudenza e della dottrina, ma anche dell'opinione pubblica.

La questione, come era prevedibile, non è rimasta arginata all'interno dei confini nazionali, ma ha determinato un rilevante contrasto eurounitario: dapprima la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia in data 22 luglio 2014 e, successivamente, il formale deferimento mediante ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 17 maggio 2018.

¹⁰⁴ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁵ Cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*, p. 143.

Occorre esaminare quali fossero le ragioni poste alla base di un divieto così rigoroso, riconducibili a diversi ambiti, ovverosia quello sanitario, quello psico-sociale e, infine, quello giuridico.

Dal punto di vista prettamente medico si sosteneva che la procreazione assistita di tipo eterologo presentasse una percentuale di esito positivo inferiore rispetto alla corrispondente tecnica di tipo omologo, con ripercussioni gravemente negative sulla psiche dei soggetti coinvolti.

Sul versante psico-sociale, si poneva l'accento sulla disgregazione genitoriale che il nascituro avrebbe dovuto accettare e con la quale avrebbe dovuto convivere, conseguente alla donazione di gameti che si pone a fondamento della PMA eterologa.

Infine, in una prospettiva eminentemente giuridica, si postulava, in conseguenza dell'utilizzo delle tecniche di tipo eterologo, un sacrificio estremamente gravoso ed inaccettabile a carico del nascituro, più specificamente sarebbe stato inficiato il suo diritto "all'identità biologica certa ed alla famiglia certa"¹⁰⁶.

A supportare questa tesi e ad alimentare questa preoccupazione era soprattutto l'esperienza pregressa, i numerosissimi casi di disconoscimento di paternità verificatisi dopo l'impiego delle tecniche di PMA eterologa, da parte di padri che, pur avendo previamente acconsentito, all'utilizzo di materiale biologico di donatore, si sottraevano poi alla propria responsabilità genitoriale *ex post*.

Nonostante la presenza delle summenzionate tesi contrarie all'impiego della procreazione assistita di tipo eterologo, altrettanto presenti e maggiormente pregnanti erano le tesi di segno opposto, che invece incentivavano l'utilizzo di quelle metodiche.

Tra di esse necessitano di essere menzionate quelle che ponevano l'accento sul fatto che il divieto finisse inevitabilmente per ledere il diritto all'autodeterminazione della persona, il diritto alla libertà riproduttiva della coppia, il diritto alla salute, da intendersi quale benessere psicofisico, ed infine, e non di minore importanza, il diritto di eguaglianza, cagionando una discriminazione tra cittadini comunitari ed italiani, ma non solo, anche tra connazionali più e meno abbienti, in quanto i primi, supportati da condizioni economiche più agiate, avrebbero potuto recarsi all'estero per accedere alle pratiche

¹⁰⁶ Cfr. S. AGOSTA, *op cit.*, p. 146.

negate in Italia, laddove i secondi, versanti in uno stato di maggiore difficoltà, non avrebbero potuto agire in tal modo.

Secondo quanto riportato dalle statistiche in materia, nell' anno 2011 all'incirca 4000 coppie si sono recate dall'Italia all'estero, e la metà di queste allo scopo di fruire delle pratiche vietate all'interno del nostro ordinamento¹⁰⁷.

Questi dati confermano l'incisività del fenomeno del cd. "turismo procreativo", rafforzatosi in conseguenza del divieto di PMA eterologa.

Oltre a quanto già esposto, è doveroso ricordare che, in realtà, le conseguenze derivanti dalla fecondazione di tipo eterologo risultavano già previste e disciplinate all'art. 9 della Legge, con riferimento al coniuge o convivente che avesse fornito *ex ante* il consenso all'impiego di tali metodiche, alla madre e, infine, al donatore di gameti.

I primi non avrebbero potuto esercitare l'azione di disconoscimento di paternità ex art. 235, comma 1, numeri 1) e 2) del codice civile, né tantomeno l'impugnazione ex art. 263 del medesimo codice; la madre non avrebbe potuto richiedere l'anonimato avvalendosi di quanto disposto dall'art. 30, comma 1, del regolamento relativo al decreto del Presidente della Repubblica n. 396 dell'anno 2000, ed infine, quanto al donatore, quest'ultimo non avrebbe instaurato alcuna relazione con il nato, non avrebbe potuto vantare alcun diritto, né diventare titolare di obblighi¹⁰⁸.

Dunque, si poteva facilmente evincere una contraddizione esistente in seno alla Legge n. 40, che da una parte affermava in modo rigoroso il divieto, dall'altra finiva per disciplinare i possibili effetti derivanti dal mancato rispetto dello stesso.

Per ultimare questo contraddittorio e complesso quadro normativo, era stata prevista, a presidio del divieto, una sanzione pecuniaria estremamente gravosa, il cui valore oscillava da 300.000 a 600.000 euro.

Tra le molteplici pronunce che si sono susseguite nel tempo, prima di addivenire alla celeberrima pronuncia n. 162 del 2014, possiamo menzionare quella riguardante il Trib. di Milano, I sez. civ., adito in via d'urgenza a norma dell'art. 700 cod. proc. civ., da parte di una coppia coniugata affetta da problemi di sterilità, che richiedeva al Tribunale di imporre all'istituto medico al quale la coppia si era rivolta, di effettuare una fecondazione

¹⁰⁷ Cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁸ Cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*, p. 152.

di tipo eterologo, contestualmente eccependo questione di legittimità costituzionale a fronte di una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost.

L'articolato *iter* si chiuse, tuttavia, mediante dichiarazione di manifesta infondatezza¹⁰⁹.

Assumendo come punto di vista quello della Corte di Strasburgo, una pronuncia di cardinale importanza è quella relativa al caso "*S.H e altri c. Austria*".

La controversia in esame vede protagoniste due coppie, entrambe coniugate, di ricorrenti austriaci, le quali avevano in precedenza lamentato innanzi alla Corte costituzionale austriaca l'incostituzionalità di alcune disposizioni appartenenti al diritto interno, che producevano l'effetto di precludere l'accesso a determinate tecniche di PMA eterologa.

Dal punto di vista medico, le due coppie necessitavano di PMA di tipo eterologo: nello specifico, la prima coppia si caratterizzava per un problema imputabile in parte ad ambedue i coniugi, in quanto la moglie risultava affetta da un problema alle Tube di Falloppio, il marito da sterilità, pertanto, concretamente, gli interessati necessitavano di fecondazione *in vitro* con donazione di liquido seminale.

Quanto invece alla seconda coppia, il problema apparteneva alla sola moglie, che nello specifico necessitava di fecondazione *in vitro* con annessa donazione di ovuli.

Occorre ricordare che in Austria, di fatto, era consentito praticare inseminazione *in vivo* con materiale biologico proveniente da donatore, mentre era vietato effettuare fecondazione *in vitro* servendosi di gameti di donatori.

La Corte costituzionale austriaca era giunta a rigettare le questioni prospettate dalle due coppie, e ciò al fine di prevenire il rischio di sfruttamento di donne versanti in uno *status* di difficoltà economica, nonché il rischio legato all'insorgenza di relazioni "particolari".

A fronte di tale insoddisfacente esito, le due coppie decisero di ricorrere alla Corte Edu.

Nel dettaglio, le coppie ricorrenti lamentavano la contestuale violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, rispettivamente il diritto al rispetto alla vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.

La Corte dopo attente e articolate riflessioni, riconobbe a favore di tutti i ricorrenti la lesione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8.

¹⁰⁹ Cfr. Ordd. 7 aprile e 23 novembre 2009.

A seguito di tale importante pronuncia ad opera della Corte di Strasburgo, molti tribunali italiani, tra i quali quelli ordinari di Firenze, Catania e Milano, iniziarono a sollevare questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della Legge n. 40.

Il punto di arrivo di questa complessa situazione non poteva che essere quello di rimozione del divieto di fecondazione eterologa, mediante la sent. n. 162/2014.

La sentenza in esame si presenta articolata e complessa, come emerge chiaramente dalla sua motivazione, nella quale, innanzitutto, vengono delineati gli interessi rilevanti, da intendersi, al pari di quanto previsto dalla sentenza n. 151/2009, non in modo assolutistico, bensì come parti egualmente significative all'interno del medesimo disegno. Nuovamente la tutela dell'embrione, il diritto alla salute psicofisica della donna, la volontà procreativa nascente, in questo caso, all'interno di una situazione impeditiva permanente e irreversibile, devono necessariamente coniugarsi reciprocamente a fronte di una appropriata valutazione medica inerente la decisione circa il *modus operandi* da impiegarsi.

