



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA**

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI DIPARTIMENTO  
DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA**

*Tesi di Laurea in Diritto di famiglia e delle successioni*

**FILIAZIONE E TECNICHE DI PROCREAZIONE DI ASSISTITA.  
LA TUTELA DELL'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE NEI NUOVI DI RAPPORTI  
DI GENITORIALITÀ**

*Relatrice: Di Gregorio Valentina*

*Correlatore: Turci Matteo, Gigola Monica*

*Candidata: Alessia Benedetta Masala*

*Anno Accademico 2023-2024*



<i>INTRODUZIONE</i> .....	1
<i>CAPITOLO I LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. UNO SGUARDO D'INSIEME</i> .....	3
1. PREMESSA.....	3
2. IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ ALLA LUCE DELLA PMA .....	4
3. LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ANTECEDENTE ALLA LEGGE N. 40/2004 .....	9
4. LA LEGGE N. 40/2004 “NORME IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA”: UNA LEGGE DI “COMPROMESSO” .....	14
5. L’INTERVENTO DELLA CEDU E DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA .....	20
6. METODOLOGIE E CENTRI AUTORIZZATI.....	24
<i>CAPITOLO II LA LEGGE N. 40/2004 “NORME IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA” E SUCCESSIVE MODIFICHE</i> .....	31
1. PREMESSA.....	31
2. VERSO UNA TUTELA NORMATIVA E UN TENTATIVO DI BILANCIAMENTO DI VALORI COSTITUZIONALI .....	32
3. I REQUISITI OGGETTIVI E SOGGETTIVI E I LIMITI IMPOSTI.....	38
4. IL RAPPORTO TRA LA LEGGE N. 40/2004 E LA LEGGE N. 194/1978.....	45
5. LO STATUTO GIURIDICO DEL NASCITURO, IL DIVIETO DI DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ E DELL’ANONIMATO DELLA MADRE.....	50
6. IL SISTEMA SANZIONATORIO DELLA LEGGE N. 40/2004.....	64
7. LA SENTENZA COSTA E PAVAN CONTRO ITALIA, IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI NECESSARIA INFERTILITÀ PER L’ACCESSO ALLE TECNICHE DI PMA E IL RICONOSCIMENTO DELLA LEGITTIMITÀ DI ACCESSO ALLA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO PER LE COPPIE STERILI E INFERTILI.....	68
8. LA TUTELA DELL’EMBRIONE UMANO E LA SENTENZA N. 151 DEL 2009 DELLA CORTE COSTITUZIONALE .....	80
<i>CAPITOLO III TRA FECONDAZIONE ETEROLOGA E MATERNITÀ SURROGATA</i> .....	88
1. PREMESSA.....	88
2. LA DISCIPLINA IN TEMA DI FECONDAZIONE ETEROLOGA PRIMA E DOPO LA LEGGE N.40/2004 .....	90
3. LA PRONUNCIA DELLA PRIMA SEZIONE DELLA CORTE EDU DEL 1° APRILE 2010.....	99
4. DALL’ORDINANZA N. 150 DEL 2012 ALLA SENTENZA N. 162 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE .....	104
5. LEGITTIMO IL DIVIETO DI ACCESSO ALLA PMA PER LE COPPIE OMOSESSUALI E L’OSTATIVITÀ AL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI CIVILI DELLA GENITORIALITÀ DI TALI COPPIE NELL’ORDINAMENTO INTERNO.....	113
6. IL DIVIETO ASSOLUTO DELLA MATERNITÀ SURROGATA .....	123

7. IL RICONOSCIMENTO DEGLI ATTI DI NASCITA DI MINORI NATI ALL'ESTERO CON LA GPA E IL PROBLEMA DELLA STEP CHILD ADOPTION .....	126
<i>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</i> .....	138
<i>BIBLIOGRAFIA</i> .....	142
<i>FONTI</i> .....	155

## INTRODUZIONE

In un'epoca contraddistinta da scoperte medico scientifiche, che hanno permesso l'introduzione e lo sviluppo di attività fino al secolo scorso irraggiungibili e impensabili, il tema delle tecniche di procreazione assistita è uno dei più controversi in campo bioetico<sup>1</sup>.

Per comprendere se tutto ciò che è medicalmente possibile è anche giuridicamente lecito e moralmente accettabile, è stata necessaria l'introduzione di un nuovo ambito di cognizione, il biodiritto<sup>2</sup>.

Analizzare e legiferare su una materia interdisciplinare come quella della procreazione medicalmente assistita, dove vengono in gioco problemi di natura etica, religiosa e medica oltre che giuridica, è un dovere che il legislatore nazionale non ha potuto eludere. Le problematiche riguardanti la sterilità e l'infertilità di coppia e il loro incremento negli ultimi anni vedono come unico rimedio le tecniche di PMA che consentono il superamento dei requisiti oggettivi e soggettivi legati alla procreazione.

Il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita è, infatti, sempre più frequente a causa di una costante crescita dei tassi d'infertilità e sterilità, motivo per cui molte coppie accettano di intraprendere un percorso a tratti difficile, dall'esito incerto, talvolta rischioso e pericoloso dal punto di vista sia psichico che fisico.

È stato ritenuto opportuno intervenire in materia ma è stato fatto in punta di piedi con tutti i timori legati alla società in cui si è operato. Il risultato è stata la Legge n. 40/2004<sup>3</sup>, un prodotto impreciso e con non pochi profili di illegittimità costituzionale.

Si è assistito alla trasformazione e al superamento del paradigma di riferimento della naturalità e della famiglia fondata sul matrimonio.

Il ritardo dell'avvento di una legislazione ad hoc è facilmente desumibile, i condizionamenti cattolici e la frammentazione del potere parlamentare italiano hanno rallentato e ostacolato l'approvazione della legge<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> "Bioetica - Treccani." *Treccani*, [www.treccani.it/enciclopedia/bioetica/](http://www.treccani.it/enciclopedia/bioetica/) Ultima consultazione in data 18 Febbraio 2024

<sup>2</sup> CARRATO, A., *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*

<sup>3</sup> Legge 19 Febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", pubblicata in Gazz. Uff. 24 febbraio 2004, n. 45

<sup>4</sup> GROSSO, P., *Fecondazione artificiale in vitro e problemi di rilevanza giuridico-penale*

Nonostante il grande traguardo raggiunto con la disciplina in questione, molti limiti nazionali sono stati fissati per l'accesso alle tecniche con il risultato che sia singoli che coppie, etero o omosessuali, si recano in altri Paesi per vedersi riconosciuto il diritto ad avere figli. La nascita di figli nati all'estero ha sollevato istanze tese a ottenere il riconoscimento giuridico per i nuovi rapporti familiari di fatto<sup>5</sup>.

Fatte queste premesse, nel suddetto elaborato affronteremo il tema della fecondazione assistita sotto vari punti di vista.

Dall'esistenza o meno di un "diritto alla procreazione" alla luce dei principi costituzionali coinvolti, il loro bilanciamento e la giurisprudenza nazionale e sovranazionale, al contenuto del testo legislativo n. 40/2004, le disposizioni maggiormente controverse e il valore che queste hanno avuto nella realtà dei fatti. Analizzeremo gli interventi giurisprudenziali, in particolare il superamento del principio di necessaria infertilità per avere accesso alle tecniche, il problema della crioconservazione e di soppressione degli embrioni, il divieto di effettuare la diagnosi genetica preimpianto. Infine, la disciplina controversa della fecondazione eterologa e della maternità surrogata, il problema riconoscimento degli atti di nascita di coppie che vi siano ricorsi all'estero e della c.d. Step Child Adption.

---

<sup>5</sup> "Filiazione E Procreazione Medicalmente Assistita - Treccani." *Treccani*, [www.treccani.it/enciclopedia/filiazione-e-procreazione-medicalmente-assistita\\_\(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/filiazione-e-procreazione-medicalmente-assistita_(Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto)/) Ultima consultazione in data 20 Giugno 2024

## CAPITOLO I LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA. UNO SGUARDO D'INSIEME

1. Premessa – 2. Il diritto alla genitorialità alla luce della PMA – 3. Legislazione e giurisprudenza antecedente alla Legge n. 40/2004 – 4. La Legge n. 40/2004 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”: una legge di “compromesso” – 5. L’intervento della CEDU e della giurisprudenza europea – 6. Metodologie e centri autorizzati

### 1. PREMESSA

La procreazione medicalmente assistita (PMA) è l’insieme delle tecniche di fecondazione artificiale (chirurgiche, ormonali, farmacologiche o di altro tipo<sup>6</sup>) utilizzate per aiutare tutte le coppie per le quali il concepimento spontaneo risulta essere impossibile o remoto e nei casi in cui gli interventi farmacologici e/o chirurgici siano inadeguati.

Si tratta di metodologie che comportano la manipolazione di ovociti, spermatozoi o embrioni con l’obiettivo di realizzare una gravidanza.

I soggetti che generalmente ricorrono alla PMA sono coloro che hanno problemi legati all’infertilità o alla sterilità, oppure perché portatori sani di o affetti da malattie genetiche. Nonostante i due termini “infertilità” e “sterilità” vengano spesso utilizzati come sinonimi, è necessario specificare il loro significato e, di conseguenza, le loro differenze. Per sterilità si intende una patologia diagnosticabile dopo 12 mesi di rapporti regolari e non protetti; questo limite si abbassa a 6 mesi per le donne di età superiore ai 35 anni ed in presenza di fattori di rischio (pregressi interventi sugli organi pelvici, pregresse gravi infezioni utero ovariche, endometriosi) senza l’instaurarsi di una gravidanza.

---

<sup>6</sup> CIANCIO, S., “*Procreazione Assistita: Chiese a Confronto*”, Tigor: rivista di scienze della comunicazione di argomentazione giuridica, 2017, <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/4196fcf7-f0bc-43e7-9553-97ed4be84738/content> Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

Invece, parlando di infertilità si intende un difetto dell'annidamento e/o sviluppo dell'embrione per cui c'è l'incapacità di proseguire la gravidanza fino ad un'epoca di vitalità del feto<sup>7</sup>.

Oltre ai casi di infertilità e di sterilità, da qualche anno è possibile accedere alle pratiche di PMA anche se portatori di o affetti da una malattia genetica accertata tramite la diagnosi preimpianto. La fecondazione assistita permette di evitare una possibile trasmissione della malattia al futuro bambino tramite la selezione, l'analisi e la manipolazione dei gameti.

Ad oggi, la disciplina permette sia la fecondazione omologa, ossia l'inseminazione che avviene tramite l'utilizzo di gameti della coppia, che quella eterologa, la quale richiede l'impiego di gameti estranei rispetto a quelli della coppia<sup>8</sup>.

Molte sono ancora le barriere di tipo tecnico che la legge n. 40/2004 impone, basti pensare all'esclusione da tali pratiche delle coppie omoaffettive le quali, per potersi veder riconoscere il diritto ad essere genitori, devono recarsi all'estero per accedere alle tecniche di maternità surrogata, che non sono praticabili in Italia.

## 2. IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ ALLA LUCE DELLA PMA

Il 25 luglio 1978 è una data importante per la materia della procreazione medicalmente assistita in quanto ad Oldham, in Inghilterra, è venuta al mondo Louise Joy Brown, la prima nata concepita in provetta tramite la fecondazione in vitro<sup>9</sup>. Tutti i bambini venuti al mondo mediante procreazione artificiale, dopo tale nascita, sono chiamati "figli della provetta"<sup>10</sup>. Da quel giorno sono passati 40 anni e la PMA ha iniziato a svilupparsi in

---

<sup>7</sup> IGNELZI, C., "Infertilità E Sterilità Maschile E Femminile: Cause E Differenze." *Nurse24.It*, 31 May 2019, [www.nurse24.it/dossier/salute/sterilita-infertilita-maschile-femminile-cause.html](http://www.nurse24.it/dossier/salute/sterilita-infertilita-maschile-femminile-cause.html) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>8</sup> RIZZUTI I., "La Procreazione Medicalmente Assistita E Il Diritto Di Diventare Genitori" | *Salvis Juribus*. 6 July 2019, [www.salvisjuribus.it/la-procreazione-medicalmente-assistita-e-il-diritto-di-diventare-genitori/](http://www.salvisjuribus.it/la-procreazione-medicalmente-assistita-e-il-diritto-di-diventare-genitori/) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024.

<sup>9</sup> "Il 25 Luglio 1978 Inizia Ufficialmente l'Era Della Procreazione Medicalmente Assistita." *IVI Italia*, [www.ivialia.it/note/il-25-luglio-1978-inizia-ufficialmente-lera-della-procreazione-medicalmente-assistita/#:~:text=Il%2025%20luglio%201978%20inizia%20ufficialmente%20il%2027%20era%20della%20Procreazione%20Medicalmente%20Assistita](http://www.ivialia.it/note/il-25-luglio-1978-inizia-ufficialmente-lera-della-procreazione-medicalmente-assistita/#:~:text=Il%2025%20luglio%201978%20inizia%20ufficialmente%20il%2027%20era%20della%20Procreazione%20Medicalmente%20Assistita) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>10</sup> RAUTI, I., "I figli della provetta, in *Questioni di bioetica. La sterilità e la procreazione medicalmente assistita*", Roma, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1997, p. 12.



tutto mondo, in Europa e non solo, e, dal 1978 ad oggi, sono più di otto milioni i bambini nati a seguito di una pratica di fecondazione assistita<sup>11</sup>.

La procreazione medicalmente assistita è un tema affascinante ma anche molto complesso, è una nozione che racchiude un'infinità di significati e che suscita, da un lato, emozioni e sentimenti e, dall'altro, osservazioni etiche dalle quali non è sempre facile mantenere le distanze, in particolar modo quando si affrontano argomenti di bioetica e biodiritto<sup>12</sup>.

Alla luce di questo *nuovo modo di concepire* occorre interrogarsi in merito all'esistenza o meno di un diritto ad avere figli e diventare quindi genitori mediante una tecnica puramente medica. L'ampliamento della nozione di procreazione ha suscitato forti dibattiti in ambito etico, politico e giuridico, in particolare perché la disciplina dell'inizio vita necessita di un ragionevole bilanciamento tra diritti e libertà<sup>13</sup>.

Il desiderio di avere figli costituisce un'aspirazione dell'essere umano, esplicitazione della sua personalità e della sua autodeterminazione.

L'espressione "*diritto alla genitorialità o alla procreazione*" non appare espressamente nel testo costituzionale e nel Codice civile, questo ha generato una lunga discussione, sia giurisprudenziale che dottrinale, sull'esistenza e sulla natura di tale diritto.