La portata del cambiamento è stata considerevole, e non si esaurisce nella definitiva "caduta" del divieto, bensì spazia fino alla molteplicità di temi affrontati contestualmente e parallelamente da parte del Giudice di legittimità: in special modo il tema della famiglia, intesa come una nuova realtà "edificata" su di una decisione ad elevata componente volontaristica, e quello della genitorialità, che, a seguito di tale innovazione, risulta rivoluzionato in modo irreversibile.

§ 11. *Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano: il c.d. "utero in affitto"*

Con la terminologia "maternità surrogata" o "maternità per sostituzione", si intende una particolare modalità procreativa (che può anche prescindere da tecniche di procreazione medicalmente assistita), la quale prevede "la stipulazione di un contratto, in forza del quale una donna, ovvero sia la madre surrogata o gestazionale, dietro un corrispettivo o per finalità solidaristiche si presta ad avere una gravidanza ed a partorire un figlio non per sé stessa, ma per un'altra donna, la madre committente"¹¹⁰.

¹¹⁰ Cfr. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè Editore 2000, p. 1.

Ulteriori denominazioni possono essere utilizzate allo scopo di distinguere tra le diverse modalità realizzative di tale pratica: parleremo, dunque, di “maternità surrogata eterologa o gestazionale *tout court*, quando la donna si limita alla sola gestazione di embrioni appartenenti ad altri o alla coppia committente; parleremo, invece, di maternità doppiamente eterologa, quando i gameti sono estranei tanto alla madre portante, quanto ai genitori intenzionali; ci si riferisce, invece, alla maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazione o omologa, quando la madre contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti”¹¹¹.

Come facilmente si evince *ab origine* dall’articolata terminologia, si tratta di un fenomeno complesso, di origini risalenti nel tempo, sempre più diffuso ed utilizzato, soprattutto grazie al progresso della scienza medica e della tecnica.

Tale fenomeno è diversamente inteso e disciplinato nei vari Paesi europei e non, per esempio, in Paesi quali la Gran Bretagna, l’Ucraina, la Russia; alcuni stati USA ammettono il ricorso alla maternità surrogata, in altri Paesi rappresenta una pratica non vietata, e quindi, nel silenzio della normativa, tendenzialmente accettata, e poi vi sono paesi, tra i quali l’Italia, in cui tale pratica è rigorosamente vietata, come emerge chiaramente dal testo dell’art. 12, comma 6, della L. n. 40/2004¹¹².

Prima dell’avvento della L. n. 40/2004, si possono individuare soltanto due casi giurisprudenziali rilevanti in materia verificatisi nel nostro Paese, la legittimità dei quali è stata ponderata dai giudici sulla base della “meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti”¹¹³.

Nel primo caso, il Tribunale di Monza¹¹⁴ si è trovato per la prima volta a decidere sulla questione in esame, valutandola nella cornice “dell’atipicità contrattuale”¹¹⁵: l’esito è

¹¹¹ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 179.

¹¹² L’art. 12, comma 6, della Legge n. 40/2004 prescrive quanto segue: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 euro a un milione di euro».

¹¹³ Cfr. M. DELL’UTRI, *La maternità surrogata nella pronuncia della corte d’appello di Bari: la nozione dell’ordine pubblico internazionale e il criterio dell’interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 364.

¹¹⁴ Il giudizio al quale si fa riferimento è stato affrontato dal Tribunale di Monza in data 27 ottobre 1989.

¹¹⁵ Cfr. M. DELL’UTRI, *op. cit.*, p. 364.

stato quello di dichiarare la nullità del contratto per illiceità della causa, determinando conseguentemente il rigetto dell'istanza avanzata dai ricorrenti.

Nel caso di specie, come sovente accade nei giudizi concernenti la maternità surrogata, la madre gestazionale, una donna immigrata di origine algerina, dopo aver partorito il figlio della coppia committente dietro corrispettivo, si era poi rifiutata di consegnare il bambino, concepito mediante il gamete del padre biologico.

Il giudice di merito, trovandosi per la prima volta a dover dirimere una simile situazione, ha valutato il contratto alla base di tale complessa relazione tra le parti contrastante con il contenuto di cui all'art. 5 cod. civ., ovverosia contrario «alla legge, all'ordine pubblico, e al buon costume».

Dunque, viene posto a fondamento della decisione il principio civilistico di ordine pubblico, che funge da limite rispetto all'impiego di questa pratica, valutata negativamente dal giudice nel caso di specie, in cui una donna straniera, in una situazione di difficoltà economica, aveva acconsentito a portare a termine una gravidanza per altri. Tale circostanza di “svantaggio”, unita al mancato consenso della madre gestazionale stessa, conducono il giudice a non soddisfare la richiesta dei genitori intenzionali.

Ad un esito completamente differente si assiste, ben 11 anni dopo, innanzi al Tribunale di Roma.

La controversia, questa volta, vede protagonisti un medico e una coppia di aspiranti genitori: il medico in questione opponeva il suo rifiuto a porre in essere la pratica in esame mediante impianto, nel corpo dell'aspirante madre gestazionale, di un embrione crioconservato, proveniente dalla coppia committente, che aveva provveduto alla sua produzione e conservazione, prima che la madre biologica subisse un intervento chirurgico di isterectomia¹¹⁶.

Si trattava di un accordo a titolo gratuito tra le parti, a scopo solidaristico, essendo i soggetti coinvolti legati da un rapporto di amicizia.

Alla luce di tali fatti, il giudice di merito ha ritenuto lecita la causa del contratto, non riscontrando alcuna contrarietà all'ordine pubblico, valorizzandone per l'appunto la forte componente solidaristica e altruistica¹¹⁷.

¹¹⁶ L'isterectomia è un intervento chirurgico consistente nella rimozione dell'utero e della cervice uterina.

¹¹⁷ Tribunale di Roma, ord. del 17 febbraio 2000.

Pertanto, come emerge dalle pronunce esaminate, inizialmente la questione della maternità surrogata veniva affrontata e valutata unicamente alla luce del principio dell'ordine pubblico, che rappresentava il baricentro in materia.

Ad inaugurare una giurisprudenza di contenuto differente¹¹⁸ è stata la Corte d'appello di Bari¹¹⁹, che ha dichiarato illegittimo il rifiuto di trascrivere nel registro di stato civile italiano “due *parental order* emessi nel 1998 e 2001 dalla *Croydon Family Proceeding Court* britannica”¹²⁰, concernenti la nascita di due bambini, concepiti a seguito di contratti di maternità surrogata stipulati a titolo gratuito e solidaristico.

La Corte provvede, innanzitutto, ad esaminare attentamente il caso, che è quello di una madre italiana, risieduta per anni in Gran Bretagna, Paese nel quale si sposa con un uomo di nazionalità britannica e in cui ricorre per ben due volte a maternità surrogata a titolo gratuito, come stabilito dalla legge inglese, che non ammette lo scopo di lucro in materia. Separatisi dal marito la donna torna in Italia, e qui chiede la trascrizione degli atti di nascita per ottenere il riconoscimento della propria genitorialità anche nel proprio paese di origine (in Gran Bretagna era già stata riconosciuta come madre a seguito di apposita rinuncia della madre surrogata).

La Corte, preliminarmente, all'interno della sentenza pone l'accento sulla diversità tra la nozione di ordine pubblico interno «consistente nell'insieme dei principi essenziali dell'ordinamento nazionale» e ordine pubblico internazionale, ovverosia «l'insieme dei principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», giungendo ad una conclusione per la quale il divieto di maternità surrogata, unitamente alla prevalenza della maternità naturale e biologica su quella sociale, «non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni, come appunto quella inglese, che prevedono deroghe a tale principio»¹²¹.

Il punto di massima cesura rispetto all'originario orientamento giurisprudenziale saldamente ancorato sul principio dell'ordine pubblico, si ravvisa nella scelta della Corte di valorizzare il rapporto, nel caso di specie decennale, tra madre e figli, riconoscendolo

¹¹⁸ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁹ Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

¹²⁰ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 192.

¹²¹ Cfr. Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009.

formalmente e favorendone la continuità, nel rispetto del superiore interesse del minore (si veda Cap. I, § 7).

Il baricentro in materia viene quindi spostato dal principio dell'ordine pubblico a quello di superiore interesse del minore, o meglio, viene sancito il fatto che il primo debba essere considerato alla luce del secondo.

Assumendo come punto di vista il superiore interesse del minore, possiamo fare riferimento ad un'altra pronuncia di significativo rilievo, la sentenza della Corte EDU "*Paradiso e Campanelli c. Italia*".

La vicenda vede protagonisti due coniugi italiani, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, i quali dopo una serie di fallimentari tentativi di procreazione e di accesso all'istituto dell'adozione, decidono di realizzare il loro progetto di genitorialità mediante la maternità surrogata, chiaramente al di fuori del nostro Paese, più precisamente a Mosca, rivolgendosi ad una società preposta a ciò.

Dopo aver corrisposto una ingente somma di denaro, i due coniugi ottengono quanto sperato, il bambino viene concepito, la madre gestazionale porta a termine la gravidanza, rinunciando, infine, al riconoscimento della prole, e determinando così, in ossequio alla legge russa, l'attribuzione della genitorialità in capo ai coniugi italiani.

Tornati in Italia i coniugi Campanelli sono immediatamente destinatari di provvedimenti messi in atto dal pm presso il Tribunale penale di Campobasso, il quale ritiene necessario esercitare l'azione penale per diversi illeciti: reato di alterazione di stato civile, al quale si unisce quello di falso e introduzione di minore nel territorio italiano con conseguente lesione della legge n. 184 del 1983 concernente l'adozione.

A seguito di ciò la situazione diventa per i coniugi Campanelli ancora più gravosa, in quanto viene negata loro la trascrizione dell'atto di nascita, e viene disposto l'esame del DNA, il cui esito dimostra che nessuno dei due aspiranti genitori presenta legami biologici con il bambino, nonostante gli stessi avessero richiesto alla clinica moscovita di utilizzare il materiale biologico del signor Campanelli.

Il Tribunale dei minori di Campobasso dispone l'allontanamento del figlio dalla coppia, e, in conseguenza di ciò, ne viene dichiarato lo stato di abbandono e l'adottabilità.

Parallelamente a questo complesso *iter*, anche la Corte d'appello di Campobasso emette sentenza sfavorevole ai due coniugi, negando la trascrizione dell'atto di nascita, sia per

contrarietà all'ordine pubblico, sia per falsità dell'atto di nascita, dichiarata alla luce della totale assenza di legami biologici tra genitori intenzionali e prole.

Mentre la complessa situazione giudiziaria prosegue, il bambino compie i due anni di età, acquista una nuova identità e viene adottato da una nuova famiglia.

La coppia di coniugi decide, infine, di rivolgersi alla Corte Edu¹²².

La Corte effettua una valutazione attenta e minuziosa della situazione e di tutti gli interessi coinvolti e giunge ad una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella del giudice di merito italiano.

All'interno dell'argomentazione della Corte, coerentemente con una giurisprudenza consolidata da tempo, viene fortemente valorizzata la sussistenza di una vita familiare *de facto*, l'esistenza di rapporti affettivi instaurati nel tempo, che rilevano per l'appunto nella realtà fattuale, a prescindere dalla presenza o meno di legami strettamente biologici.

La Corte riconosce questa realtà familiare e propende per l'applicazione dell'art. 8 CEDU, finalizzato al rispetto della vita privata e familiare.

Ancora, viene sottolineato un ulteriore aspetto, quello di buona fede dei coniugi, che, sicuri di aver partecipato all'evento procreativo mediante l'impiego di gameti del signor Campanelli, scoprono solo in seguito che così non è stato.

La Corte, ancora una volta, sottolinea l'imprescindibile necessità di tutelare il superiore interesse del minore, che evidentemente non è stato tenuto debitamente in considerazione dalle autorità italiane, (le quali hanno negato la trascrizione dell'atto di nascita), prescrivendo quanto segue: «l'obbligo di prendere in conto l'interesse superiore del minore incombe sullo stato indipendentemente dalla natura dei legami di parentela, siano questi genetici o meno».

La Corte osserva anche come il provvedimento di allontanamento del minore sia stato sproporzionato, anche e soprattutto in considerazione del fatto che, nel 2006, i coniugi Campanelli erano risultati idonei all'adozione, mentre il bambino è stato effettivamente adottato dopo un considerevole lasso di tempo, nel 2013, sette anni dopo, emergendo così chiaramente come la sua situazione si sarebbe potuta regolarizzare molto prima, favorendo la continuità del legame già instauratosi tra bambino e aspiranti genitori.

¹²² Pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo, sent. 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358.

In definitiva, la Corte dichiara l'avvenuta violazione dell'art. 8 CEDU perpetrata ai danni del bambino, disponendo altresì un risarcimento di ventimila euro a favore dei coniugi Campanelli, in aggiunta alla rifusione delle spese processuali a loro favore, tuttavia, la maggiore aspirazione della coppia, ovverosia quella di riunirsi col proprio bambino, non viene accordata dalla Corte, la quale nega il riaffido al fine di evitare un ulteriore trauma per il bambino, ormai inserito in una famiglia diversa.

Il caso esaminato e la riflessione effettuata dalla Corte di Strasburgo mettono in luce la complessità della materia, nella quale convergono interessi diversi, non sempre compatibili con quei principi cristallizzati nei vari ordinamenti, come primariamente quello di ordine pubblico, che viene tuttavia parzialmente eroso da quello relativo al superiore interesse del minore, ripetutamente valorizzato dalla Corte Edu, che ci porta altresì inevitabilmente ad interrogarci sul concetto di famiglia nelle sue molteplici sfaccettature.

§ 12. *Segue: Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017*

A chiusura di tutte le considerazioni svolte sul tema, occorre fare riferimento alla posizione assunta dalla Corte costituzionale in materia, che emerge in modo chiaro e inequivoco da una pronuncia di cardinale importanza, ovverosia la sent. n. 272 del 2017. Nel provvedimento sopra citato, il quale, nuovamente, è stato pronunciato in un giudizio avente ad oggetto un caso di surrogazione di maternità, il Giudice di legittimità ha ribadito, in primo luogo (in questa occasione in modo più incisivo rispetto a quanto avvenuto mediante la sent. n. 162 del 2014, in cui la Corte si era occupata principalmente del divieto di fecondazione eterologa), il divieto di praticare la surrogazione di maternità, che, secondo la Corte, come espresso chiaramente nella motivazione della sentenza, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

In secondo luogo, la Corte ha ritenuto necessario intervenire sull'estesa giurisprudenza in materia, enunciando dei criteri di orientamento per il giudice *a quo*, spesso chiamato a

pronunciarsi su articolate questioni di genitorialità originate proprio a partire da casi di *surrogacy*¹²³.

Nel caso di specie è stata sollevata questione di legittimità costituzionale da parte della Corte d'appello di Milano, con riferimento all'art. 263 cod. civ., per supposta violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore, per difetto di veridicità, potesse essere accordato solo quando fosse risultato coincidente col superiore interesse del minore.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione sollevata esprimendo un concetto di significativo rilievo, ovverosia quello per il quale il giudice *a quo*, chiamato a decidere su casi aventi ad oggetto l'impugnazione del riconoscimento della prole concepita a seguito di maternità surrogata, debba necessariamente porre in essere una valutazione comparativa, che tenga conto sia dell'interesse alla verità, da intendersi quale verità biologica, che ci riconduce inevitabilmente al principio *mater semper certa est* accolto nel nostro ordinamento, per il quale madre è colei che partorisce, sia dell'interesse della prole, che si traduce nel superiore interesse del minore.

In conclusione, la decisione della Corte si compone di due solidi capisaldi: da una parte, come già evidenziato, si ribadisce l'intollerabilità della pratica di surrogazione di maternità, che rimane rigorosamente vietata all'interno del nostro ordinamento, dall'altra, ponendo ancora una volta l'accento sul superiore interesse del minore, si assiste ad una parziale erosione del principio *mater semper certa est*, o meglio, "si ricompono il contrasto innaturale fra il principio *mater semper certa est* e l'interesse del minore"¹²⁴.

§ 13. Il divieto di fecondazione assistita per coppie dello stesso sesso

Come già osservato in precedenza, l'art. 5 della Legge n. 40/2004, nell'enunciare i requisiti soggettivi per l'accesso alle pratiche di PMA, prescrive che la coppia interessata debba necessariamente essere formata da soggetti di sesso diverso, escludendo, pertanto, le coppie omoaffettive dal suddetto ambito (si veda Cap. II, § 7).

¹²³ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 213.

¹²⁴ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, p. 224.

A questa previsione si aggiunge quella di cui all'art. 12, comma 2, della legge in esame, il quale prescrive quanto segue: «chiunque, a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi, o uno dei cui componenti sia minorenne, ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punita con la sanzione pecuniaria amministrativa da 200.000 a 400.000 euro».

Al già citato divieto di maternità surrogata si aggiunge questo ulteriore divieto, con l'importante differenza che, mentre con riferimento al primo si denota una certa omogeneità nel panorama europeo, rispetto al secondo si riscontra invece una disciplina diversificata, che varia in base al Paese prescelto come riferimento.

A testimonianza di quanto detto sopra possiamo riferirci alla Francia, che, a partire dal 2021, ha concesso l'accesso alle tecniche di PMA non solo alle donne single, ma anche alle coppie omosessuali¹²⁵.