Il diritto di procreare può essere ricompreso tra i così detti "*nuovi diritti*", i quali non sono espressamente contenuti nella Carta costituzionale<sup>14</sup>, ma che possono essere ricondotti implicitamente ai diritti costituzionali o dal combinato disposto di diverse norme.

Si potrebbe, dunque, parlare di un diritto costituzionalmente garantito alla luce dei rapporti che ne derivano e che sono tutelati dagli articoli 29, 30, 31 e 37 Cost., quindi come un contenitore di interessi, diritti e doveri.

---

<sup>11</sup> "*Nel Mondo 90 Milioni Di Coppie Sperimentano Problemi Di Fertilità - Salute & Benessere.*" ANSA.it, 31 May 2019, [www.ansa.it/canale\\_saluteebenessere/notizie/lei\\_lui/medicina/2019/05/31/nel-mondo-90-milioni-coppie-sperimentano-problemi-fertilita\\_4989d8d4-b09f-4816-b79b-f66c7930ac71.html](http://www.ansa.it/canale_saluteebenessere/notizie/lei_lui/medicina/2019/05/31/nel-mondo-90-milioni-coppie-sperimentano-problemi-fertilita_4989d8d4-b09f-4816-b79b-f66c7930ac71.html) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>12</sup> MINERVINI, S., *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, Halley, 2007

<sup>13</sup> CHIEFFI, L., GIUSTINIANI, P., *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010

<sup>14</sup> Costituzione della Repubblica italiana 1° gennaio 1948, pubblicata in Gazz. Uff. 27 dicembre 1947, n. 298

Gli articoli 29 e 30 riconoscono i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ma si garantisce allo stesso tempo una tutela anche ai figli nati al di fuori del matrimonio stesso<sup>15</sup>.

Gli articoli 31 e 37, altresì, garantiscono un'agevolazione economica e altre provvidenze sociali per la formazione e lo sviluppo della famiglia, anche nel caso di donna lavoratrice<sup>16</sup>.

Il diritto alla procreazione è una prerogativa recente: in passato il processo procreativo era pensabile solo come fatto naturale, per cui non avrebbe avuto senso discutere sulla necessità di una tutela statale volta a fornire i mezzi per attuare questo diritto<sup>17</sup>. Il legislatore originario, nel parlare di diritto alla genitorialità, lo fece in un'ottica di famiglia biologica, composta da un padre e una madre uniti in matrimonio.

Con l'avvento delle nuove tecniche di fecondazione artificiale e la loro legalizzazione stiamo assistendo al passaggio dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione. Il diritto vigente non riconosce solo la famiglia tradizionale, e la relazione tra genitori e figli viene tutelata anche se non fondata sul matrimonio, basta dare uno sguardo alle unioni civili e ai figli nati da coppie non sposate che si vedono riconosciuti sempre più diritti<sup>18</sup>.

La procreazione è espressione della libertà, della dignità umana e dell'autodeterminazione priva di interferenze statali, riconducibili agli articoli 2, 3 e 31 Cost<sup>19</sup>, è un diritto fondamentale della persona perché ha un ruolo centrale nella vita dei singoli<sup>20</sup>. La dimensione di questo diritto è duplice. La scelta di procreare è libera e

---

<sup>15</sup> Articolo 29 Cost. recita “*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.*”

Articolo 30 Cost. recita “*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.*”

<sup>16</sup> Articolo 31 Cost. recita “*La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.*”

Articolo 37 Cost. recita “*La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.*”

<sup>17</sup> DI STEFANIA, F., “*Verso Una Teoria Del Diritto Alla Procreazione*” [Www.federalismi.it](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content_author=)  
[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content_author=)

Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>18</sup> MINERVINI, S., *op.cit.*

<sup>19</sup> D'ALOIA, A., Torretta, P. *La procreazione come diritto della persona, estratto dal volume: “Trattato di biodiritto”* diretto da Rodotà, S., Zatti, P. 2011, p. 1342 e ss

<sup>20</sup> MINERVINI, S., *op.cit.*

cosciente, di conseguenza a nessuno può essere imposta o vietata. Questo però non significa che la libertà procreativa sia priva di limiti, che si possa realizzare a qualunque costo e con qualunque strumento<sup>21</sup>, anzi incontra nelle sue applicazioni alcuni margini derivanti da altri principi fondamentali come il diritto alla salute e i diritti relativi ai figli<sup>22</sup>.

Alcune perplessità sorgono in merito alla titolarità di tale diritto, se spetti alla coppia o anche al singolo in quanto tale, e se esuli dall'orientamento sessuale. Inoltre, si è anche posta la questione circa la possibilità di equiparare la procreazione naturale e a quella medicalmente assistita.

Il legislatore è dovuto intervenire delineando e ponendo delle restrizioni all'accesso a tali tecniche, operando un bilanciamento con altri interessi di pari rango costituzionale.

Nel caso della procreazione naturale non sono presenti limiti di tipo legale, il processo è libero e spontaneo. Gli interessi in gioco sono circoscritti alla tutela e al benessere del nascituro, prima, e del nato, dopo.

Nella procreazione artificiale, invece, emergono limiti di tipo tecnico giuridico legati alla ricerca di una struttura autorizzata, dei mezzi necessari nonché la cooperazione di terzi qualificati con determinate conoscenze medico-specialistiche. Ma soprattutto ci sono dei vincoli soggettivi all'accesso alle pratiche, non possono usufruirne le donne single e le coppie omoaffettive ad esempio. Gli interessi, in questo caso, sono altri rispetto a quelli del nascituro, ma sono quelli della consapevolezza medica e dell'interesse del nato all'identità personale e alla conoscenza delle proprie origini<sup>23</sup>.

La presenza di tali barriere costituisce una possibile minaccia alla scelta di procreare che, come abbiamo detto, è libera e cosciente<sup>24</sup>.

Una conferma di grande importanza circa l'esistenza di un diritto alla genitorialità è la decisione n. 332 del 2000 con cui la Corte costituzionale si è pronunciata in merito ai concorsi pubblici, in particolare per quanto riguarda i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza. L'oggetto della questione era l'articolo 7, punto 3, della legge 29 gennaio 1942, n. 64 "*Modificazioni alle leggi di ordinamento*

---

<sup>21</sup> D'ALOIA, A., Torretta, P. *op.cit.*

<sup>22</sup> MINERVINI, S., *op.cit.*

<sup>23</sup> DI STEFANIA, F., "*Verso Una Teoria Del Diritto Alla Procreazione*" [Www.federalismi.it](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content_author=)  
[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content_author=)

Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>24</sup> Minervini, S. *op.cit.*

della regia Guardia di finanza”<sup>25</sup>, che includeva tra i requisiti per il reclutamento lo stato di “celibe o vedovo senza prole”.

La Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di finanza, l’essere senza prole. Ciò in ragione del contrasto con gli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, non risultando, la mancanza di figli, un’ “*esigenza dell’organizzazione militare*” tale da giustificare una limitazione al diritto di procreare. Una tale ostatività non può essere in alcun modo giustificata perché si pone in netto contrasto con i diritti fondamentali della persona e in primis del diritto alla genitorialità, tutelando l’art. 2 della Costituzione l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata<sup>26</sup>.

La Corte con questa pronuncia ha ribadito la prevalenza dei diritti fondamentali della persona su interessi di carattere organizzativo, come quelli che emergono nel caso in questione, e, in particolare, si evince come la stessa Corte ritenga il diritto alla procreazione, non solo come diritto costituzionale, ma come diritto fondamentale, del quale nessuno può essere privato.

Il diritto a diventare genitori viene riconosciuto indirettamente anche da alcune convenzioni internazionali cui l’Italia ha aderito, l’articolo 16<sup>27</sup> della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo<sup>28</sup>, l’articolo 12<sup>29</sup> della Convenzione per la salvaguardia

---

<sup>25</sup> Legge 29 gennaio 1942, n. 64, “*Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza*”, pubblicata in Gazz. Uff. 27 febbraio 1942

<sup>26</sup> Articolo 2 Cost. recita “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*”

<sup>27</sup> Articolo 16 “*1. Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all’atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.*”

<sup>28</sup> Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo 10 dicembre 1948, pubblicata in Gazz. Uff. 13 aprile 2017, n. 87

<sup>29</sup> Articolo 12 “*A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto.*”

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>30</sup> e l'articolo 23<sup>31</sup> del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>32</sup> che riconoscono il diritto ad avere una famiglia<sup>33</sup>.

A fonte di queste considerazioni possiamo parlare di un diritto alla procreazione, strettamente legato al diritto alla genitorialità. Un diritto che deve essere riconosciuto a chiunque scelga di avere un figlio, sia nel caso in cui questo possa avvenire attraverso un processo procreativo naturale, sia laddove la natura non lo permetta e, quindi, sia necessario ricorrere ad una pratica medica e, eventualmente, a materiale genetico altrui che permetta di soddisfare questo desiderio che altrimenti rimarrebbe solo un sogno.

### 3. LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ANTECEDENTE ALLA LEGGE N. 40/2004

Nonostante la mancanza, nell'ordinamento italiano, di una disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita, le tecniche di fecondazione artificiale erano praticate ugualmente e, nella gran parte dei casi, in modo quasi totalmente arbitrario prima dell'entrata in vigore della legge che ne ha regolato la disciplina.

Per lungo tempo, quindi, l'Italia è stata uno dei pochi Paesi in cui c'era una lacuna normativa in tema di PMA.

Le difficoltà che hanno impedito l'attuazione di una disciplina ad hoc, oltre a quelle di carattere ideologico, erano anche quelle giuridiche, basti pensare al fatto che la moltitudine dei soggetti coinvolti nel processo procreativo medico implica un bilanciamento di differenti interessi costituzionali: diritto alla vita, alla dignità umana e all'autodeterminazione.

La carenza di una normativa ad hoc è risultata spesso molto evidente nella giurisprudenza che ha preceduto l'emanazione della legge: poteva capitare che casi analoghi, sottoposti a giudici differenti, venissero risolti in modo divergente.

---

<sup>30</sup> Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 4 novembre 1950, pubblicata in Gazz. Uff. 24 settembre 1955, n. 221

<sup>31</sup> 333Articolo 23 “1. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato. 2. Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio. 3. Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 4. Gli Stati Parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento, deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria.”

<sup>32</sup> Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici 16 dicembre 1966, pubblicata in Gazz. Uff. 7 dicembre 1977, n. 333

<sup>33</sup> MINERVINI, S., *op.cit.*

Gli interpreti esaminavano così le questioni loro sottoposte e i concreti problemi da risolvere, interpretando le disposizioni già esistenti attraverso lo strumento dell' "*interpretazione analogica*", oppure facendo ricorso ai principi generali del diritto o, ancora, attraverso l' "*interpretazione estensiva*". Il risultato era che veniva ricavata una regola applicabile al solo caso concreto.

Qualora gli interpreti non riuscissero a trovare norme applicabili al caso concreto doveva necessariamente ricorrere ai principi generali dell'ordinamento dello Stato, ricavabili dalle leggi o formulati all'interno delle norme costituzionali.

L'interpretazione di una norma poteva, di conseguenza, mutare a seconda dei diversi orientamenti culturali, politici e ideologici dei giuristi, che ovviamente variavano a seconda dei soggetti che la interpretavano, senza contare, poi, che, spesso, la giurisprudenza non era aggiornata sui frequenti progressi della medicina e, pertanto, utilizzava modelli normativi inadeguati e superati, dando interpretazioni che potevano risultare non esaustive. Queste interpretazioni giudiziarie avevano effetto vincolante per le sole parti dei singoli giudizi e, quindi, i provvedimenti emanati da un giudice in una controversia avevano valore solo per il caso concreto deciso in quell'occasione e non per gli altri organi giudicanti, che potevano quindi attribuire alla stessa norma un'interpretazione diversa.

Le prime proposte di legge risalgono agli anni 1958, 1959 e 1969 ma il risultato fu una negazione totale delle tecniche di fecondazione artificiale e la conseguente sanzione penale della reclusione fino ad un anno sia per la donna che si sottoponeva alla fecondazione eterologa, sia per il marito consenziente e il terzo donatore, essendo stato individuato nel diritto penale lo strumento cardine per affrontare temi di bioetica. Nel 1975, inoltre, ci fu una delle più importanti riforme del diritto di famiglia, ma, nonostante ciò, il tema della procreazione medicalmente assistita però non venne presa in esame.

La diminuzione della natalità che venne registrata in Italia negli anni successivi a questi interventi mise in luce i problemi di sterilità e di infertilità che colpivano i cittadini e che li costringevano a recarsi all'estero per sottoporsi alle tecniche di fecondazione che, nel nostro Paese, risultavano ancora vietate. Con la nascita del primo bambino frutto della fecondazione artificiale nel 1978, l'approccio al tema cambiò notevolmente e si susseguirono diversi tentativi per regolare la materia.

Negli anni a seguire iniziarono, infatti, ad essere presentati disegni di legge che non si limitavano a criminalizzare alcuni comportamenti, ma andavano a proporre normative

coinvolgenti i vari rami dell'ordinamento giuridico (diritto civile, amministrativo, penale, ecc.), in modo da disciplinare la tecnica e tutte le sue conseguenze. Per la prima volta vennero presi in considerazione tutti gli interessi coinvolti: dai diritti della madre (il diritto alla salute e il diritto a procreare) a quelli del nascituro (diritto alla vita, diritto ad avere dei genitori, ecc.). Inoltre, quasi contemporaneamente o poco dopo, anche a livello europeo si pose il problema della procreazione medicalmente assistita e di tutte le pratiche ad essa correlate.

Il 22 novembre 1985 vennero presentate due proposte di legge dalla Commissione Santosuosso, creata dall'allora Ministro della Sanità, «Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito» e «Norme sulla fecondazione artificiale umana sul trattamento di gameti ed embrioni».

La prima proposta era suddivisa in tre sezioni dedicate a differenti materie: ai principi fondamentali, all'assistenza alla famiglia e all'inseminazione omologa e, l'ultima, contenente "altre disposizioni", come una serie di divieti (sperimentazioni sugli embrioni, inseminazione artificiale).

Invece, la seconda proposta era formata da nove sezioni: una dedicata ai principi fondamentali, una all'assistenza alla famiglia e agli organi di controllo, una alle disposizioni comuni ai procedimenti artificiali, una ai procedimenti non naturali per la fecondazione con gameti dei coniugi, una alle facilitazioni ai fini dell'adozione, una ai procedimenti non naturali di fecondazione con gameti dei donatori, una sezione dedicata alla disponibilità di gameti, embrioni e bambini, l'ottava dedicata allo stato delle persone e, infine, la nona alle sanzioni.

Numerose furono le circolari e le ordinanze ministeriali che tentarono di regolamentare la materia della procreazione assistita.