Tale diversificazione tra i Paesi europei è il risultato ultimo della scelta effettuata da ciascuno Stato sovrano di vietare determinate condotte ritenute incompatibili con i principi e valori fondanti dello Stato medesimo, al fine di tutelare valori ritenuti prevalenti, come quello di tutela del minore.

Anche in questo contesto occorre citare una fondamentale sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale in materia, la n. 221 del 23 ottobre 2019.

L'occasione per la Corte di pronunciarsi su una questione così delicata è stata originata da due ordinanze di rimessione distinte l'una dall'altra, ma simili sotto il profilo contenutistico, emesse, rispettivamente, dai Tribunali di Pordenone e Bolzano¹²⁶, i quali hanno sollevato questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 5 e 12 della Legge n. 40/2004.

I casi di specie vedevano protagoniste due coppie di donne, le prime unite civilmente, le seconde coniugate all'estero con trascrizione dell'atto matrimoniale in Italia all'interno del registro delle unioni civili.

Ciò che accomunava le coppie ricorrenti era la richiesta di accesso alle tecniche di PMA effettuata all'ASL di riferimento, con rifiuto opposto dalla stessa in ragione dell'espresso

¹²⁵ Cfr. *La genitorialità delle coppie omosessuali in Italia. Le soluzioni giurisprudenziali nel silenzio del legislatore*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 17, 2022, pp. 802-825.

¹²⁶ Ordd. del 2 luglio 2018 e del 3 gennaio 2019.

divieto contenuto all'interno della Legge n. 40, il cui mancato rispetto determina conseguenze anche per il personale medico che abbia prestato la propria opera in violazione del divieto.

Secondo i giudici di merito si poteva ravvisare, nei casi di specie, una violazione dell'art. 2 Cost, il quale garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, dal momento che la Legge n. 76/2016 definisce l'unione civile quale «specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost».

Si postulava altresì una grave violazione dell'art. 3 Cost, che disciplina il principio di eguaglianza, sulla base di una evidente discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dei singoli, e sulle condizioni economiche dei singoli, dal momento che le coppie omoaffettive maggiormente abbienti si sarebbero potute recare all'estero per realizzare il proprio desiderio di genitorialità, mentre quelle meno abbienti non avrebbero potuto fare altrettanto (c.d. "turismo procreativo").

Le disposizioni censurate sembravano, inoltre, violare l'art. 117, comma 1, Cost., a fronte di un grave contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU.

La Consulta preliminarmente osserva come la *ratio* sottesa ad entrambi i quesiti di legittimità costituzionale sia quella di rimuovere il requisito soggettivo di accesso alla PMA di cui all'art. 5 della Legge n. 40, e, specularmente, il regime sanzionatorio previsto. L'effetto della pronuncia auspicata dalle ricorrenti sarebbe stato quello di consentire anche alle coppie omoaffettive di poter fruire delle tecniche di PMA, realizzandone il desiderio di genitorialità; ciò, peraltro, a prescindere dalla sussistenza di problematiche attinenti all'infertilità o alla sterilità.

La Corte, più specificamente, non ritiene sussistente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost, e conseguentemente degli artt. 8 e 14 CEDU, affermando che consentire alle coppie omosessuali di accedere alle pratiche di PMA comporterebbe un totale e irreversibile sovvertimento della *ratio* stessa sottesa alla Legge n. 40/2004, una *ratio* eminentemente terapeutica, sebbene poi risultino molteplici e di diversa natura gli interessi coinvolti in materia, spettando al legislatore il compito di coniugarli al meglio.

La Corte ritiene altresì insussistente la violazione dell'art. 3 Cost, specificando come non si profili alcuna discriminazione, né basata sull'orientamento sessuale, né sulle condizioni economiche, e, soprattutto, precisando come la situazione di impossibilità procreativa di

una coppia formata da due donne non sia equiparabile a quella di infertilità o sterilità di una coppia formata da membri di sesso diverso¹²⁷, alla quale venga consentito di accedere alle pratiche di PMA, anche eterologa, a seguito della caduta del relativo divieto.

Eguualmente, la Corte ritiene insussistente la pretesa violazione dell'art. 2 Cost, precisando come la Costituzione non abbia cristallizzato una nozione di famiglia indissolubilmente legata alla presenza di prole, e come la volontarietà e spontaneità su cui si basa la scelta di diventare genitori non possa trovare concretizzazione senza limite alcuno.

In sintesi, la Corte non ha ravvisato alcuna violazione del testo costituzionale, né ha ritenuto che il legislatore abbia "abusato" del margine di discrezionalità di cui normalmente dispone all'atto di svolgere il proprio ruolo: egli ha creato uno spazio ritenuto "sicuro" per il figlio nato a seguito di procreazione artificiale, che, specialmente all'epoca di entrata in vigore della Legge, poteva essere individuato unicamente nell'ambito di una famiglia formata da membri di sesso diverso, viventi, e in età potenzialmente fertile, al fine di garantire al nascituro delle condizioni di vita che si supponeva sarebbero state adeguate e comunemente accettate.

Il legislatore è interprete in ogni tempo del sentire comune, dei cambiamenti che intervengono all'interno del corpo sociale, delle questioni più o meno accettate, e soprattutto di quelle che necessitano di ulteriore tempo e comprensione, per questa ragione e a fronte di tale continua evoluzione parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene possibili e potenzialmente realizzabili ulteriori evoluzioni della materia in esame, anche con riferimento alle coppie omoaffettive.

¹²⁷ Questo concetto era già stato affermato nella sent. Corte Edu "*Gas e Dubois c. Francia*", 15 marzo 2012.

CAPITOLO III

L'ESPERIENZA DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA NEGLI ALTRI PAESI

EUROPEI: LEGISLAZIONI A CONFRONTO

§ 1. Premessa; § 2. La PMA negli ordinamenti di *civil law* : i modelli di Germania, Francia e Spagna; § 3. Segue: le tecniche di PMA negli ordinamenti giuridici di *common law* : l'esperienza della Gran Bretagna.

§ 1. *Premessa*

Il fenomeno della procreazione medicalmente assistita ormai da tempo è stato accolto e disciplinato all'interno dei singoli Stati europei, e non solo, a testimonianza di come la materia in esame abbia determinato un cambiamento irreversibile nell'ambito della medicina della riproduzione, rispetto al quale i singoli Stati hanno dovuto necessariamente confrontarsi, adottando discipline talvolta più liberali, talaltra maggiormente restrittive.

All'interno del panorama europeo, tra i Paesi favorevoli ad una regolamentazione della materia maggiormente liberale possiamo citare la Gran Bretagna, la Spagna, la Danimarca, l'Olanda, il Belgio, la Svezia, e l'Ucraina, mentre, per quanto concerne i Paesi adottanti un regime meno permissivo, possiamo menzionare in primo luogo la Germania, a seguire Austria, Svizzera e Italia.

Occorre ricordare che tutti i centri europei che si occupano di PMA debbono far riferimento all'*European Society of Human Reproduction and Embriology* (c.d. *Eshre*), la quale, nel 1999, durante un convegno a Tours, in Francia, ha creato un registro denominato *European Ivf Monitoring*, allo scopo di rendere possibile una raccolta dati a livello europeo in tema di PMA¹²⁸.

§ 2. *La PMA negli ordinamenti di civil law: i modelli di Germania, Francia e Spagna*

Assumendo come Paese di riferimento la Germania, possiamo delineare una delle legislazioni maggiormente restrittive in tema di PMA all'interno della realtà europea.

La fonte imprescindibile in materia è rappresentata dalla legge concernente la tutela dell'embrione risalente al 1° gennaio 1991, il cui art. 8 definisce l'embrione nel modo seguente: «l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo».

¹²⁸ Cfr. <https://www.epicentro.iss.it/pma/mondo> (consultato in data 24/01/2024).

Il legislatore tedesco, pertanto, ha inteso tutelare in modo rigoroso l'embrione, vietando la creazione di embrioni a scopo di ricerca, la distruzione di embrioni, la clonazione, nonché la produzione di ibridi o chimere.

Come in Italia, anche in Germania, l'accesso alle tecniche di PMA è consentito unicamente alle coppie coniugate o conviventi, composte da membri di esso diverso, entrambi viventi¹²⁹, con conseguente previsione dei divieti di accesso alle tecniche alle coppie omoaffettive, da una parte, e di fecondazione artificiale *post mortem*, dall'altra.

Come previsto dalle Direttive della Commissione Federale dei medici e dalle Casse di malattia sulle decisioni mediche in materia di procreazione artificiale del 14 agosto 1990, le coppie rispondenti ai requisiti sopra enunciati possono accedere alle pratiche solo dopo essersi sottoposte ad apposita consulenza medica, nella quale verranno affrontate tutte le questioni rilevanti del caso, sia quelle strettamente mediche, sia quelle psicologiche, sociali, ed economiche, ad opera, peraltro, di un medico diverso rispetto a quello che poi eseguirà le pratiche stesse, in modo da garantire un'adeguata e imparziale informazione da parte di un medico "estraneo" alla vicenda.