La Circolare ministeriale del 1985 del Ministro Degan che vietava la fecondazione eterologa nei centri pubblici, senza dir nulla a riguardo dei centri privati, ammettendo solo la pratica di quella omologa, e sotto richiesta di sole coppie eterosessuali sposate.

La Circolare ministeriale n. 19 del 27 aprile 1987 del Ministro Donat Cattin, in tema di misure della trasmissione di HIV e altri agenti patogeni attraverso seme umano impiegato per la fecondazione artificiale. Detta circolare è stata poi sostituita con la n.17 del 1992 del Ministro De Lorenzo, il cui scopo era quello di salvaguardare la salute della donna, nonché quella del nascituro, dalla trasmissione di malattie veneree.

Le due ordinanze del Ministero della Sanità del 5 marzo 1997, vietavano ogni forma di remunerazione nella cessione di gameti, embrioni e tutti gli esperimenti finalizzati alla

clonazione umana o animale. L'inosservanza di detti ordini comportava il divieto di praticare ogni tecnica di fecondazione assistita.

Le due ordinanze del 18 dicembre 2002 e del 21 dicembre 2002, vietavano l'esportazione di embrioni e gameti all'estero<sup>34</sup>.

Negli anni si continuarono a susseguire proposte di legge che proponevano di regolare la materia sotto diversi punti di vista ma nessuna ebbe successo.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica si occupò di redigere due pareri che, però, non vennero presi in considerazione, e solo nella XIII Legislatura il tema della procreazione medicalmente assistita venne inserito all'ordine del giorno delle discussioni parlamentari. La Commissione Affari Sociali della Camera il 27 gennaio 1998 propose un testo con il quale veniva autorizzata la pratica della fecondazione eterologa per le sole coppie conviventi, il testo non venne però sostenuto dalla Camera. Il 14 luglio dello stesso anno fu presentata una proposta di legge, il «Testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita»<sup>35</sup>, si tratta della sintesi di diciassette disegni di leggi formulati tra il 1996 e il 1997, e prevedeva una legalizzazione della PMA di tipo sia omologo che eterologo. Il testo venne successivamente modificato dalla Camera e il 26 maggio 1999 con 266 voti a favore e 153 contro venne approvato un testo con il quale veniva imposto il divieto di fecondazione eterologa e venivano dichiarati adottabili gli embrioni.

A partire dall'anno successivo il Senato iniziò ad approvare una serie di emendamenti al testo della Camera, vennero eliminati i diritti del concepito, si rese praticabile la fecondazione eterologa e si eliminava il limite di età per avere accesso alle tecniche di fecondazione artificiale. Questi continui interventi resero la legge inapplicabile per molto tempo.

Le ragioni del ritardo nell'adozione di una legge sulla fecondazione assistita sono da ricondursi all'impossibilità di raggiungere un consenso comune, da una parte il pensiero laico volto alla tutela del "diritto alla procreazione", mentre dall'altra parte il pensiero cattolico conservativo legato alla figura della famiglia tradizionale e alla concezione di procreazione come naturale.

---

<sup>34</sup> COSCIONI, L. "Prima Della Legge 40, La Normativa Che Si Applicava in Italia." *Associazione Luca Coscioni*, 4 Aug. 2005

[www.associazionelucacoscioni.it/notizie/rassegna-stampa/prima-della-legge-40-la-normativa-che-si-applicava-italia](http://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/rassegna-stampa/prima-della-legge-40-la-normativa-che-si-applicava-italia) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>35</sup> LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 596 ss.



Il 18 giugno 2002 il disegno di legge venne approvato dalla Camera dei deputati e successivamente, nel 2003, dal Senato fino ad essere approvata definitivamente il 19 febbraio 2004<sup>36</sup>.

Significativi spunti sulla PMA derivano, inoltre, dal Codice Deontologico dell'Ordine professionale dei Medici. È un corpus di regole di autodisciplina alle quali i professionisti iscritti devono adeguare la loro condotta<sup>37</sup>.

Il testo stabiliva che non fossero consentite le pratiche di maternità surrogata, fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili o dopo la morte del padre. Non erano permesse selezioni e sfruttamenti di gameti, embrioni o feti, nonché le produzioni di embrioni ai soli fini di ricerca. Erano, inoltre, vietate pratiche di fecondazione assistita in strutture sanitarie prive di idonei requisiti. Il medico che violava le già menzionate regole, veniva sottoposto a procedimento disciplinare da parte dell'Ordine.

Considerevoli sono stati gli interventi giurisprudenziali per quanto riguarda la fecondazione artificiale di tipo omologo in particolar modo sul tema della destinazione degli embrioni e sulla fecondazione *post mortem*.

Il Tribunale di Bologna il 9 maggio 2000 si è pronunciato circa una separazione e il dissenso del marito circa l'impianto dell'embrione crioconservato. I principi che sono emersi riguardavano la differenza di tutela giuridica dell'embrione crioconservato rispetto a quello impiantato nell'utero, i diritti dei coniugi sugli embrioni crioconservati e la prevalenza dei diritti della donna dopo l'impianto in utero.

Il Tribunale di Palermo, invece, l'8 gennaio 1999 con una sentenza in tema di fecondazione *post mortem* ha affermato la validità dell'accordo con il centro di procreazione medicalmente assistita anche dopo la morte del marito e la tutela della moglie a richiedere l'impianto *post mortem*.

Queste due pronunce evidenziano come, nel periodo antecedente la promulgazione della legge 40, il principio cardine fosse quello della proprietà e non della tutela dell'embrione in quanto soggetto di diritto.

---

<sup>36</sup> SOLENNE, V., "Legge 40 Sulla Procreazione Assistita: La Condanna Dell'ONU All'Italia." *Pandslegal*, 29 May 2019, [www.pandslegal.it/biotecnologie/legge-40-procreazione-assistita/](http://www.pandslegal.it/biotecnologie/legge-40-procreazione-assistita/) Ultima consultazione in data 13 Marzo 2024

<sup>37</sup> "Codice Deontologico" *Ordine Dei Medici Chirurghi E Odontoiatri*

Per quanto attiene alla fecondazione eterologa, importante è stato “*il caso di Cremona*” del 1994. Il Tribunale di Cremona, prima, e quello Tribunale di Napoli, poi, si sono espressi su due vicende analoghe che possono essere collegati idealmente. Il caso riguardava una coppia unita in matrimonio che aveva avuto un figlio tramite una tecnica di fecondazione artificiale eterologa perché il marito era affetto da *impotentia generandi* sin dalla nascita, di conseguenza non potevano avere un figlio naturale.

L'uomo aveva acconsentito alla donazione dei gameti maschili da parte di un donatore terzo anonimo, ma successivamente propose azione di disconoscimento affermando di essere stato affetto dalla sterilità nel periodo compreso tra il tredicesimo e il centottantesimo giorno antecedente alla nascita del bambino.

Il Tribunale di Cremona, secondo quanto stabilito dall'articolo 122, commi 2 e 3 Codice civile, dichiarò legittima la richiesta di disconoscimento del marito, la pronuncia era dovuta all'inesistenza di una norma che sancisse il divieto dell'azione di disconoscimento qualora si fosse precedentemente prestato il consenso alla fecondazione eterologa.

La decisione del Tribunale non fu ben accolta dalla dottrina, secondo la quale il marito, prestando il suo consenso alla fecondazione eterologa, ha assunto su di sé una serie di obblighi in materia di mantenimento, istruzione e educazione del figlio, che diventano irrevocabili una volta iniziata la gravidanza.

In questo tipo di pratica il consenso gioca un ruolo fondamentale per la nascita del figlio, la revoca sarebbe ammissibile solo fino al concepimento<sup>38</sup>.

#### 4. LA LEGGE N. 40/2004 “NORME IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA”: UNA LEGGE DI “COMPROMESSO”

L'11 gennaio 1983 è stata messa alla luce la prima italiana nata “in provetta” nella clinica Villalba di Agnano (Napoli) sotto l'egida di Vincenzo Abate, primo a far nascere una bambina a seguito di un percorso di fecondazione assistita, alla quale i genitori hanno ricorso per l'ostruzione delle tube della madre<sup>39</sup>.

Da quel momento ad oggi le pratiche sono state rese più sicure e più sofisticate, al progresso scientifico non c'è mai fine e la PMA ne è la dimostrazione.

---

<sup>38</sup> MINERVINI, S., *op.cit*

<sup>39</sup> DI TODARO, F., “*Procreazione Assistita: Parla La Prima Nata in Italia.*” *Fondazione Umberto Veronesi*, [www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/ginecologia/dico-si-alla-pma-ma-i-figli-non-possano-arrivare-a-qualsiasi-eta](http://www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/ginecologia/dico-si-alla-pma-ma-i-figli-non-possano-arrivare-a-qualsiasi-eta) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

Fino al 1985, il legislatore italiano non si è mosso verso una “tutela minima” o una copertura giuridica delle scoperte della medicina riproduttiva<sup>40</sup>, fatta eccezione per alcuni risalenti disegni di legge, tesi ad incriminare e comminare la pena detentiva per i soggetti aderenti a tecniche di inseminazione artificiale<sup>41</sup>. L’emersione della necessità di congiungere la certezza del diritto con l’etica e il rispetto della persona umana ha portato alla realizzazione della vigente disciplina della fecondazione artificiale, la Legge n. 40 del 2004 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”<sup>42</sup>, la quale ha dotato l’Italia di una regolamentazione in materia di fecondazione assistita, colmando il vuoto legislativo che ha caratterizzato il nostro Paese per molti anni e coinvolge una pluralità di interessi e diritti costituzionali della persona e della coppia di particolare rilievo, i quali necessitano un bilanciamento<sup>43</sup>.

La finalità della legge è, da sempre, quella di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana assoluta o relativa, l’accesso è consentito solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità<sup>44</sup>.

Si tratta di una delle leggi più controverse della storia della Repubblica, con la legge sul divorzio e sulle unioni civili. Il legislatore è intervenuto per porre fine ad una situazione di intollerabile instabilità ed incertezza. Il vuoto normativo era stato colmato, fino a quel momento, dal dominio dell'autonomia decisionale del singolo<sup>45</sup>, e il dibattito che si era

---

<sup>40</sup> Secondo la ricostruzione operata da C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. Commentario*, Torino, 2004, p. 4-5: «Nella vicenda legislativa italiana in materia di fecondazione artificiale si possono distinguere tre fasi. La prima, più remota e meno significativa, si colloca addirittura nella III legislatura. La seconda, più lunga, intensa e articolata, inizia a partire dalla IX legislatura (1983-1987) e termina con la XII (1994-1996). La terza e più recente fase è quella decisiva; essa vede una ripresa del dibattito legislativo con rinnovata energia e abbraccia tutta la XIII legislatura (1996-2001) giungendo alla seconda metà della XIV»

<sup>41</sup> Il pensiero corre al PDL d’iniziativa dei deputati G. Gonella e C. Manco, 25 novembre 1958, *Divieto di inseminazione artificiale e sua disciplina giuridica*, in [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>42</sup> Legge 40/2004

<sup>43</sup> VARRONE, L., “I “Correttivi” Alla L. N. 40/2004 in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita Ad Opera Della Giurisprudenza Costituzionale.” [Www.aiafrivista.it](http://www.aiafrivista.it), [www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale](http://www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale) Ultima consultazione in data 11 Marzo 2024

<sup>43</sup> CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416

<sup>44</sup> Articolo 1, legge n. 40/2004 (Finalità) “1. 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. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità infertilità”.

<sup>45</sup> TOMARCHIO, G., *Nascere sotto il codice: una riflessione giuridica sulla legge 40 per la procreazione medicalmente assistita*, 2005, p. 13

creato era esteso e vedeva coinvolte le istituzioni giudiziarie, legislative, politiche e religiose.

L'opposizione della Chiesa Cattolica alle pratiche di procreazione medicalmente assistita è stata uno dei più grandi limiti al raggiungimento di una disciplina ad hoc in materia, soprattutto considerando l'enorme influenza che questa ha sul nostro ordinamento e sulle nostre istituzioni.

Bisogna innanzitutto operare una distinzione tra il concetto di "*procreazione assistita*" e di "*fecondazione artificiale*". Per quanto riguarda la prima la Chiesa la reputa lecita, è moralmente lecito un mezzo che agevola l'atto coniugale: la stimolazione ovarica o le correzioni di alcuni deficit di fertilità maschile, sono tutte pratiche di ausilio alla procreazione, ma non la sostituiscono in toto.

Le tecniche di fecondazione artificiale, diversamente, sono considerate moralmente illecite e disoneste dalla Chiesa. La scissione tra l'atto sessuale e la riproduzione non può essere considerata lecita, è "*un atto che affida la vita e l'identità dell'embrione al potere dei medici e dei biologi e instaura un dominio della tecnica sull'origine e sul destino della persona umana. Una siffatta relazione di dominio è in sé contraria alla dignità e all'uguaglianza che dev'essere comune a genitori e figli*<sup>46</sup>".

In particolare, la fecondazione eterologa, comportando l'inclusione di donatori esterni alla coppia richiedente, è lesiva del diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre naturali e legati in matrimonio.

A prova contraria di questo pensiero, anche nella Bibbia troviamo dei possibili riferimenti alla procreazione medicalmente assistita, come quelli di Sara che convinse Abramo ad avere un figlio dalla propria schiava Agar e di Giacobbe che ebbe due figli dalla schiava della propria moglie Rachele<sup>47</sup>.

L'atto generativo della vita umana viene visto come una forma di cooperazione al creare di Dio, il figlio è frutto dell'amore dei suoi genitori e non può essere desiderato e concepito attraverso tecniche mediche.

Le pratiche di fecondazione artificiale, secondo la norma morale che si fonda sulla persona in quanto tale, e quindi sul perseguimento del *bonum humanum*, nascondono il senso vero e la dignità della procreazione sostituendosi ai genitori e, pur essendo efficaci dal punto di vista del risultato ottenibile, si rivelano disumanizzanti.

---

<sup>46</sup> CIANCIO, S., *op.cit.*

<sup>47</sup> MINERVINI, S., *op.ct.*

La fecondazione assistita ridurrebbe il nascituro in un oggetto della tecnologia scientifica<sup>48</sup>, considerando che il mondo cattolico individua l'inizio della vita umana al momento del concepimento e la possibile distruzione degli embrioni in omicidio.

Questa riflessione viene smentita da dati scientifici secondo cui nelle prime due settimane del processo vitale l'embrione non è ancora considerabile un individuo perché la corteccia celebrale si sviluppa nei giorni successivi al concepimento.

Nonostante la grande autorevolezza che la religione ha sulle coscienze individuali nel nostro paese, sarebbe piuttosto imprudente e sfrontato assorgerla a totem e modello giuridico in una società pluralista, anzitutto perché la PMA consente di prestare aiuto a chi incontra difficoltà nella procreazione e di evitare la trasmissione di malattie irreversibili e incurabili ai futuri nascituri<sup>49</sup>.

L'iter formativo con il quale si è giunti alla stesura e all'approvazione della Legge n.40 è stato molto lungo e travagliato, il risultato è stato una legge così detta di "compromesso"<sup>50</sup>. Un percorso che ha generato un dibattito tra salute, diritti e libertà individuali, e che ha condotto ad una disciplina che è intervenuta sull'integrità psicofisica della donna e sulle scelte consapevoli delle coppie che vogliono diventare genitori.

La legge n. 40 tutela, in altre parole, la così detta "salute procreativa", con la consapevolezza che gli organi riproduttivi e sessuali sono biologicamente necessari per la sopravvivenza, ma anche per realizzare l'esistenza della persona<sup>51</sup>.

Si parla di compromesso nel senso che il legista, dovendo intervenire in questioni bioetiche, ha dovuto seguire un metodo che è quello del bilanciamento dei diritti e degli interessi, secondo proporzionalità e ragionevolezza<sup>52</sup>.

Nonostante l'intento lodevole perseguito sulla carta, diversa è la questione relativa ai limiti che incontra la legge nella pratica, per poter essere ragionevole.

Molteplici sentenze hanno portato la legge sulla procreazione medicalmente assistita a subire sostanziali modifiche, già all'indomani della sua emanazione fu oggetto di cinque referendum abrogativi, uno dei quali promosso dall'Associazione Luca Coscioni e dai Radicali, primi oppositori della legge, dichiarati ammissibili dalla Corte Costituzionale

---

<sup>48</sup> CIANCIO, S., *op.cit.* Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>49</sup> MINERVINI, S., *op.cit.*

<sup>50</sup> SANTOSUOSSO, F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, p. 4, Giuffrè, 2004

<sup>51</sup> CARRATO, A., *op.cit.* Ultima consultazione in data 5 Marzo 2024

<sup>52</sup> BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992

con le sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005<sup>53</sup> in merito a diverse questioni, come la possibilità di garantire la fecondazione artificiale anche alle coppie affette da patologie geneticamente trasmissibili, l’abrogazione del limite di poter accedere alla PMA solo laddove non vi fossero altri metodi terapeutici, oppure ristabilire il numero degli embrioni da impiantare<sup>54</sup>. La struttura della legge era considerata sbagliata, in primo luogo perché è di natura penale e poi perché tutela maggiormente l’embrione rispetto alla madre, assicurando in questo modo al primo gli stessi diritti della seconda. I referendum non portarono esiti positivi, anzi furono un fallimento. Le consultazioni referendarie, quindi, non raggiunsero il quorum minimo prescritto per legge, la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo l’intero testo normativo coinvolgeva una normativa che si sarebbe dovuta qualificare come “*costituzionalmente necessaria*” che non poteva essere soggetta ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>55</sup>.

Saranno, successivamente, alcune pronunce della Corte costituzionale a dimostrare che le critiche e i timori dell’opposizione erano fondate<sup>56</sup> e che il Parlamento aveva legiferato senza tenere in considerazione la realtà dei fatti<sup>57</sup>.

Inoltre, il professor Baldini ha affermato che “*dal 2008 ad oggi sono state emesse 48 sentenze, da tribunale ordinari, dalla Corte europea per i diritti dell’uomo e dalla Corte costituzionale, che hanno modificato profondamente la legge 40. Le sentenze emesse dalla Corte costituzionale, in particolare, hanno eliminato le parti della norma ritenute incompatibili o contrastanti con quanto sancito dalla Costituzione*”<sup>58</sup>.

La maggior parte delle pronunce ha riguardato la donazione dei gameti e la richiesta di accedere alla diagnosi preimpianto sia per le coppie infertili che per le fertili, ma portatrici di malattie genetiche.

---

<sup>53</sup> Corte costituzionale 13 gennaio 2005 n. 46, 47, 48, 49 in Giur. Cost.

<sup>54</sup> CARRATO, A., *op.cit.* Ultima consultazione in data 5 Marzo 2024

<sup>55</sup> CARRATO, A., *op.cit.* Ultima consultazione in data 5 Marzo 2024

<sup>56</sup> TEBANO, E., “*Come è Nata E Quali Sono I Limiti Della Legge 40 al Centro Dello Scontro Sulle Famiglie Arcobaleno.*” *Corriere Della Sera*, 17 Nov. 2023, [https://27esimaora.corriere.it/23\\_novembre\\_17/come-nata-quali-sono-limiti-legge-40-centro-scontro-famiglie-arcobaleno-ca34107a-8524-11ee-b89b-1358166ec0cb.shtml](https://27esimaora.corriere.it/23_novembre_17/come-nata-quali-sono-limiti-legge-40-centro-scontro-famiglie-arcobaleno-ca34107a-8524-11ee-b89b-1358166ec0cb.shtml) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>57</sup> “*La Fecondazione Assistita in Italia.*” *Associazione Luca Coscioni*, [www.associazionelucacoscioni.it/fecondazione-assistita-in-italia](http://www.associazionelucacoscioni.it/fecondazione-assistita-in-italia) Ultima consultazione in data 5 Marzo 2024

<sup>58</sup> CONDÉ, N. “*15 Anni Di Legge 40: Abbiamo Bisogno Di Nuove Norme Sulla Fecondazione Assistita.*” *Wired Italia*, 9 Mar. 2019, [www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/](http://www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

La Corte costituzionale, per esempio, con la sentenza 151/2009, ha dichiarato illegittimo il divieto assoluto di congelamento degli embrioni e l'obbligo di impiantare insieme tutti i tre embrioni formati<sup>59</sup>.

La legge naufragherà, sul fronte della ragionevolezza, nel caso in cui si cercherà di imporre ideologie etiche o religiose, sia pure espressione della maggioranza, a discapito di principi fondamentali. La supremazia dei valori etici e religiosi non può in nessun caso avere uno spazio di legittimo esercizio nel mondo del diritto<sup>60</sup>.

Il punto è che *“la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un’etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie”*<sup>61</sup>.

Il modo migliore per statuire in materia di biodiritto e bioetica è quello della costruzione secondo il *“consenso valoriale”*<sup>62</sup>, la risoluzione di eventuali conflitti di interessi viene rimessa ai giudici, in particolare nella sede del controllo di ragionevolezza.

Ci si domanda se sia possibile individuare un *“minimo etico”*, consapevoli del fatto che, per un verso, si evince la necessità di una regolamentazione in materia medica e, per l'altro verso, è noto che ogni uomo ha una visione diversa di ciò che è *“utile”* e *“bene”* e, di conseguenza, giuridicamente tutelabile.

Il legislatore, a fronte dei numerosi interventi delle varie corti e le critiche mosse dalla dottrina e non solo, non si è ancora adoperato per tentare di migliorare la disciplina e di superare i numerosi limiti che la legge oggi continua a presentare.

In considerazione di quanto appena detto, occorre chiedersi se sia necessaria una riscrittura della legge che perde acqua da tutte le parti. Ancora, secondo il professor Baldini *“Sarebbe certamente la strada più auspicabile. La legge 40 è ormai antiquata e soffre di problemi strutturali difficilmente risolvibili, perché vuole disciplinare rigidamente una questione che invece si evolve molto velocemente, al passo con i rapidi progressi della scienza. Bisognerebbe formulare un testo più leggero, che dia più autonomia alle parti coinvolte e che contenga solo una serie di principi generali, un*

---

<sup>59</sup> FERRANDO, G., estratto da BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n.1/2014

<sup>60</sup> PATRONI GRIFFI, A. Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti) n. 3/2015, data di pubblicazione: 24/07/2015, “Rivista AIC - Home.”

[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it),

[www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>61</sup> RODOTÀ, S., riportato da C. Casonato, *“Introduzione al biodiritto”*, Giappichelli, Torino, 2012

<sup>62</sup> GIUSTINIANI, P., *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di FAVO, P., STAGLIANÒ, A., Esi, Napoli 2008, 122 ss.

*po' come è avvenuto con la legge sul testamento biologico. Qualora questo non fosse possibile, l'unica strada è quella di continuare con gli emendamenti*"<sup>63</sup>.

## 5. L'INTERVENTO DELLA CEDU E DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

A livello internazionale ed europeo non si ha una disciplina organica che regoli la procreazione medicalmente assistita. Un vuoto dovuto sia ad un ritardo fisiologico del diritto europeo rispetto alla medicina sia perché, trattandosi di aspetti delicati della vita umana e invadendo sfere etiche, religiose, politiche e soprattutto giuridiche, una normativa uniforme è di difficile realizzazione<sup>64</sup>.

Si tratta di una materia che può entrare in contrasto con alcuni diritti fondamentali della persona, come la dignità umana o la libertà personale; potrebbero nascere differenti conflitti d'interesse tra soggetti coinvolti e la protezione dei diritti del nascituro. Essendo che tali diritti sono percepiti in modo differente nei singoli ordinamenti, si è sentita l'esigenza di superare la dimensione autoreferenziale per poter introdurre delle *"prassi interpretative armonizzanti"*, con l'obiettivo di addivenire ad una forma di tutela unica per tutti i cittadini dell'Unione Europea.

Dopo la ratifica del Trattato di Lisbona del 2009, che prevede l'adesione dell'UE al sistema della CEDU<sup>65</sup>, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, come organo giurisdizionale con la funzione di interpretare le norme della Convenzione, è entrata nel sistema delle fonti dell'Unione Europea, e i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU divennero *"diritti dell'Unione"*, in quanto principi generali<sup>66</sup>.

Secondo l'articolo 117 Cost. *"se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma*

---

<sup>63</sup> CONDÉ, N., *op.cit.* Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>64</sup> CAMPIGLIO, C., *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2004, p. 532

<sup>65</sup> Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 4 novembre 1950, pubblicata in Gazz. Uff. 24 settembre 1955, n. 221

<sup>66</sup> CATANIA, E., *L'impatto Della CEDU Nella Legislazione Sulla Procreazione Medicalmente Assistita Negli Stati Europei* | Il Portale Giuridico Online per I Professionisti - Diritto.it. 17 Jan. 2014, [www.diritto.it/l-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/](http://www.diritto.it/l-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/) Ultima consultazione in data 4 Marzo 2024



*legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.”*

In altre parole, nell'ipotesi di conflitto tra norma interna e norma europea o una decisione della Corte di Strasburgo, i giudici comuni nazionali hanno l'obbligo di disapplicare la norma interna nel caso in cui il conflitto non possa essere risolto attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è spesso trovata a decidere rispetto alla compatibilità dei limiti imposti a livello nazionale rispetto ai principi sanciti dalla Convenzione, in particolare il diritto alla vita privata e alla non discriminazione.

L'8 della CEDU al secondo comma prevede la possibilità di un margine di apprezzamento dei legislatori nazionali, una limitazione dei diritti connessi al rispetto della vita privata e familiare sanciti al primo comma è possibile nei casi in cui questa risulti essere *“necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

Nel sistema europeo esiste una relazione tra la teoria del *“consensus europeo”* e quella del margine di apprezzamento o *“self-restraint”*<sup>67</sup>.

Per quanto riguarda il primo ha definito il quadro dei principi comuni entro cui l'UE e i suoi Stati membri realizzeranno le rispettive politiche di sviluppo in uno spirito di complementarità<sup>68</sup>. Il margine di apprezzamento, all'opposto, consente agli Stati membri di derogare alle obbligazioni convenzionali. Il confine tra misure ammesse, perché rientranti nel *self-restraint*, e misure non ammesse, perché in violazione della Convenzione, non è sempre facilmente prevedibile<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> PENASA, S., *La Corte Europea Dei Diritti Dell'Uomo Di Fronte al Fattore Scientifico: Analisi Della Recente Giurisprudenza in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita E Interruzione Volontaria Di Gravidanza. (in Corso Di Pubblicazione Nella Revista Europea de Derechos Fundamentales - Numero Monografico “La Protección Jurídica Del Menor” - Instituto de Derecho Público -2013) 3 Apr. 2013*

<sup>68</sup> *“Il Consenso Europeo per Lo Sviluppo | EUR-Lex.” Eur-Lex.europa.eu, [www.eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/the-european-consensus-on-development.html#:~:text=%22Il%20consenso%20europeo%22%2C%20che](http://www.eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/the-european-consensus-on-development.html#:~:text=%22Il%20consenso%20europeo%22%2C%20che) Ultima consultazione in data 4 Marzo 2024*

<sup>69</sup> DONATI, F, MILAZZO, P., *“Materiali - Associazione Italiana Dei Costituzionalisti.” [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), [www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html) Ultima consultazione in data 4 Marzo 2024*

Nel contesto della procreazione medicalmente assistita la giurisprudenza della Corte EDU, sia per quanto riguarda i criteri sulla base dei quali valutare la presenza di un consensus sia per quanto riguarda i limiti del margine di apprezzamento, non sempre ha espresso tendenze coincidenti.

La CEDU riconosce particolare rilievo ai principi legati alla vita privata e familiare, questo comporta una barriera nei confronti della discrezionalità dei legislatori nazionali, è quindi un limite al margine di apprezzamento. Ma questo non è il criterio esclusivo, soprattutto perché nella giurisprudenza di questa Corte non si è formato un orientamento consolidato in merito a questo tema tale da permetterci di parlare di consensus.

Quando si affrontano tematiche strettamente legate all'etica e alla morale, come può essere quella della procreazione medicalmente assistita, l'individuazione di un consensus tra gli Stati membri non è sufficiente per limitare il margine di apprezzamento dei singoli legislatori.

Di seguito vedremo un paio di pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nelle quali emerge un orientamento della stessa sul tema della PMA in relazione al modo in cui questa viene disciplinata dagli Stati membri<sup>70</sup>.

Rilevante è stata la sentenza della Corte di Strasburgo del 1° aprile 2010 avente ad oggetto due ricorsi in materia di procreazione medicalmente assistita. In entrambi i casi la coppia richiedente non poteva procedere con la fecondazione omologa per problemi di infertilità e sterilità, l'unica soluzione possibile era la fecondazione eterologa in vitro con gameti provenienti da donatori anonimi esterni alla coppia stessa, vietata dalla legge austriaca.