Dalla contestuale lettura della Legge del 1991, e delle Linee Guida del 17 febbraio 2006¹³⁰, emergono le tecniche di PMA consentite all'interno dell'ordinamento tedesco: non si riscontra alcun divieto con riferimento alla fecondazione di tipo eterologo, per quanto non dettagliatamente regolamentata, eccettuato l'esplicito e saldo divieto di donazione di ovociti.

La disciplina prevede che possano essere fecondate solo tre cellule-uovo, con conseguente impianto nell'utero materno di un massimo di tre embrioni contemporaneamente.

Per quanto concerne, invece, l'articolata questione delle diagnosi preimpianto, originariamente vietata in modo rigoroso nel 2002, ad oggi è affrontata e trattata con maggiore apertura, soprattutto nei casi in cui si profili un elevato rischio di aborto o di trasmissione di una malattia genetica.

¹²⁹ Cfr. C. CASONATO, T.E. FROSINI, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 12.

¹³⁰ Le Linee Guida sono state elaborate dal consiglio scientifico dell'Ordine nazionale dei medici e hanno carattere vincolante.

Come in Italia, anche in Germania permane il divieto di maternità surrogata, “che è vietata, o meglio impedita, mediante la comminazione di sanzioni penali per determinate attività e pratiche ausiliarie”¹³¹.

Un aspetto peculiare della legislazione tedesca, con riferimento alla fecondazione di tipo eterologo, attiene al fatto di garantire al figlio la disponibilità dei dati personali del donatore, valorizzando in questo modo l’interesse dell’individuo di conoscere le proprie origini.

Sul versante delle legislazioni maggiormente liberali in materia, occorre far riferimento alla disciplina francese in tema di PMA, la quale risulta basata sulla tutela degli interessi tanto dell’aspirante madre, quanto dell’embrione, nel rispetto del diritto alla salute e alla dignità umana ritenuti prevalenti in materia.

Il legislatore francese, conscio della continua evoluzione della scienza medica e della tecnica, ha operato la scelta di una tecnica di normazione temporanea, soggetta a modificazioni periodiche, il cui fondamento è ravvisabile nelle Leggi di bioetica¹³² adottate nel 1994, e poi progressivamente modificate¹³³.

A seguito dell’emanazione di tali leggi, sono stati individuati e sanciti principi cardine, confluiti inevitabilmente all’ interno del Codice Civile, tra i quali rilevano la salvaguardia della persona umana, la tutela della sua dignità, la preservazione della sua vita *ab initio*, e del suo corpo del quale si garantisce inviolabilità e incommerciabilità.

In questa prospettiva di continua evoluzione, occorre fare riferimento ad una significativa modificazione apportata alla legislazione francese in materia, determinata dall’approvazione da parte del Parlamento francese della nuova Legge di bioetica, denominata “*PMA per tutte*”, entrata in vigore nel settembre 2021.

Con 326 voti a favore, 115 contrari e 45 astenuti, si è concretizzato uno dei punti maggiormente discussi del programma elettorale del presidente Emmanuel Macron,

¹³¹ <https://www.aiafrivista.it/la-maternita-surrogata-in-Germania> (consultato in data 24/01/2024).

¹³² Le Leggi di bioetica alle quali si fa riferimento sono tre: la L. n. 94-548 del 1994, la L. n. 94-563 del 1994 e la L. n. 94-564 del 1994, rispettivamente concernenti il trattamento dei dati nominativi, la protezione del corpo umano, la donazione e utilizzazione dei prodotti del corpo umano, l’assistenza medica e la procreazione.

¹³³ Le modifiche suddette sono state effettuate sia nel 2004, che nel 2011.

anche se, più specificamente, la proposta ha origini risalenti nel tempo, riconducibili al governo socialista del presidente François Hollande.

Originariamente la legislazione francese consentiva l'accesso alle pratiche di PMA solo alle coppie eterosessuali legate da vincolo di coniugio, o conviventi, in età fertile, affette da patologie incidenti sulla capacità riproduttiva.

A seguito dell'entrata in vigore della nuova Legge di bioetica, sono abilitate ad accedere alle pratiche di PMA anche le coppie omoaffettive femminili e le donne single, purché le stesse non abbiano superato il limite massimo di età consentito, che ad oggi coincide con il 43° anno di età e che si siano previamente sottoposte ad apposito colloquio e periodo di riflessione, una sorta di "*spatium deliberandi*" della durata di 1-2 mesi.

La nuova normativa si completa con la previsione dell'obbligo per le aspiranti madri di effettuare il riconoscimento anticipato del bambino presso un notaio, al fine di garantire una genitorialità consapevole, nel superiore interesse del minore.

Proseguendo nel confronto tra le diverse legislazioni in tema di PMA, occorre rilevare che tra i Paesi europei il primo a dotarsi di un'apposita legge in materia di PMA è stata la Spagna, mediante la Legge n. 35 del 22 novembre 1988¹³⁴.

Attualmente il riferimento normativo di maggior rilievo in materia è rappresentato dalla L. n. 14 del 26 maggio 2006, che disciplina la procreazione medicalmente assistita, da considerarsi unitamente alla L. n. 14 del 3 luglio 2007, in materia di ricerca biomedica.

La legge del maggio 2006 è stata successivamente modificata dalla L. n. 3 del 15 marzo 2007 e, infine, a completamento di queste modificazioni, nel 2010 si è provveduto a ridefinire l'assetto della commissione nazionale sulla PMA.

Secondo quanto previsto dalla legislazione spagnola in materia, è possibile ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in casi di comprovata impossibilità a concepire in modo naturale, cagionata da sterilità, e quando tutti gli altri strumenti terapeutici esistenti siano risultati fallimentari.

Oltre all'ipotesi di sterilità, la legge, all'art. 1, comma 3, consente altresì l'utilizzo delle tecniche di fecondazione artificiale, al fine di prevenire il rischio di malattie genetiche ed ereditarie.

¹³⁴ Si fa riferimento alla *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*.

Il baricentro della disciplina è rappresentato dal consenso, che deve essere espresso da parte dell'aspirante madre, la quale deve aver necessariamente raggiunto la maggiore età, unico limite imposto dal legislatore spagnolo, non rilevando, invece, né il personale stato civile, né l'orientamento sessuale: da ciò consegue che potranno accedere alle tecniche di PMA anche le donne non sposate (per quelle sposate si rende necessario anche il consenso del marito, a meno che non sia in atto una separazione legale o di fatto), e quelle omosessuali.

Sotto il profilo tecnico-procedurale, non è presente un limite numerico massimo di ovociti fecondabili, ma è consentito effettuare il trasferimento di un numero massimo di tre embrioni per ciascun ciclo di fecondazione in vitro, mentre gli altri eventuali embrioni rimanenti debbono essere custoditi mediante crioconservazione.

Con riferimento alla complessa questione inerente la sperimentazione sugli embrioni umani, l'ordinamento spagnolo ha operato una significativa distinzione tra embrione *pre* e *post* impianto.

A tal proposito la l'art. 13 della L. n. 14 del 26 maggio 2006 autorizza l'intervento sul pre-embrione *in vitro* a scopo terapeutico.

L'art. successivo consente, inoltre, la ricerca ordinaria o sperimentale sui gameti, a condizione che i suddetti non vengano impiegati *ex post* a scopo procreativo.

Emerge dalla normativa una significativa apertura in tema di ricerca, che si ravvisa altresì in tema di donazione, essendo possibile procedere alla donazione di gameti ed embrioni, purché ciò avvenga in forma anonima e gratuita.

La legislazione spagnola consente altresì l'effettuazione di procreazione medicalmente assistita *post mortem*¹³⁵, infatti, il marito può, mediante apposita dichiarazione scritta, manifestare il proprio consenso circa il fatto che il suo materiale biologico riproduttivo venga utilizzato dalla propria moglie nei 12 mesi successivi alla sua morte, potendo peraltro applicarsi tale disciplina anche alle coppie non coniugate.

L'aspirante madre potrà poi accedere alle pratiche di PMA, entro 6 mesi dalla morte del marito, di modo che il figlio venga riconosciuto come legittimo.

¹³⁵ La disciplina relativa alla PMA *post mortem* è prevista all'art. 9 della L. n. 14 del 26 maggio 2006.

Per quanto concerne, infine, la maternità surrogata, l'art. 10 della Legge n. 14 vieta la gestazione per sostituzione, prevedendo la nullità di qualsiasi contratto alla base di tale fenomeno.