La Corte con la pronuncia ha affermato l'illegittimità della legge sulla procreazione medicalmente assistita austriaca, che vieta la fecondazione eterologa in vitro, in quanto in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con il divieto di discriminazione, dunque per mancanza di conformità con gli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, la Corte ritenne che la disparità di trattamento, in violazione del divieto di discriminazione tra coloro che potevano solo ricorrere alla fecondazione eterologa in vitro, vietata dalla legge, e coloro che, altresì, potevano ricorrere alla fecondazione eterologa in vivo o inseminazione intrauterina, consentita dalla legge, era sproporzionata e priva di alcuna giustificazione logica. La pronuncia ha costituito una sorta di censura verso l'Austria, con la conseguente

---

<sup>70</sup> PENASA, S. *op.cit.*

imposizione di un obbligo per lo Stato di cessare tali violazioni e rimozione dei suoi effetti, nella misura in cui ciò fosse possibile<sup>71</sup>.

Questa pronuncia della Consulta, nonostante la differenza tra le normative austriaca e italiana, la quale non permette alcun tipo di fecondazione eterologa, è stata significativa anche per il nostro ordinamento. Il divieto assoluto e generalizzato della fecondazione eterologa, imposto dalla legge n. 40 ex articolo 4, è di per sé illegittimo alla luce dei principi generali contenuti negli articoli 8 e 14 CEDU.

Se da una parte è vera la discrezionalità di cui gode il legislatore interno nel regolamentare questa materia, e quindi che non esiste alcun obbligo per lo Stato di adottare una normativa ad hoc<sup>72</sup>, dall'altra parte è altrettanto vero che la disciplina non può risultare in contrasto con i diritti tutelati e riconosciuti dalla CEDU<sup>73</sup>.

Si può concludere dicendo che il divieto assoluto e generalizzato della PMA eterologa, nell'ipotesi in cui il ricorso alla fecondazione omologa non sia possibile, è una limitazione del diritto soggettivo all'autodeterminazione e alla vita privata.

Inoltre, un tale divieto risulta essere in contrasto anche con il principio di uguaglianza<sup>74</sup>, più è grave la patologia minore sarà la possibilità di accesso alla PMA in quanto, in condizioni di sterilità assoluta, l'unica soluzione sarebbe la fecondazione eterologa.

La violazione del diritto di procreare, inteso come espressione del "*diritto al rispetto della vita privata e familiare*" delle coppie affette da sterilità assoluta, nonché la discriminazione delle medesime rispetto alle coppie affette da forme meno gravi di sterilità/infertilità, che possono avere accesso alle tecniche di PMA di tipo omologo senza dover ricorrere a quello di terzi donatori, configura un'ipotesi di lesione di principi e diritti fondamentali riconosciuti direttamente, oltre che dalla CEDU, anche in altra fonte del diritto comunitario e interno, la c.d. Carta dei diritti fondamentali e la Carta Costituzionale italiana.

---

<sup>71</sup> BALDINI, G. *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione tra "sistema CEDU", ordinamento comunitario e ordinamento interno, Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima e dopo la ratifica del trattato di Lisbona*

<sup>72</sup> CATANIA, E. *L'impatto Della CEDU Nella Legislazione Sulla Procreazione Medicalmente Assistita Negli Stati Europei | Il Portale Giuridico Online per I Professionisti - Diritto.it*. 17 Jan. 2014, [www.diritto.it/l-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/](http://www.diritto.it/l-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/)  
Ultima consultazione in data 4 Marzo 2024

<sup>73</sup> La Corte EDU precisa che "non vi è un obbligo per gli Stati membri di adottare una legislazione che consenta la fecondazione assistita, ma che una volta che essa sia consentita, nonostante il largo margine di discrezionalità lasciato agli Stati contraenti, la sua disciplina dovrà essere coerente in modo da prevedere una adeguata considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione" (Sent. 1° aprile 2010)

<sup>74</sup> Principio di uguaglianza affermato dalla CEDU ex articolo 14, dalla Carta di Nizza ex articolo 21 e dalla Costituzione italiana ex articolo 3

In conclusione, la Corte ha ribadito che la discrezionalità del legislatore nazionale si arresta davanti al predominio dei diritti e delle libertà inviolabili e incompressibili della persona<sup>75</sup>.

Altra pronuncia molto importante della Corte europea dei Diritti dell'Uomo è la causa Costa e Pavan contro Italia con la quale la Consulta ha rilevato l'incoerenza del sistema legislativo italiano e la violazione dell'articolo 8 della Convenzione perché da un lato priva le coppie richiedenti l'accesso alla PMA di sottoporsi alla diagnosi preimpianto, e dall'altro, li autorizza ad effettuare un'interruzione di gravidanza nel caso in cui feto risulti affetto della patologia di cui loro sono affetti o portatori sani.

Il Governo italiano ha giustificato le limitazioni di legge come volte a tutelare la salute del "bambino" e della donna.

La CEDU a questi ragionamenti ha innanzitutto precisato che un embrione non può essere certamente considerato come un bambino e infine ha ritenuto irragionevole la posizione del Governo<sup>76</sup>.

## 6. METODOLOGIE E CENTRI AUTORIZZATI

Per comprendere nel miglior modo possibile il tema della procreazione medicalmente assistita è necessario affrontare la materia anche dal punto di vista medico, di seguito analizzeremo le metodologie e le tecniche utilizzate per agevolare il concepimento nelle coppie con problemi legati all'infertilità, in cui risulta impossibile o remoto un concepimento spontaneo e nei casi in cui altri interventi farmacologici e/o chirurgici siano inadeguati.

Dal 2015, a seguito della pronuncia n. 96 della Corte costituzionale, è stata introdotta la possibilità di eseguire la diagnosi preimpianto<sup>77</sup>, prima di procedere alla fecondazione artificiale. È, quindi, possibile anche per le coppie fertili, ma affette da o portatrici di

---

<sup>75</sup> BALDINI, G. *op.cit.*

<sup>76</sup> MASCIA, A., "Nel Caso Costa E Pavan La C.E.D.U. Ha Accertato La Violazione Del Diritto Fondamentale al Rispetto Alla Vita Privata E Familiare Garantito Dall'articolo 8 Della Convenzione a Causa Del Divieto Imposto Ad Una Coppia Portatrice Di Una Malattia Genetica Di Ricorrere Alla Diagnosi Pre-Implanto per Una Fecondazione in Vitro." *Diritti Fondamentali, Quale Tutela?* 30 Sept. 2012, [www.antonellamascia.wordpress.com/2012/09/30/nel-caso-costa-e-pavan-la-c-e-d-u-ha-accertato-la-violazione-del-diritto-fondamentale-al-rispetto-alla-vita-privata-e-familiare-garantito-dallarticolo-8-della-convenzione-a-causa-del-divieto/](http://www.antonellamascia.wordpress.com/2012/09/30/nel-caso-costa-e-pavan-la-c-e-d-u-ha-accertato-la-violazione-del-diritto-fondamentale-al-rispetto-alla-vita-privata-e-familiare-garantito-dallarticolo-8-della-convenzione-a-causa-del-divieto/) Ultima consultazione in data 4 Marzo 2024

<sup>77</sup> "La diagnosi preimpianto è un insieme di tecniche che permettono di individuare la presenza di anomalie cromosomiche e/o patologiche nei gameti (ovociti e spermatozoi), o negli embrioni, prima che vengano trasferiti nell'utero", Sismar. "Diagnosi Genetica Preimpianto: Che Cos'è, Come Funziona - S.I.S.Me.R." *S.I.S.Me.R - Centro Di Fecondazione Assistita-Sismar.it*, 27 Mar. 2020, [www.sismar.it/diagnosi-genetica-preimpianto/](http://www.sismar.it/diagnosi-genetica-preimpianto/) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

patologie genetiche, avere accesso a questa pratica e di conseguenza anche alla fecondazione in vitro qualora venga riscontrato un rischio di possibile trasmissione della malattia al figlio<sup>78</sup>.

La PMA si avvale, quindi, di metodologie mediche con la finalità di realizzare una gravidanza grazie ad un'assistenza ospedaliera specializzata.

Secondo le linee guida dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), in caso di mancato concepimento, si può ricorrere alla procreazione assistita dopo almeno 12/24 mesi di rapporti liberi e non protetti, limite abbassato fino a 6 mesi per le donne di età oltre 35 anni e in presenza di fattori di rischio come precedenti interventi sugli organi pelvici, infezioni utero ovariche, endometriosi, e altre patologie dell'apparato riproduttivo<sup>79</sup>.

La procreazione medicalmente assistita si caratterizza di due tipi di fecondazioni, una di tipo omologo in cui vengono utilizzati i gameti della coppia mentre una di eterologo in cui è richiesto l'utilizzo di gameti da parte di donatori esterni alla coppia.

Le tecniche sono suddivisibili in tre livelli: per quanto riguarda le tecniche di I livello risultano essere le più semplici e meno invasive, e la fecondazione si realizza all'interno dell'apparato genitale femminile; diversamente, le tecniche di II e III livello sono più complesse e invasive, e prevedono che la fecondazione avvenga in vitro<sup>80</sup>.

La scelta della tecnica con la quale procedere varia in base alle cause di fertilità o sterilità, secondo un criterio di gradualità, all'età della coppia, ai possibili rischi, partendo dalle tecniche di I livello essendo le meno invasive, fino ad arrivare a quelle di III<sup>81</sup>. Questa

---

<sup>78</sup> VACCA, I. “Pma E Diagnosi Genetica Preimpianto per Malattie Rare in Italia: L'elenco Dei Centri Pubblici E Privati.” *Osservatorio Malattie Rare*, 17 Mar. 2022, [www.osservatoriomalattie.it/news/attualita/17881-centri-italiani-per-pgd-diagnosi-genetica-preimpianto-per-malattie-genetiche](http://www.osservatoriomalattie.it/news/attualita/17881-centri-italiani-per-pgd-diagnosi-genetica-preimpianto-per-malattie-genetiche) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024.

<sup>79</sup> “Fecondazione Assistita Omologa: Come Funziona?”

[Www.hsr.it](http://www.hsr.it),

[www.hsr.it/news/2023/settembre/fecondazione-assistita-omologa-come-funziona#:~:text=Secondo%20le%20linee%20guida%20dell](http://www.hsr.it/news/2023/settembre/fecondazione-assistita-omologa-come-funziona#:~:text=Secondo%20le%20linee%20guida%20dell)

Ultima consultazione in data 28 Febbraio 2024

<sup>80</sup> Salute, Ministero della. “Procreazione Medicalmente Assistita.”

[Www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it),

[www.salute.gov.it/portale/fertility/dettaglioContenutiFertility.jsp?lingua=italiano&id=4570&area=fertilita&menu=medicina](http://www.salute.gov.it/portale/fertility/dettaglioContenutiFertility.jsp?lingua=italiano&id=4570&area=fertilita&menu=medicina) Ultima consultazione in data 28 Febbraio 2024

<sup>81</sup> Policlinico, Fondazione IRCCS Ca Granda Ospedale Maggiore. “Come Funziona La Procreazione Medicalmente Assistita? Un Breve Viaggio Nel Percorso Di Cura | Mangiagalli Center.” *Policlinico Di Milano*,

[www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita](http://www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita) Ultima consultazione in data 28 Febbraio 2024

selezione avviene subito dopo la visita per l'infertilità di coppia, necessaria per l'accesso alle pratiche<sup>82</sup>. L'intero iter deve essere eseguito nel rispetto dei principi etici della coppia in questione e della legge<sup>83</sup>.

All'interno delle tecniche di I livello viene fatta rientrare l'inseminazione intrauterina (IUI)<sup>84</sup>, una procedura che prevede l'iniezione diretta del seme maschile (spermatozoi) nella cavità uterina, con la finalità di agevolare l'incontro spontaneo tra i gameti maschili e quelli femminili (ovociti). È una pratica utilizzata solo nei casi di anomalie lievi in cui la donna presenti problemi legati all'ovulazione oppure il partner problemi di motilità<sup>85</sup> o di concentrazione dello sperma.

Per quanto riguarda, invece, le tecniche di II e III livello ci si riferisce alla fecondazione in vitro, ovocita e spermatozoi vengono "uniti" in laboratorio mediante procedure mediche, una volta fecondato il gamete femminile, quando viene prodotto un embrione<sup>86</sup>, questo viene reimpiantato nell'utero della donna<sup>87</sup>.

La procreazione medicalmente assistita, come precedente enunciato, si divide in due macro-tipologie: di tipo omologo e di tipo eterologo.

La fecondazione di tipo omologo in vitro, realizzata mediante l'utilizzo di gameti proveniente dalla coppia richiedente il trattamento, prevede il ricorso a tre possibili tecniche: la FIVET, la FIV Genetic e la ICSI.

---

<sup>82</sup> "Fecondazione Assistita Omologa: Come Funziona?" [Www.hsr.it](http://www.hsr.it), [www.hsr.it/news/2023/settembre/fecondazione-assistita-omologa-come-funziona#:~:text=Secondo%20le%20linee%20guida%20dell](http://www.hsr.it/news/2023/settembre/fecondazione-assistita-omologa-come-funziona#:~:text=Secondo%20le%20linee%20guida%20dell)

Ultima consultazione in data 28 Febbraio 2024

<sup>83</sup> *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_notizie\\_2148\\_listaFile\\_itemName\\_0\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_2148_listaFile_itemName_0_file.pdf)

<sup>84</sup> "GVM Care & Research." [Https://Www.gvmmet.it](https://www.gvmmet.it) 2024 Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>85</sup> *motilità s. f. [dall'ingl. motility, der. di motile «capace di movimento», a sua volta der. del lat. motus, part. pass. di movēre «muovere»]. – In fisiologia generale, proprietà dell'organismo vivente (anche unicellulare), o di una sua parte, di modificare attivamente e in modo reversibile la propria posizione rispetto all'ambiente: m. delle amebe, degli spermatozoi; m. di un arto, di un organo cavo, ecc., "Motilità – Treccani, [www.treccani.it/vocabolario/motilita/](http://www.treccani.it/vocabolario/motilita/) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024*

<sup>86</sup> Policlinico, Fondazione IRCCS Ca Granda Ospedale Maggiore. "Come Funziona La Procreazione Medicalmente Assistita? Un Breve Viaggio Nel Percorso Di Cura | Mangiagalli Center." *Policlinico Di Milano*, [www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita](http://www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>87</sup> "Le Principali Tecniche Di Fecondazione Assistita: Una Panoramica - IVI." *IVI Italia*, 6 June 2018, [www.ivitalia.it/blog/principali-tecniche-fecondazione-assistita/](http://www.ivitalia.it/blog/principali-tecniche-fecondazione-assistita/) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

La FIVET è la prima tecnica di concepimento assistito introdotta in Italia, e viene eseguita con il seme omologo del partner<sup>88</sup>. Il percorso riproduttivo può durare fino ai 20 giorni e si realizza in diverse tappe. Il primo passaggio è la stimolazione ormonale del partner femminile attraverso la somministrazione di farmaci per la crescita e la maturazione degli ovociti. Successivamente gli ovociti e gli spermatozoi vengono prelevati per poter essere uniti in laboratorio. L'incontro dei gameti può produrre uno o più embrioni i quali, singolarmente o in coppia, vengono trasferiti nell'utero del partner donna per poter iniziare una gravidanza. Nel caso in cui si fossero prodotti più embrioni rispetto a quelli necessari per dar via ad una gravidanza, possono essere crioconservati in laboratorio per effettuare ulteriori futuri tentativi nell'ipotesi in cui la gravidanza non vada a buon fine<sup>89</sup>. La FIV Genetic è una *“combinazione tra la FIVET e la Diagnosi Preimpianto, per rilevare alterazioni nel numero di cromosomi degli embrioni o presenza di aneuploidie (PGT-A).”*

La ICSI *“iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi”*, si accomuna con la FIVET per la stimolazione ovarica e il prelievo degli ovuli, ma in questo caso gli spermatozoi vengono iniettati singolarmente mediante l'utilizzo di una cannula all'interno dell'ovocita. Solo nel caso di fecondazione il gamete femminile viene trasferito nell'utero per permettere l'inizio della gravidanza. Nell'ipotesi di embrioni di buona qualità che non sono stati impiantati è possibile la loro crioconservazione. È una tecnica che viene praticata principalmente qualora l'anomalia sia legata all'ejaculazione o alla quantità o qualità degli spermatozoi del partner maschile<sup>90</sup>.

La fecondazione eterologa, invece, prevede l'utilizzo di ovuli o spermatozoi di donatori anonimi esterni alla coppia, in caso di infertilità assoluta.

Le fasi sono le medesime della fecondazione in vitro (FIVET), dalla stimolazione ormonale ovarica fino al trasferimento degli ovuli fecondati nella partner donna, l'unica differenza è che uno dei gameti non è della coppia.

---

<sup>88</sup> *LE METODICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA (PMA) IVF Lite 2*. Feb. 2017. [https://www.sismer.it/wp-content/uploads/2017/04/libretto\\_2.pdf](https://www.sismer.it/wp-content/uploads/2017/04/libretto_2.pdf) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>89</sup> Policlinico, Fondazione IRCCS Ca Granda Ospedale Maggiore. *“Come Funziona La Procreazione Medicalmente Assistita? Un Breve Viaggio Nel Percorso Di Cura | Mangiagalli Center.”* Policlinico Di Milano, [www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita](http://www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/diventare-mamma/come-funziona-la-pma-procreazione-medicalmente-assistita) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>90</sup> *“Le Principali Tecniche Di Fecondazione Assistita: Una Panoramica - IVI.”* IVI Italia, 6 June 2018, [www.ivitalia.it/blog/principali-tecniche-fecondazione-assistita/](http://www.ivitalia.it/blog/principali-tecniche-fecondazione-assistita/) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

È sicuramente una grande opportunità per quelle coppie che non possono diventare genitori biologici, questo passo in avanti ha introdotto un nuovo modo di vedere e di concepire la genitorialità<sup>91</sup>.

Una pratica esclusa e vietata dall'ordinamento italiano è quella della maternità surrogata (gestazione per altri), la madre cd. "surrogata" porta avanti la gravidanza fino al parto per conto di una coppia che non è in grado di concepire o avere figli. I gameti possono essere, se questo è possibile, della coppia che richiede la surrogazione, oppure in caso contrario di donatori anonimi esterni<sup>92</sup>.

Viene, ad oggi, considerata una "forma di sfruttamento e una pratica degradante per le donne che portano avanti una gravidanza per conto di altri"<sup>93</sup>.

Importante strumento per la raccolta di informazione e dati sui cicli di fecondazione assistita è il Registro Nazionale procreazione Medicalmente Assistita.

È istituito all'interno dell'Istituto Superiore di Sanità come centro operativo adempimenti Legge n. 40 del 2004 il Registro Nazionale PMA. La responsabilità del Registro è stata affidata alla dott.ssa Giulia Scaravelli ginecologa, farmacologa che coordina un gruppo di lavoro multidisciplinare con competenze in epidemiologia, statistica, informatica, comunicazione e psicologia.

Vengono svolte delle analisi per valutare l'efficienza e la sicurezza di tutte le tecniche messa in atto nelle strutture nazionali. Questo permette agli operatori del settore di migliorare l'offerta dei trattamenti e di operare in migliori condizioni di sicurezza.

La pubblicazione dei risultati delle analisi condotte viene resa accessibile a chiunque, permettendo alle coppie di decidere in modo più consapevole<sup>94</sup>.

Le strutture autorizzate all'erogazione dei servizi di PMA sono elencate nel Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita, la lista viene aggiornata costantemente

---

<sup>91</sup> "Fecondazione Eterologa: Cos'è E Come Funziona." Centro Di Medicina, 4 Dec. 2022, [www.centrodimedicina.com/fecondazione-eterologa-cose-e-come-funziona/](http://www.centrodimedicina.com/fecondazione-eterologa-cose-e-come-funziona/) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>92</sup> "Madre Surrogata: Chi è? Maternità Surrogata: Cos'è E Dove è Legale?" [www.my-personaltrainer.it](http://www.my-personaltrainer.it) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>93</sup> TEBANO, E. "Maternità Surrogata, Si Vota Alla Camera: Cosa Cambia Se Diventa Reato Universale?" *Corriere Della Sera*, 18 July 2023, [www.corriere.it/politica/23\\_luglio\\_18/cos-maternita-surrogata-o-gestazione-altri-cosa-cambia-se-diventa-reato-universale-3a89682a-2562-11ee-8ad9-e291f4ec7ab7.shtml](http://www.corriere.it/politica/23_luglio_18/cos-maternita-surrogata-o-gestazione-altri-cosa-cambia-se-diventa-reato-universale-3a89682a-2562-11ee-8ad9-e291f4ec7ab7.shtml) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>94</sup> Istituto Superiore di Sanità, "Chi Siamo." ISS, [www.iss.it/rpma](http://www.iss.it/rpma) Ultima consultazione 3 Marzo 2024



dallo staff. e il numero totale dei centri, sia essi privati, pubblici che convenzionati, in Italia risulta essere di 314<sup>95</sup>.

Un importante passo in avanti è stata l'introduzione della procreazione medicalmente assistita omologa ed eterologa all'interno del Servizio Sanitario Nazionale con l'entrata in vigore dei nuovi LEA dal 1° gennaio 2024.

Con l'inclusione si è aperta la possibilità per le coppie richiedenti di accedere alle pratiche anche tramite strutture pubbliche, senza quindi la necessità di sostenere le spese ingenti che, invece, sono richieste nelle strutture private. L'infertilità, con i nuovi LEA, è riconosciuta come una patologia che deve essere curata<sup>96</sup>.

Parliamo di un obiettivo che, per la crisi che il nostro sistema sanitario sta affrontando e per le disuguaglianze quantitative e qualitative riscontrabili nell'offerta sanitaria tra Nord, Centro e Sud, risulta essere di difficile raggiungimento.

Bisogna tenere anche in considerazione che su 314 centri iscritti nel Registro Nazionale della procreazione medicalmente assistita quelli pubblici sono un terzo di quelli privati e che le risorse stanziare non sono sufficienti e adeguate a permettere l'erogazione gratuita di un servizio come quello della fecondazione assistita<sup>97</sup>.

La distribuzione delle strutture che erogano i servizi di PMA è omogenea in tutto il territorio italiano. Le differenze che emergono sono legate principalmente al tipo di centro preso in considerazione, che sia di tipo privato, pubblico o convenzionale. Le discrepanze riguardano l'offerta dei servizi delle strutture, difficilmente i centri pubblici, per le scarse sovvenzioni, erogheranno prestazioni di II o III livello, le quali sono spesso offerte dai centri privati con un costo non indifferente<sup>98</sup> (dai 3500 ai 10000 euro, in base al tipo di tecnica che viene eseguita<sup>99</sup>).

---

<sup>95</sup> "Istituto Superiore Di Sanità: Registro Nazionale Procreazione Medicalmente Assistita - Centri in Italia." *Www.Iss.it* , [www.iss.it/site/RegistroPMA/PUB/Centri/CentriPma.aspx](http://www.iss.it/site/RegistroPMA/PUB/Centri/CentriPma.aspx) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>96</sup> "PMA: Dal 1° Gennaio 2024 I Nuovi Livelli Essenziali Di Assistenza per La Procreazione Medicalmente Assistita." *Site-Ibsa-It*, 1 Dec. 2023, [www.ibsa.it/media/news/2023/PMA-dal-1-gennaio-2024-i-nuovi-livelli-essenziali-di-assistenza-per-la-procreazione-medicalmente-assistita.html#:~:text=Dal%201](http://www.ibsa.it/media/news/2023/PMA-dal-1-gennaio-2024-i-nuovi-livelli-essenziali-di-assistenza-per-la-procreazione-medicalmente-assistita.html#:~:text=Dal%201) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>97</sup> Benelli, E, Bonati, M., Scienzainrete. "La Procreazione Assistita è Un Diritto? Sì, No, Forse." <https://www.scienzainrete.it/Articolo/Procreazione-Assistita-Diritto-Si-No-Forse/Eva-Benelli-Maurizio-Bonati/2024-02-09> Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>98</sup> "Accesso Alla Procreazione Medicalmente Assistita: PMA." *Www.malattierare.cittadinanzattiva.it*, [www.malattierare.cittadinanzattiva.it/percorso-cura/i-diritti-dei-giovani-adulti/62-accesso-alla-procreazione-medicalmente-assistita-pma.html](http://www.malattierare.cittadinanzattiva.it/percorso-cura/i-diritti-dei-giovani-adulti/62-accesso-alla-procreazione-medicalmente-assistita-pma.html) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>99</sup> Benelli, E, Bonati, M., Scienzainrete. "La Procreazione Assistita è Un Diritto? Sì, No, Forse." <https://www.scienzainrete.it/Articolo/Procreazione-Assistita-Diritto-Si-No-Forse/Eva-Benelli-Maurizio-Bonati/2024-02-09> Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

Il Servizio Sanitario Nazionale, inoltre, mette a disposizione, per le persone affette da malattie rare e genetiche, le diagnosi preimpianto, dando così la possibilità alle coppie che richiedono l'accesso alle tecniche di PMA di conoscere anticipatamente la propria patologia ed evitare una possibile trasmissione ai figli. È un'analisi preventiva dell'embrione prodotto, in questo modo è possibile anticipare un processo che normalmente viene svolto a gravidanza in corso con l'amniocentesi o la villocentesi.

L'obiettivo è quello di evitare l'aborto terapeutico o la rinuncia alla gravidanza<sup>100</sup>.

È demandato alle Regioni il compito di definire i profili tecnico-organizzativi relativi ai requisiti dei centri di PMA, del personale specializzato e dei controlli che devono essere svolti<sup>101</sup>. Dovranno, altresì, gestire le risorse finanziarie destinate all'erogazione delle pratiche<sup>102</sup>.

Il Ministero della Salute fissa le modalità e i termini di crioconservazione degli embrioni fecondati all'interno dei centri<sup>103</sup>.

Un fattore di notevole rallentamento per l'attività dei centri di PMA è stata la pandemia da Covid-19 che ha colpito l'Italia nel 2020.

I trattamenti di procreazione medicalmente assistita sono stati sospesi e rimandati con il Decreto del Governo perché ritenuti non urgenti. La relazione del Ministero della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n.40 ha rilevato che il rallentamento dell'attività dell'anno 2020 si è tradotto nella mancata nascita di 2857 bambini rispetto al 2019. La diminuzione del numero dei nati risulta maggiore per i cicli dei centri pubblici rispetto a quelli dei centri privati.

Una conseguenza di questo calo dell'esercizio è stata la riduzione dei centri di PMA di II e III livello che raggiungono i 500 cicli annui, ad oggi solo un quinto delle strutture sul territorio nazionale lo raggiunge<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> "Accesso Alla Procreazione Medicalmente Assistita: PMA." [www.malattierare.cittadinanzattiva.it](http://www.malattierare.cittadinanzattiva.it), [www.malattierare.cittadinanzattiva.it/percorso-cura/i-diritti-dei-giovani-adulti/62-accesso-alla-procreazione-medicalmente-assistita-pma.html](http://www.malattierare.cittadinanzattiva.it/percorso-cura/i-diritti-dei-giovani-adulti/62-accesso-alla-procreazione-medicalmente-assistita-pma.html) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>101</sup> Vedi il documento approvato dalla Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle province autonome in data 11 novembre 2004

<sup>102</sup> Decreto del Ministero della salute del 9 giugno 2004, "Gazzetta Ufficiale." [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>103</sup> Decreto del Ministro della salute del 4 agosto 2004, "Gazzetta Ufficiale." [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

<sup>104</sup> "Procreazione Medicalmente Assistita, Ecco I Primi Centri in Italia per Numero Di Procedure." IN SANITAS, 10 Mar. 2023, [www.insanitas.it/procreazione-medicalmente-assistita-ecco-i-primi-centri-in-italia-per-numero-di-procedure/#:~:text=L%27impatto%20della%20pandemia%20da](http://www.insanitas.it/procreazione-medicalmente-assistita-ecco-i-primi-centri-in-italia-per-numero-di-procedure/#:~:text=L%27impatto%20della%20pandemia%20da) Ultima consultazione in data 2 Marzo 2024

## CAPITOLO II LA LEGGE N. 40/2004 “NORME IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA” E SUCCESSIVE MODIFICHE

1. Premessa – 2. Verso una tutela normativa e un tentativo di bilanciamento di valori costituzionali- 3. I requisiti oggettivi e soggettivi e i limiti imposti- 4. Il rapporto tra la Legge n. 40/2004 e la Legge n. 194/1978 – 5. Lo statuto giuridico del nascituro, il divieto di disconoscimento di paternità e dell’anonimato della madre – 6. Il sistema sanzionatorio della Legge n. 40/2004- 7. La sentenza Costa e Pavan contro Italia, il superamento del principio di necessaria infertilità per l’accesso alle tecniche di PMA e il riconoscimento della legittimità di accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie sterili e infertili – 8. La tutela dell’embrione umano e la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale

### 1. PREMESSA

La legge n. 40/2004, prima disciplina organica che regola la materia della procreazione medicalmente assistita, ha rappresentato una delle normative più controverse e dibattute dell’ultimo decennio, inasprando il dibattito tra scienza, diritto ed etica. La struttura e il carattere fortemente coercitivo della disciplina hanno reso necessari diversi interventi della giurisprudenza, italiana e non solo, soprattutto da parte della Corte costituzionale, che hanno radicalmente modificato l’impianto della legge.