§ 3. *Segue: le tecniche di PMA negli ordinamenti giuridici di common law: l'esperienza della Gran Bretagna*

L'esperienza della Gran Bretagna in materia di PMA rappresenta un *unicum* nel panorama europeo, trattandosi dell'unico Stato ad aver previsto l'instaurazione di un organo *ad hoc* che vigila su tale ambito: l'*Human fertilization and embryology authority* (c.d. HFEA), creato nel 1990, il medesimo anno di entrata in vigore della Legge fondamentale in materia lo "Human Fertilisation and Embryology Act"¹³⁶.

L'*HFEA* è un ente governativo indipendente deputato a svolgere il fondamentale compito di vigilare sulla sicurezza e correttezza delle tecniche impiegate in ambito di PMA, e anche sullo svolgimento della ricerca embriologica.

Più specificamente, il suddetto organo fornisce la necessaria autorizzazione ai centri che praticano la PMA, sia omologa, che eterologa, nonché la ricerca sugli embrioni umani, svolgendo inoltre una fondamentale attività di informazione nei confronti del personale medico, dei pazienti e del governo stesso.

Oltre a questi significativi compiti, l'*HFEA* si occupa anche di redigere e di aggiornare periodicamente un codice di condotta, denominato *Code of Practice*, destinato alle varie cliniche e centri che si occupano di PMA, al fine di fornire loro delle linee guida da osservare in materia e gestisce anche l'*HFEA Register*, la più estesa banca dati al mondo concernente i trattamenti relativi alla riproduzione.

Le decisioni dell'Authority debbono rispettare quanto sancito nello *Human Rights Act* del 1998¹³⁷, e possono essere sottoposte a controllo giurisdizionale.

¹³⁶ Nel 1982 era stata convocata la Commissione Warnock al fine di interpretare i diversi orientamenti presenti all'interno dell'opinione pubblica con riferimento alle nuove scoperte emerse in tema di PMA. Ciò ha costituito il primo fondamentale passo per poter addivenire alla promulgazione dell'Act nel 1990.

¹³⁷ Lo *Human Rights Act* è una legge promulgata dal parlamento inglese, approvata il 9 novembre 1998, ed entrata in vigore il 2 ottobre 2000. Mediante essa sono stati formalmente riconosciuti tutti i diritti contenuti nella CEDU e ne è stata sancita l'applicazione nel Regno Unito.

Secondo la legislazione britannica, possono accedere alle pratiche di PMA, le coppie coniugate, i c.d. *civil partners*, le coppie di fatto, siano esse eterosessuali o omosessuali, e, infine, i single.

In Gran Bretagna è ammessa sia la donazione di gameti maschili, sia l'ovodonazione, e dal 2005 è stata abrogata la regola che prevedeva l'anonimato per i donatori, mentre, per quanto concerne la maternità surrogata non è vietata, essa non integra alcuna fattispecie di reato; al contrario è tollerata al realizzarsi delle seguenti condizioni: essa "non può essere pubblicizzata, o oggetto di accordi commerciali"¹³⁸, come anche la Commissione Warnock aveva rigorosamente sostenuto.

Da ciò deriva come, in realtà, la Gran Bretagna non sia la meta "privilegiata" per le coppie di aspiranti genitori che vogliono avvalersi dello strumento della maternità surrogata, essendo per loro preferibile recarsi in uno Stato in cui sia consentita la *surrogacy* commerciale, e in cui i genitori potenziali possano essere riconosciuti come genitori legittimi *ab origine*, come previsto in diversi Stati USA, mentre, al contrario, in Gran Bretagna ciò accade unicamente mediante la richiesta di un *parental order*¹³⁹ dopo la nascita del bambino stesso.

Il risultato ultimo di tale disciplina (poco garantista per i genitori potenziali) determina l'effetto per il quale un numero sempre maggiore di coppie è portato a stipulare accordi internazionali di maternità surrogata.

Dal punto di vista strettamente pratico, l'attuale quadro normativo inglese consente di porre in essere tutte le tecniche di PMA omologa, senza particolari limitazioni : non è previsto alcun limite numerico rispetto agli ovociti fecondabili, è possibile procedere a crioconservazione degli embrioni, nonché richiedere analisi genetica pre-impianto, ed è anche ammesso lo svolgimento di ricerca sull'embrione, purché ciò avvenga a scopo conoscitivo, al fine, per esempio, di migliorare il trattamento della sterilità, o le conoscenze in materia di malattie genetiche, o ancora, per meglio comprendere le cause degli aborti spontanei e acquisire maggiore sicurezza ed efficacia in termini di contraccezione.

¹³⁸ <https://www.aiafrivista.it/la-maternita-surrogata-nel-Regno-Unito> (consultato in data 24/01/2024).

¹³⁹ I *parental orders* costituiscono ad oggi uno strumento di cruciale importanza nella regolamentazione dei rapporti giuridico-familiari che si creano nei casi di gestazione per altri.

Per quanto concerne, invece, la procreazione assistita di tipo eterologo, lo *Schedule 3* dell'*Act*, intitolato "Uso di gameti per il trattamento di altri", sancisce in modo esplicito e inequivoco la possibilità di donare/utilizzare gameti di altri.

Posto il fatto che il *Code of Practice* attribuisce al personale sanitario di riferimento il dovere di valutare caso per caso le singole situazioni, l'accertamento che non sussiste una situazione di rischio per il nascituro non significa che gli interessati non possano manifestare il proprio dissenso: più specificamente, qualora gli stessi ricevano un esito negativo da parte di un ospedale appartenente al *National Health Service* rispetto al trattamento richiesto, potranno richiedere il controllo giurisdizionale e, in alternativa, potranno sempre invocare il già citato *Human Rights Act* del 1998 e gli artt. 8, 12 e 14 CEDU.

Ciò si è concretamente verificato in due casi, risalenti al 2001 e al 2007, entrambi aventi come protagonisti detenuti destinatari di esiti negativi rispetto alla richiesta di accedere alle tecniche di PMA.

Nel primo caso "*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mellor*", la Court of Appeal ha affermato che le restrizioni al diritto dei detenuti di costituire una famiglia e contestuale diritto alla vita familiare erano giustificate, non lesive dell'art. 8 CEDU.

Più specificamente, la politica seguita dal Ministro degli interni era quella di garantire la fruizione delle tecniche di PMA ai detenuti solo in casi eccezionali.

Nel caso di specie, la moglie del detenuto avrebbe avuto soli 31 anni al momento della liberazione del marito, pertanto, il rifiuto opposto alla loro richiesta non avrebbe impedito loro di diventare genitori, ma avrebbe solo posticipato tale momento.

Nel secondo caso "*Dickson v UK*", la moglie del detenuto, al momento della liberazione del marito, avrebbe avuto 51 anni, e ciò avrebbe precluso loro la realizzazione di qualsivoglia progetto di genitorialità.

La Court of Appeal, pur riconoscendo questa grave conseguenza ai danni della coppia, ha ritenuto egualmente giustificata la politica del Ministro degli Interni, essendo necessario valutare tutti gli interessi coinvolti in situazioni simili, e non solo il desiderio di genitorialità in modo avulso da tutto il resto.

Il caso, arrivato fino alla Corte Edu, ha visto prevalere le argomentazioni dei ricorrenti innanzi alla Grande Camera.

Sono seguiti molteplici casi simili a quelli citati, nonché ulteriori modificazioni normative, tra le quali possiamo menzionare lo Human Fertilisation Act del 2008, il quale ha apportato modifiche ed integrazioni alla normativa vigente.

Ciò che emerge dalle considerazioni svolte è che la legislazione inglese si è presentata *ab origine* favorevole e aperta rispetto al tema della PMA, soprattutto avendo garantito l'istituzione di un organo significativamente innovativo che attua una costante vigilanza sul corretto impiego delle pratiche e che assolve ad un'imprescindibile funzione informativa.

Il confronto tra le varie legislazioni europee in materia denota, in definitiva, una particolare tutela garantita comunemente dagli Stati alla figura materna, all'embrione, seppur mediante diverse declinazioni, che culmina nel riconoscimento e nella protezione del superiore interesse del minore, soventemente richiamato anche da parte della Corte di Strasburgo.

I profili di diversità si ravvisano, invece, rispetto all'apertura nei confronti delle coppie omoaffettive, che, per esempio, non è ancora stata realizzata in Italia e in Germania, mentre, come visto, è stata recentemente concretizzata in Francia, o, ancora, ulteriori profili di diversità tra le legislazioni dei vari Stati attengono al controverso tema della ricerca sugli embrioni e sui gameti, nonché alla questione della maternità surrogata, che ad oggi rappresenta un forte elemento di divisione tra gli Stati.

CONCLUSIONI

A fronte dello studio e degli approfondimenti condotti sulla materia in esame si osserva, innanzitutto, il raggiungimento di un apprezzabile risultato a livello legislativo dopo molteplici anni di dibattito e di utilizzo delle pratiche in modo improprio e non sufficientemente consapevole, come si è riscontrato nei numerosi casi di disconoscimento della paternità a seguito del ricorso alla procreazione medicalmente assistita.

Sul punto, infatti, sia il legislatore, sia la giurisprudenza hanno introdotto un elemento responsabilizzante volto a garantire una genitorialità coscienziosa alla stregua del principio di matrice europea del “*best interest of the child*”.

Parallelamente, si è assistito ad un apprezzabile progresso tecnico-scientifico, che oggi consente di poter fruire di un maggior numero di pratiche sulla base del principio di gradualità e del consenso informato.

Dalla disamina condotta, tuttavia, sono emersi diversi profili, ovverosia:

- da un lato elementi di carattere progressista della disciplina, tra i quali si annovera il superamento del divieto di fecondazione di tipo eterologa avvenuta con la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014;
- dall’altro lato elementi di criticità, come il mantenimento del divieto di accesso alle pratiche per le coppie omoaffettive che, di fatto, ha alimentato e alimenta tutt’oggi il fenomeno del turismo procreativo, nonché la questione della ricerca e sperimentazione su embrioni e gameti.

Dalle ricerche condotte in una prospettiva comparata è emerso che l’ordinamento italiano rifiuta radicalmente la maternità surrogata a qualsiasi titolo, diversamente da altri Stati europei in cui invece risulta consentita, come ad esempio in Gran Bretagna.

In definitiva, dunque, la materia concernente la PMA si presta a ulteriori interventi normativi che dovranno necessariamente tenere in considerazione i cambiamenti e gli sviluppi all’interno della società.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTA S., *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, Aracne, 2020.

ANGELINI F., *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

ATTANASIO C., *La fecondazione eterologa e le coppie omoaffettive nel sistema italiano: prospettive di tutela del nato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 410 e ss.
LINK: <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/15.-Carlo-Attanasio-pp.-410-435.pdf>

AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, p. 21 e ss.

AA.VV., *Criteri di appropriatezza strutturale, tecnologica e clinica nella prevenzione, diagnosi e cura delle patologie andrologiche*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 2012, 13, p. 120 e ss.

AA.VV., *The best interest of the child*, in M. BIANCA (a cura di), Roma, Sapienza Università Editrice, 2021.

AZZARRI, F., *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *Familia*, 2019, 5, p. 561 e ss.

BALDINI G., *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale post mortem*, in *Rassegna di diritto civile*, 1995, p. 12

BALDINI G., CASSANO G., *Persona, Biotecnologia e procreazione*, Milano, Ipsoa, 2002.

BALDUZZI R., *Il trattamento giurisprudenziale delle fonti del diritto sanitario: alcune prime osservazioni*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, Cedam, 2007.

BERGAMINI E., DEANA F., *Le nuove frontiere della genitorialità nella dimensione europea del diritto di famiglia*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1, p. 41 e ss.

BOCCIA M.L., ZUFFA G., *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale tecniche, fantasie e norme*, Parma, Pratiche Editore, 1998.

- BUCELLI A., *Produrre uomini: procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare – Volume II*, Firenze, University Press, 2005, p. 270 e ss.
- BUSNELLI F. D., PALMIERI E., voce «Clonazione», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 2000, p. 157 e ss.
- CABITZA M. G., *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, 2, p. 620 e ss.
- CAGGIANO I. A., *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello status di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 1, p. 299 e ss.
- CALOGERO M., *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, p. 22 e ss.
- CANESTRANI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la Legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1, p. 5 e ss.
- CANESTRARI S., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416 e ss.
- CARBONE G., *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, Bologna, 2005, p. 26 e ss.
- CASABURI G., *Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate*, in *Foro it.*, 2018, Parte I, c. 1810 e ss.
- CASCIANO A., Ferraro A. V., Pereira A. G. D., *I nuovi orizzonti della sperimentazione sugli esseri umani e sugli embrioni ed i molti interrogativi etico-giuridici ancora da sciogliere*, in *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, 2021, 1, p. 135 e ss.
- CASINI C., CASINI M., DI PIETRO M. L., *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2004, p. 492 ss.
- CASONATO C., FROSINI T.E., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 12.
- CELOTTO A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, in CELOTTO A., ZANON N. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ai margini di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 27.

CHIEFFI L., HERNÁNDEZ J. R. S, *Questioni di inizio Vita. Italia e Spagna esperienze in dialogo*, *Quaderni di Bioetica*, 6, Milano – Udine, Mimesis Edizioni, Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica, 2015.

CHIEREGATO E., *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, p. 6.

COLETTA G., *Embrioni umani e ricerca scientifica: il caso italiano*, 2011, p. 320 e ss.

CONCETTI G., *La clonazione umana: diritti ed etica – Volume 13*, Monopoli, Edizioni Vivere In, 1998, p. 1 e ss.

CORDIANO A., *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2017, 2, p. 472 e ss.

CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè Editore, Milano 2000, p. 1.

DE GIOIA CARABELLESE P., DELLA GIUSTINA C., *La crioconservazione umana verso il mercato non-regolamentato della vita. Una analisi giuridica ed “economica” fra Italia e sistema legislativo britannico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4, 2022, p. 1792 e ss.

DELL’UTRI M., *La maternità surrogata nella pronuncia della corte d’appello di Bari: la nozione dell’ordine pubblico internazionale e il criterio dell’interesse del minore*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 364.

DE ROSA R.E., *Il dinamismo della procreazione nella società della globalizzazione. La procreazione medicalmente assistita post mortem: status filiationis e conseguenze successorie*, in *Familia*, 2022, p. 1 e ss.

DE ROSA R.E., *La procreazione medicalmente assistita post mortem. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 17, 2022, p. 576 e ss.

DI MASI M., *L’interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene Editore, 2020.

DI MASI, M., VIRGILIO M., *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in *Min. giust.*, 2017, 1, p. 41 e ss.

DOGLIOTTI M., FIGONE A, *Procreazione assistita, fonti, orientamenti e linee di tendenza, commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milanofiori Assago, 2004, p. 132.

DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 12 giugno 2005*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 103 e ss.

FACCIOLI M., *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della L. n. 40/2004*, in *BioLaw*, 2021, 3, p. 1 e ss.

FEDERICO A., *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, 2020, 4, p. 647 e ss.

FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, III, 2017, p. 323 e ss.

FERRANDO G., *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, 11, p. 1049 e ss.

FERRARO L., *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della corte EDU*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2017, 1, p. 234 e ss.

FINOCCHIARO M., *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida al dir.*, Dossier mensile, 3, 2004, p. 41 e ss.

FLAMIGNI C., *Nuove acquisizioni in embriologia: lo sviluppo della struttura embrionale*, in *AA. VV., Quale statuto per l'embrione umano? Problemi e prospettive*, (a cura di) M. MORI, Milano, 1992, p. 15 e ss.

FLAMIGNI C., MORI M., *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Milano, Net, 2005.

GIAIMO G., *Cui prodest servāre? Due ipotesi di destinazione per gli embrioni crioconservati*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2022, 1, p. 254 e ss.

GIAIMO G., *Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica, su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, 3, p. 1331 e ss.

GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini - Volume I*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 325 e ss.

GRASSO A.G., *È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, p. 1574 e ss.

GRASSO A.G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, Aracne, 2020.

GRASSO A.G., *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, in *Corriere Giuridico*, 2020, 8-9, p. 1043 e ss.

IAGNEMMA C., *L'editing genetico: una sfida (anche) normativa gene editing: a legal challenge*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2019, 4, p. 1309 e ss.

IMBALZANO C., *Procreazione post mortem e stato giuridico del nato*, in *Camminodiritto.it*, 2020, 10, p. 1 e ss.

LECALDANO E., *Bioetica. Le scelte morali*, Roma, Editori Laterza, 2009.

LECIA COCCO ORTU A.M., *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2019, 1, p. 1 e ss.

LENTI L., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 e ss.

LUCCIOLI G., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1, p. 152 e ss.

MARCELLO D., *La salute procreativa - Procreation health*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2019, 3, p. 891 e ss.

MARGARIA A., *Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo alla giurisprudenza CEDU*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1, p. 93 e ss.

MARTINI A., *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 11.

MEZZANOTTE M., *La sentenza n. 45 del 2005 e la "metamorfosi" del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *I referendum sulla fecondazione assistita*, 2005, p. 485 e ss.

MILAN G., *Aspetti giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Padova, Cedam, 1997.