Nel presente elaborato si cercherà di ripercorrere l’evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di fecondazione assistita e la metamorfosi che ha subito la legge n. 40 del 2004, in particolare evidenziando l’intento della Corte costituzionale nel garantire un bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali coinvolti, inviando chiari moniti al legislatore anche per i futuri interventi in grado di assicurare un livello minimo di tutela legislativa, ponendo attenzione anche ai diritti del concepito<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> CAUTELA, A. “Legge N. 40/2004: L’evoluzione Della Giurisprudenza Costituzionale Sulla Normativa in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita.” *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, no. 2, 2018, pp. 106–139, [www.serena.unina.it/index.php/dperonline/article/view/6417](http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline/article/view/6417), <https://doi.org/10.6092/2421-0528/6417> Ultima consultazione in data 9 Aprile 2024

## 2. VERSO UNA TUTELA NORMATIVA E UN TENTATIVO DI BILANCIAMENTO DI VALORI COSTITUZIONALI

La procreazione medicalmente assistita, nell'ordinamento giuridico italiano, è disciplinata all'interno della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, che regola l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale per le coppie che presentano problemi accertati di infertilità o di sterilità oppure se portatori sani di o affetti da malattie genetiche rare e irreversibili.

Dopo anni di *vacatio legis* e nonostante la materia fosse già al centro di un acceso dibattito parlamentare dal 1958, il Parlamento italiano solo nel 2004 ha approvato una normativa uniforme per quanto riguarda le tecniche di fecondazione artificiale<sup>106</sup>.

La legge fu approvata ed emanata durante il secondo governo di Silvio Berlusconi, da un Parlamento a maggioranza di centrodestra, e un clima sociopolitico ancora ostile nei confronti del progresso medico scientifico che rendeva possibile avere figli a coloro che, senza un ausilio medico, non potevano farlo naturalmente<sup>107</sup>.

Il ritardo circa l'adozione del testo normativo era dovuto principalmente alla contrapposizione tra una concezione laica della bioetica e una visione cattolica legata al concetto di famiglia tradizionale e di procreazione naturale, come anche al fatto che le forze politiche, per evitare conflitti con la Chiesa, hanno per molto tempo preferito appoggiare quella corrente di pensiero meno scomoda.

Nel susseguirsi delle diverse legislature ci sono stati schieramenti favorevoli alle soluzioni più estreme, come la possibilità per le donne single o per le coppie omosessuali di accedere alle pratiche di PMA da un lato, e il divieto assoluto della fecondazione di tipo eterologo dall'altro.

L'intervento del legislatore italiano era necessario per soddisfare le nuove esigenze imposte dal progresso della biomedicina, in particolar modo sul processo procreativo, e perché iniziarono a diffondersi pratiche che suscitavano dubbi etici, ma il legista poteva decidere se disciplinare la materia della procreazione medicalmente assistita, oppure non introdurre alcuna regolamentazione, lasciando la situazione come era stata fino a quel momento<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> GIUSTINIANI, P., *Sulla procreazione assistita*, Volume 23 di Bioetica e valori, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005, p. 55

<sup>107</sup> “La Legge Italiana Sulla Fecondazione Assistita Ha Ancora Molti Problemi.” *Il Post*, 10 Feb. 2024, [www.ilpost.it/2024/02/10/legge-40-2004-fecondazione-assistita/](http://www.ilpost.it/2024/02/10/legge-40-2004-fecondazione-assistita/) Ultima consultazione in data 17 Marzo 2024

<sup>108</sup> OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, cit., p. 50.

Nel corso dell'iter per l'approvazione molteplici furono le critiche e le polemiche che vennero sollevate, e non sono diminuite una volta entrata in vigore la legge. Come abbiamo già evidenziato la normativa è stata subito oggetto di referendum abrogativi e successivamente di molteplici pronunce della Corte costituzionale e della Corte dei Diritti dell'Uomo, che sono intervenute per smussare gli angoli del testo originale<sup>109</sup>.

Il testo normativo contiene indicazioni, divieti, limiti imposti sia nei confronti della coppia che richiede l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita sia all'operato dei medici e dei biologi. Un'impostazione che è necessaria per bilanciare il rapporto tra libertà individuali e l'evoluzione scientifica<sup>110</sup>. La legge è suddivisa in sette capi, ciascuno dedicato ad un ambito della procreazione medicalmente assistita: principi generali; accesso alle tecniche, requisiti oggettivi e soggettivi necessari per richiedere il trattamento; disposizioni concernenti la tutela del nascituro; regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la previsione dell'istituzione del registro per le strutture autorizzate; divieti e sanzioni; misure di tutela dell'embrione; disposizioni finali e transitorie.

Attraverso l'articolo 1 della stessa legge il legislatore ha sottolineato la natura sussidiaria della procreazione medicalmente assistita rispetto al concepimento naturale, difatti al primo e secondo comma si rileva 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. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.”*

Delimita il campo entro il quale è possibile accedere alle pratiche di PMA, definito dalle modalità e dalle condizioni stabilite dalla legge. Dal testo normativo emerge una visione della procreazione assistita quale metodo di cura della sterilità o infertilità, e non anche come libera scelta dell'individuo in ragione della sua autodeterminazione. Questo non permette ai soggetti che non presentano problemi legati alla sterilità o all'infertilità di sottoporsi ad un trattamento di fecondazione artificiale.

---

<sup>109</sup> VARRONE, L., *“I “Correttivi” Alla L. N. 40/2004 in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita Ad Opera Della Giurisprudenza Costituzionale.”* [www.aiafrivista.it](http://www.aiafrivista.it), [www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale](http://www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale) Ultima consultazione in data 11 Marzo 2024

<sup>110</sup> DOLCINI, E. *“Fecondazione assistita e diritto penale”*, 2008, p.29

Sarebbe stato più ragionevole consentire il ricorso alle tecniche di PMA anche quando vi siano altri metodi terapeutici ma questi siano di lunga durata, pericolosi o dolorosi per la donna, perché in caso contrario si profilerebbe una violazione non solo con la legge n. 194/1978 che tutela la libertà della donna di autodeterminarsi e sancisce la libertà procreazione anche in senso negativo, ma ancora prima con l'art. 32 Cost. che tutela la salute come “*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*”<sup>111</sup>. Il limite all'accesso presenta, quindi, profili di incompatibilità con il canone della ragionevolezza, con la libertà di autodeterminarsi e con il diritto alla procreazione.

In seguito all'approvazione della legge n. 40 sono stati adottati alcuni provvedimenti volti a completare il quadro normativo, anche alla luce delle forti critiche che sono state avanzate. Il 21 luglio del 2004 il Ministro della Salute Girolamo Sirchia ha emanato il decreto ministeriale contenente le linee guida sulle procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla legge n. 40/2004, in adempimento a quanto previsto dall'articolo 7 della legge medesima, il quale stabilisce che “*Il Ministro della Salute, avvalendosi dell'istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio Superiore di Sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.*”<sup>112</sup> Al secondo comma dello stesso articolo viene sancita la natura vincolante delle suddette linee guida per tutte le strutture autorizzate che praticano la fecondazione assistita.

Tali linee guida non si limitano a disciplinare gli aspetti meramente pratici delle pratiche di fecondazione assistita, ma anche alcuni dal punto di vista giuridico.

Il profilo più rilevante delle linee guida originarie è stato quello di introdurre il divieto della diagnosi genetica preimpianto, un limite che nel testo normativo non era stato previsto.

Per tale ragione il testo è stato oggetto di un ricorso al TAR, inizialmente il parer fu favorevole al divieto, ma successivamente, nel 2008, ha ritenuto che il Ministero della

---

<sup>111</sup> DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 118.

<sup>112</sup> Articolo 7 legge n.40/2004 “1. Il Ministro della Salute, avvalendosi dell'istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio Superiore di Sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. 2. Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate. 3. Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.”

salute non avesse la facoltà di vietare quella pratica, e quindi dichiarò il divieto illegittimo<sup>113</sup>. Inoltre, le Linee Guida adottate nel 2008 diedero un'interpretazione particolarmente ampia del concetto di infertilità, includendovi anche il rischio di trasmissione per via sessuale di malattie infettive, qualora lo stesso fosse totalmente evitabile con il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita.

Il 18 dicembre 2023 il Consiglio Superiore di Sanità ha approvato un “*Aggiornamento delle linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*”, il documento dovrebbe includere tutte le modifiche apportate a seguito delle sentenze che si sono succedute dal 2008 fino a quel momento.

Nel 2019, inoltre, il Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure (CNEC) ha incaricato la Società Italiana della Riproduzione Umana (SIRU) di elaborare delle raccomandazioni sul tema, adattando al contesto italiano le linee guida di altri paesi. Nel 2022 il CNEC ha espresso un giudizio negativo circa il testo elaborato dal SIRU e non lo ha integrato nel Sistema Nazionale Linee Guida<sup>114</sup>.

Nel decreto delle linee guida, ora in vigore, sono fornite le definizioni mediche di sterilità e infertilità che, ai fini del testo di riferimento, sono utilizzate come sinonimi, quindi come “*assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti*”. Sono elencate le principali cause di sterilità, sia femminile che maschile, con le rispettive percentuali di frequenza.

Il decreto prende in considerazione l'articolo 4 della legge n. 40 per quanto riguarda l'accesso alle tecniche che è subordinato ad un necessario esame con conseguente anamnesi<sup>115</sup> circa le cause di infertilità/sterilità della coppia che decide di sottoporsi alla PMA. Questo passaggio è fondamentale per comprendere quale sia la tecnica più appropriata, anche alla luce del criterio di gradualità che la legge impone.

---

<sup>113</sup> Sentenza del TAR Lazio, 9 maggio 2005, n. 3452, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

Sentenza del TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>114</sup> VALSECCHI CRISTINA, M., “Procreazione Medicalmente Assistita, Il Punto Sulle Linee Guida in Italia.” *Procreazione Medicalmente Assistita, Il Punto Sulle Linee Guida in Italia | Univadis*, [www.univadis.it/viewarticle/procreazione-medicalmente-assistita-punto-sulle-linee-guida-2024a10000i2](http://www.univadis.it/viewarticle/procreazione-medicalmente-assistita-punto-sulle-linee-guida-2024a10000i2)  
Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

<sup>115</sup> *Storia clinica di un soggetto in esame, raccolta dal medico direttamente o indirettamente come elemento fondamentale per la formulazione della diagnosi; comprende le notizie sui precedenti ereditari e sullo stato di salute dei familiari (a. familiare e personale), sullo svolgimento dei vari avvenimenti fisiologici, come la dentizione, la crescita, la deambulazione, le abitudini di vita, ecc. (a. fisiologica), e la storia delle malattie sofferte dal paziente (a. patologica), “Anamnesi - Treccani.” Treccani, [www.treccani.it/enciclopedia/anamnesi\\_%28Dizionario-di-Medicina%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/anamnesi_%28Dizionario-di-Medicina%29/) Ultima consultazione in data 3 Aprile 2024*

Alla coppia, da parte di ogni centro di PMA, viene offerta la possibilità di una consulenza e sostegno oltre che medico anche e soprattutto psicologico. Si tratta di un processo di comunicazione correlato ad ogni tipo di trattamento offerto, reso accessibile durante tutte le fasi dell'approccio diagnostico e anche dopo il completamento della pratica. La consulenza deve essere offerta alla coppia prima di sottoporsi alle procedure diagnostiche per poter accettare e metabolizzare in modo consapevole la tecnica proposta e il lungo percorso che devono affrontare, con la consapevolezza che esista la necessità di dover eseguire molteplici tentativi. In alcuni casi la consulenza può essere utile per aiutare la coppia ad accettare un ipotetico fallimento della pratica e all'idea di non avere figli. L'attività di consulenza decisionale e di sostegno può essere svolta dai medici della struttura autorizzata mentre quella di consulenza genetica e terapeutica da specialisti del settore.

Devono essere date indicazioni circa le procedure e tecniche di procreazione medicalmente assistita disponibili nel centro, le possibili alternative alle tecniche di PMA come l'adozione, le problematiche e rischi che una pratica delicata come quella della fecondazione assistita può comportare, i costi economici, la possibilità di revoca del consenso da parte dei richiedenti fino al momento della fecondazione dell'ovulo e la possibilità di crioconservazione dei gameti e degli embrioni.

Tra le linee guida sono state, inoltre, inserite anche alcune indicazioni circa le strutture di laboratorio e sicurezza, in particolare per quanto riguarda le modalità di crioconservazione dei gameti degli embrioni<sup>116</sup>.

La legge, nonostante la lunghezza limitata, tocca temi che riguardano valori fondamentali di ciascun individuo. La materia della procreazione medicalmente assistita, soggetta all'evoluzione medica, coinvolge una pluralità di interessi e diritti costituzionali della persona e della coppia di particolare rilievo, i quali richiedono un bilanciamento necessario per un livello minimo di tutela legislativa<sup>117</sup>.

Il legislatore, preoccupato di sostenere le ragioni dei "vincitori", non è stato in grado di operare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco che possono entrare in conflitto

---

<sup>116</sup> Vedi Decreto Ministeriale 21 luglio 2004 "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita", Testo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16/08/2004 n.191

<sup>117</sup>VARRONE, L., "I "Correttivi" Alla L. N. 40/2004 in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita Ad Opera Della Giurisprudenza Costituzionale." [Www.aiafrivista.it](http://www.aiafrivista.it), [www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale](http://www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale) Ultima consultazione in data 11 Marzo 2024



in diverse circostanze. Il Parlamento avrebbe dovuto, in tal senso, assolvere ad un compito delicato e salvaguardare il principio di laicità e il pluralismo di valori<sup>118</sup>.

Il legislatore è dovuto intervenire sul tema dell'integrità psicofisica della donna, sulle scelte prese dalle coppie che decidono di accedere alle tecniche di PMA per creare una famiglia e sulla regolamentazione degli atti medici, in un'ottica di tutela dei diritti della salute, dell'autodeterminazione e delle libertà individuali. L'intento era quello di tutelare e regolare la così detta "*salute procreativa*" che concilia integrità psicofisica e autonomia esistenziale della persona in quanto tale. Nell'ambito delle vicende procreative il "*valore salute*" emerge e diventa espressione della libertà e della personalità dell'individuo, sia esso inteso come la salute della donna, dell'embrione o della capacità generativa della coppia<sup>119</sup>.

Molte sono state le critiche avanzate alla legge n. 40, soprattutto per il possibile contrasto con l'impianto normativo, costituzionale ed ordinario, e giurisprudenziale, nazionale ed internazionale.