MOTTOLA M. R., SACCÀ B., SACCÀ A., SCALERA A., *Aspetti processuali e disciplina del diritto di famiglia*, Padova, Cedam, p. 90 e ss.

PADOVANI T., DE FRANCESCO G., FIDELBO G., *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 646 e ss.

PALMERI G., *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *AA.VV. Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, p. 44 e ss.

PANNO F., *Fecondazione post mortem: il figlio nato a seguito del ricorso a tecniche di pma dopo la morte del padre ha diritto al cognome paterno*, in *Quest. Giust.*, 4, 2020

PAVONE R., *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 80 e ss.

PIRILLI D., *Il rapporto tra best interest(s) of the child e responsabilità genitoriale in una prospettiva multilivello*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 1246 e ss.

RAUTI I., SILIPRANDI P., *Questioni di bioetica: la sterilità e la procreazione medicalmente assistita*, Roma, Dipartimento per l'informazione e l'Editoria, 1997.

RUO M. G., *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Relazione tenuta al Corso del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 7 - 9 marzo 2011.

SALANITRO U., Art. 4 – accesso alle tecniche, in AA.VV. *Della famiglia. Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 2010, p. 550 e ss.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2011, p. 179.

SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge n. 40/2004*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 47 e ss.

SCALISI A., *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004*, in *tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 206 e ss.

SCALISI, V. *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 431 e ss.

SCHAPPO K.T., *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 1, p. 66 e ss.

SCHILLACI A., *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, 2, p. 1 e ss.

SENIGAGLIA R., *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?*, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, 2, p. 421 e ss.

TESI G., *Il fondamento del rapporto di filiazione. Nuove tendenze*, in *Familia*, 2016, 5 - 6, p. 329 e ss.

TIGANO V., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, Giappichelli, 2019.

TONOLO S., *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, 4, p. 1070 e ss.

TOSCANO G., *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, 2, p. 653 e ss.

TREZZA R., *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi*, 2020, 22, p. 278 e ss.

VALLINI A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 7, p. 825 e ss.

VENUTI M.C., *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *Genius Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2018, 1, p. 85 e ss.

VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita, La nuova legge 19 Febbraio 2004 n. 40*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

ZATTI P., *Quale statuto per l'embrione umano?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 458 e ss.

RINGRAZIAMENTI

Al termine di questo elaborato vorrei innanzitutto ringraziare il mio relatore, il Prof. Grondona, che con straordinaria costanza e dedizione mi ha seguita in ogni fase di questo lungo percorso.

Un ringraziamento particolarmente sentito è anche per Giulia, preziosa compagna di viaggio in tutti questi mesi, che mi ha aiutata a ritrovare la strada quando temevo di averla definitivamente perduta. Non potrò mai dimenticare quello che hai fatto per me.

Forse non basterebbero mille pagine per esprimere al meglio tutti gli altri “grazie” che vorrei dire al termine di questo importantissimo momento della mia vita, ma voglio provarci.

Grazie a mamma Silvana, che si scontra con me con la stessa intensità con la quale mi ama, che risolve ogni situazione, che mi salva sempre. Non esistono parole sufficienti per esprimere ciò che rappresenti per me. Sei eccezionale mamma.

Grazie a papà Enrico, grazie per le nostre conversazioni infinite e per me irrinunciabili, grazie per ogni volta in cui pazientemente mi ascolti per poi dire: “resta un segreto tra noi, alla mamma non lo diciamo”, grazie perché mi pensi sempre e poi torni a casa con un libro tutto per me, dai tempi di Geronimo Stilton ad oggi nulla è cambiato. Sei il mio eroe papà.

Grazie a mia sorella Carolina. Sarebbe fastidiosamente scontato ringraziarti per avermi sempre dato il buon esempio, per il tuo essere brillante, io invece voglio ringraziarti per le nostre giornate senza studio, senza parlare di esami o scadenze, dove tu non sei un medico e io un’aspirante giurista, dove siamo solo Pi e Ca al mare, a quei mercatini che tanto ti piacciono o a casa con quel tuo bizzarro gatto. Grazie sorellina per quei momenti, non immagini quanto mi abbiano fatto bene.

Un ringraziamento speciale è riservato anche al mio super cognato Tommaso, che ascolta con grande sopportazione ogni mia presunta patologia. Ci sei sempre stato.

Grazie a nonna Maria, che risponde al dolore con così tanto amore, e questo non l’ho mai letto in nessun libro, me lo ha insegnato, o meglio me lo sta insegnando lei. Essere tornata

nella mia casa di infanzia e poterci vivere oggi con te è la realizzazione di un sogno. Sei e sarai per sempre il mio più grande amore.

Grazie a zia Nadia, la mia complice da sempre, da i tempi in cui mi portavi con te in ufficio dandomi mille immagini da colorare, anche se sapevi che non ne avrei colorata nemmeno una, perché il mio nasino curioso finiva subito dentro quei fascicoli così interessanti, così pieni di storia e di vita, proprio come sei tu. Grazie perché non c'è davvero nulla di cui non si possa parlare con te nel tuo salotto davanti ad un bel caffè e all'ennesimo perfetto dolce dello zio. Grazie perché casa vostra è sempre aperta per me e perché so che questo non cambierà.

Grazie a mia cugina Federica, grazie per essere una delle mie più passionate sostenitrici, ma soprattutto grazie per il nostro tempo insieme, per le nostre granite estive e per i nostri sushi improvvisati, per i nostri segreti. Grazie ad Andrea, fidatissimo aggiustatutto, che risponde sempre al primo squillo quando lo chiamo e alla mia adorata Viola, che con grande privilegio guardo crescere ogni giorno. Grazie per questo spazio così importante nella vostra vita.

Grazie alla mia parte di famiglia carrarese, che porta così tanto sole nella mia vita. Grazie Stefano e Micol, perché quando arrivate voi arriva anche il buon umore. Grazie per le vostre parole gentili e per i vostri sorrisi sinceri, che in questi mesi così complicati per me non sono mai mancati. Grazie alla mia preziosa Ally, che ha la straordinaria capacità di spazzare via qualsiasi brutto pensiero.

Grazie alla mia migliore amica da sempre, Ilaria. Non ho memoria di un momento della mia vita in cui tu non sia stata presente e nemmeno potrei immaginarlo. Grazie per avermi sempre sostenuta in quel modo così dolce e delicato, che appartiene solo a te. Grazie per quel "ti voglio bene" che ci siamo dette prima che tu raggiungessi Paolo all'altare, penso che questa immagine sintetizzi al meglio tutti questi anni di vita insieme. Grazie a Paolino, che in questa sede chiamerò solo Paolino, per avere sempre un pensiero per me. Come diciamo sempre siamo una piccola famiglia.

Grazie ad Alex, anima bellissima, insieme a me da sempre. Da i tempi in cui alle recite scolastiche interpretavamo il preside e la maestra nulla è cambiato tra noi, sei stato

presente in ogni momento della mia vita, e non hai mai esitato ad aiutarmi. Grazie per questa amicizia che ha letteralmente cambiato la mia vita. Avrò sempre bisogno di te.

Grazie a Roberta, molto più di un capo. Grazie per quel giorno di ormai quasi quattro anni fa, quando io ti ho detto che avrei fatto qualsiasi cosa per lavorare nel tuo locale, e tu, forse anche per sfinimento hai acconsentito. Grazie perché oggi quel locale è diventato per me una seconda casa, un luogo sicuro in cui tornare quando sono triste o quando voglio condividere una gioia. Grazie per quando le luci sono ormai spente, le sedie sono in ordine sui tavoli, il pavimento più o meno lavato, e ci mettiamo a parlare perdendo la cognizione del tempo. Grazie per questo enorme valore aggiunto nella mia vita.

Grazie a Marta, incontrata durante il mio percorso universitario e ben presto diventata presenza costante, amica fidata. Grazie per la tua costante positività, che fa proprio bene al cuore.

E in ultimo, ma non certo per importanza, grazie a Simone, che da sette anni condivide con me ogni singolo giorno. La vita con te non è stata gentile, eppure, tu con la tua immensa dolcezza e generosità hai riempito la mia, trasformando il tuo dolore in un amore smisurato per me. Possa questo traguardo raggiunto insieme essere un nuovo punto di partenza per quel futuro insieme di cui tanto abbiamo parlato e che io desidero al di sopra di ogni cosa. Grazie per avermi accompagnata in questo lungo percorso, e per avermi aiutata a risollevarmi ogni volta che sono caduta. Tu e Pongo siete la mia felicità.

Quasi dimenticavo, oggi voglio ringraziare anche chi tempo fa mi disse che Giurisprudenza non era il posto per me... avevano ragione, non era semplicemente il posto per me... era già casa mia!