I maggiori dubbi sorgevano per quanto riguarda: il bilanciamento da attuare tra la maggior tutela riconosciuta all'embrione e l'integrità psicofisica della donna; quale soluzione si sarebbe potuta introdurre per superare i limiti imposti per l'accesso alle tecniche di PMA per le coppie affette da patologie; se si potesse considerare legittimo il divieto di fecondazione eterologa, un concepimento con donazione di gameti da parte di donatori esterni alla coppia; se si potessero considerare legittimi il mantenimento dell'obbligo di crioconservazione degli embrioni soprannumerari e il divieto assoluto di ricerca scientifica sugli embrioni<sup>120</sup>.

Alla legge va il non invidiabile primato di essere la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita più restrittiva d'Europa, in particolare sono emersi problemi di compatibilità con diversi principi costituzionali come la salute della donna, l'autonomia delle coppie nelle loro scelte personali, fino al diritto alla ricerca scientifica e all'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche<sup>121</sup>. La normativa in alcuni punti risulta difficilmente compatibile anche con il diritto penale, specificatamente con i principi di precisione-tassatività, di riserva di legge, di offensività e di sussidiarietà. Divergenze

---

<sup>118</sup> CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 416

<sup>119</sup> CARRATO, A. *op.cit.*

<sup>120</sup> CARRATO, A. *op.cit.*

<sup>121</sup> FERRANDO, *Come cambiare una legge ingiusta*, cit., p. 51

evidenti emergono anche dal punto di vista della ragionevolezza, corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., questo rileva con riferimento alla disciplina dell'aborto per la disparità di tutela tra il feto e l'embrione, fra quest'ultimo e la donna, nonché per quanto concerne la proporzionalità delle sanzioni<sup>122</sup>. Il testo presenta problemi interpretativi di tipo tecnico messi in evidenza dal carattere casistico e analitico della materia; la tecnica casistica esalta la precisione della fattispecie solo apparentemente, perché nella realtà l'elencazione di tutti i possibili casi frammenta il precetto in una serie di ipotesi che rischiano di renderne indecifrabile il contenuto<sup>123</sup>.

### 3. I REQUISITI OGGETTIVI E SOGGETTIVI E I LIMITI IMPOSTI

La legge n. 40/2004 impone precisi limiti alla procreazione medicalmente assistita, sia dal punto di vista delle pratiche stesse che si possono realizzare, sia da quello dell'accesso da parte dei soggetti richiedenti.

Secondo quanto enunciato dall'articolo 1<sup>124</sup> della stessa legge il ricorso alle tecniche di fecondazione omologa, in cui i gameti sono propri della coppia richiedente e la madre gestante coincide con quella genetica, era possibile solo nel caso in cui ci fossero problemi riproduttivi e la mancanza di metodi terapeutici efficaci a rimuovere le cause di sterilità o infertilità. L'impossibilità di rimuovere le cause impeditive alla procreazione e l'infertilità/sterilità devono essere accertate e certificate, previa analisi clinica-diagnostica, da un medico che attesti che non sia possibile un concepimento naturale<sup>125</sup>. Non era, dunque, possibile accedere alle tecniche di PMA per le coppie non sterili né infertili ma affette da o portatrici di malattie genetiche gravi<sup>126</sup>. La pronuncia della Corte costituzionale n. 96/2015 ha esteso l'accesso alle pratiche di PMA anche alle coppie portatrici di o affette da malattie genetiche rare, permettendo la diagnosi preimpianto e la possibilità di trasferire nell'utero materno solo embrioni sani.

---

<sup>122</sup> Infra, cap. II par. 1.2

<sup>123</sup> BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1156 ss.

<sup>124</sup> Articolo 1 (Finalità), Legge n. 40/2004 “1. *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.* 2. *Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.*”

<sup>125</sup> “Fecondazione Assistita in Italia: Requisiti, Accesso, Mutuabilità.” *Rapruì*, 14 July 2021, [www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/](http://www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/) Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

<sup>126</sup> Tra i disegni di legge presentati in Parlamento nel corso della XIV legislatura, alcuni permettevano l'accesso alla PMA anche alle coppie che fossero portatrici di gravi malattie genetiche; solo due disegni, invece, consentivano libero accesso senza alcuna restrizione (il n. 1775 ed il n. 2984)

L'articolo 4 prevede che le tecniche di procreazione medicalmente assistita siano applicate secondo due criteri: gradualità e consenso informato.

Per quanto riguarda la gradualità, il principio è quello della minore invasività, nel senso che si vuole evitare il ricorso ad interventi con un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i soggetti. Il medico dovrà optare per le tecniche meno gravose per i destinatari sotto diversi punti di vista. Si tratta di un principio che è stato criticato da alcuni esponenti dell'ambito medico<sup>127</sup>, i quali sostengono la poca utilità di tale progressione in tutti quei casi in cui risulti evidente l'irreversibilità della sterilità, anche se il grado di invasività dal punto di vista fisico e psicologico è più alto. La disciplina non prevede alcuna sanzione in capo al medico che decide di non rispettare il principio di sussidiarietà<sup>128</sup>, sia perché i termini sterilità e infertilità sono carenti sotto il profilo della tassatività<sup>129</sup>, sia perché il requisito oggettivo necessario per accedere alle tecniche di PMA dipende da una autodichiarazione della coppia, che risulta essere impossibile da smentire, e alla quale il medico deve sempre fare riferimento<sup>130</sup>.

Invece, il consenso informato è disciplinato specificatamente all'articolo 6 della medesima legge. Svolge un ruolo fondamentale nell'accesso della coppia al percorso di PMA. Il medico ha l'onere di informare in maniera dettagliata i soggetti che possono avere accesso alle tecniche di fecondazione assistita sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali derivanti dall'applicazione delle pratiche, sulle probabilità di successo e sui rischi, come pure le conseguenze giuridiche per la coppia e il nascituro. Devono essere fornite informazioni precise circa i costi economici per l'intera procedura, dai farmaci per la stimolazione ormonale fino al congelamento degli embrioni fecondati. La volontà di accedere alle pratiche è espressa mediante una dichiarazione scritta in duplice copia dei richiedenti e consegnata al medico specializzato. Questi elementi minimi di conoscenza, necessari alla formazione del consenso informato, sono elencati

---

<sup>127</sup> FLAMIGNI, *Appunti sulle tecniche di procreazione assistita*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, p. 138.

<sup>128</sup> Nel corso dei lavori preparatori (art. 4, comma 1 del Testo unificato del 1998) era invece stata prospettata la pena della reclusione da due a cinque anni, congiuntamente ad una multa, a tutela del bene giuridico della naturalità della procreazione. Si vedano a questo riguardo le osservazioni critiche di CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?* cit., p. 62 ss.

<sup>129</sup> CANESTRARI, *Legge 40: procreazione e punizione*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, (a cura di) CAMASSA, E., CASONATO, C., Trento, 2005, p. 74 sottolinea «le difficoltà di tipizzare i presupposti patologici o fisiologici per accedere alle metodiche di PMA: in sede scientifica permangono invero divergenze significative sulle nozioni di sterilità e di infertilità»

<sup>130</sup> Nel corso dei lavori preparatori della l. n. 40/2004 si era invece prospettata – con il Testo Unificato 1998 – la configurazione come delitto (punito con la reclusione da 2 a 5 anni) dei trattamenti di PMA praticati nei confronti di soggetti non sterili né infertili.

nell'articolo 1 del Decreto Ministeriale n. 265/2016<sup>131</sup>. Questa modalità è necessaria per consentire il formarsi di una volontà consapevole ed espressa.

Oltre ai requisiti oggettivi sono previsti, all'articolo 5 della legge, i requisiti soggettivi: coppie di maggiorenni di sesso diverso; coppie coniugate o conviventi; in età potenzialmente fertile; entrambi devono essere viventi.

La legge non prevede un limite di età standard e fisso per poter accedere alle tecniche di fecondazione assistita, l'espressione "*potenzialmente fertile*" fa riferimento alla condizione biologica di entrambi i partner, ma non viene stabilito un limite anagrafico, anche perché potrebbe non coincidere da coppia a coppia. Bisogna prendere in considerazione diversi fattori: la situazione personale della coppia, le condizioni di salute, la presenza di eventuali patologie.

Generalmente viene considerato un limite ragionevole per sottoporsi ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita i cinquant'anni. Il problema dell'età è legato principalmente ai possibili rischi che possono insorgere per la mamma e il futuro nascituro.

Per quanto riguarda gli uomini il limite di età incide in misura inferiore rispetto alle donne, la conseguenza dell'avanzare degli anni è solo la riduzione quantitativa e qualitativa degli spermatozoi<sup>132</sup>.

Il limite effettivo di età per stabilire la fertilità non è, quindi, quantificato a livello generale, se non viene stabilita dalla Regione del centro di PMA che effettua la tecnica, sarà compito del medico specializzato stabilire l'idoneità o meno della coppia a sottoporsi alla procreazione medicalmente assistita<sup>133</sup>.

Le statistiche e le tendenze recenti hanno rilevato un innalzamento dell'età sia per le gravidanze naturali sia per quanto riguarda l'accesso alle tecniche di procreazione

---

<sup>131</sup> BASSAN, E. *Il Consenso Informato in Procreazione Medicalmente Assistita (Parte I): Contenuti E Criticità – ELENA BASSAN – AVVOCATO*. 24 Mar. 2021, [www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/](http://www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/) Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

<sup>132</sup> "La Fecondazione Assistita E L'Età: Limiti Legali E Biologici - IVI." *IVI Italia*, 12 Dec. 2017, [www.ivitalia.it/blog/la-fecondazione-assistita-eta-limiti-legali-biologici/](http://www.ivitalia.it/blog/la-fecondazione-assistita-eta-limiti-legali-biologici/) Ultima consultazione in data 15 Marzo 2024

<sup>133</sup> "Chi Può Accedere Alla PMA." *Campagna Del Cavolo*, 11 May 2019, [www.campagnadelcavolo.it/chi-puo-accedere-alla-pma/](http://www.campagnadelcavolo.it/chi-puo-accedere-alla-pma/) Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

medicalmente assistita. L'età media maschile è passata da 37,7 anni a 39,8 anni, mentre per le donne da 35,3 a 36,7<sup>134</sup>.

Nonostante gli interventi giurisprudenziali sulla legge n. 40/2004, dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita risultano ancora essere esclusi le donne singole e le coppie omoaffettive, in estrema contraddizione con quanto garantito dalla legge sulle unioni civili che ha riconosciuto il diritto alla famiglia alle coppie formate da persone dello stesso sesso<sup>135</sup>.

Non possono accedere alla fecondazione assistita neanche le coppie in età non più fertile e le coppie con un membro minorene<sup>136</sup>.

Una questione di grande rilievo è la fecondazione assistita *post mortem*. Si tratta di una tecnica di procreazione medicalmente assistita che si realizza mediante l'utilizzo del seme crioconservato del padre che, dopo aver prestato il proprio consenso, è deceduto prima della formazione dell'embrione e dell'impianto nell'utero della madre.

La giurisprudenza sul tema non sempre è stata coerente con i suoi precedenti. Alla fine degli anni '90 ci fu un caso che riguardava due coniugi che chiesero l'accesso alla PMA per problemi di infertilità. Il primo impianto di embrioni fecondati non andò a buon fine, e prima di eseguire il secondo tentativo il marito morì. Il centro di PMA decise di interrompere il trattamento, visto che il codice di autoregolamentazione per la procreazione medicalmente assistita vieta espressamente di eseguire le pratiche anche dopo la morte del partner.

Nel 2015 il Tribunale di Felsineo, con un'ordinanza, negò l'autorizzazione ad effettuare la prestazione richiesta da una donna la quale, dopo la morte del marito, fece domanda per ottenere lo scongelamento degli embrioni crioconservati ed il loro impianto. Nel caso di specie a metà degli anni '90 la coppia si era rivolta ad un centro di PMA nel capoluogo emiliano, tre degli undici embrioni fecondati erano stati impiantati nell'utero della donna, ma l'esito fu negativo, mentre gli altri vennero congelati per un futuro impianto.

---

<sup>134</sup> “*La Fecondazione Assistita E l'Età: Limiti Legali E Biologici - IVI.*” *IVI Italia*, 12 Dec. 2017, [www.ivialia.it/blog/la-fecondazione-assistita-eta-limiti-legali-biologici/](http://www.ivialia.it/blog/la-fecondazione-assistita-eta-limiti-legali-biologici/) Ultima consultazione in data 15 Marzo 2024

<sup>135</sup> BENELLI, E., BONATI, M., Scienzainrete. “*La Procreazione Assistita è Un Diritto? Sì, No, Forse.*” <https://www.scienzainrete.it/Articolo/Procreazione-Assistita-Diritto-Si-No-Forse/Eva-Benelli-Maurizio-Bonati/2024-02-09> Ultima consultazione in data 15 Marzo 2024

<sup>136</sup> “*Fecondazione Assistita in Italia: Requisiti, Accesso, Mutuabilità.*” *Rapruì*, 14 July 2021, [www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/](http://www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/) Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

Nonostante il Comitato di Bioetica fosse favorevole, la direzione sanitaria del policlinico negò l'autorizzazione.

Infine, è importante ricordare la decisione del Tribunale di Lecce del 24 giugno 2019 con cui ha dichiarato legittimo l'impianto *post mortem* degli embrioni conservati. In questa occasione la donna, dopo il decesso del marito, chiese al centro di PMA, dove avevano prestato consenso, di procedere con il trasferimento intrauterino degli embrioni fecondati, ma il centro non accolse la richiesta. Il caso venne portato davanti al Tribunale di Lecce chiedendo anche il riconoscimento dello status di figlio legittimo del nascituro. La richiesta della donna venne accolta, il requisito di legge era soddisfatto e quindi l'impianto degli embrioni fecondati venne dichiarato legittimo anche nel caso in cui uno dei componenti della coppia sia nel frattempo defunto prima dell'impianto.

In Italia la questione è ancora aperta, bisogna innanzitutto distinguere la disciplina dell'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, contenuta negli articoli 4 e 5 della legge n. 40, e la tutela giuridica del minore, prevista dall'articolo 8 della stessa legge.

L'articolo 5 prevede che per poter accedere alla PMA che entrambi i componenti della coppia siano viventi, non viene, però, specificato se il requisito venga richiesto solo al momento della richiesta di accesso e al momento in cui viene prestato il consenso oppure se debba persistere per tutta la durata del trattamento.

Lo *status filiationis* è determinato solo se la coppia ha espresso il consenso ad accedere alla PMA. L'articolo 8 sancisce la centralità del consenso come fattore essenziale per stabilire il legame di genitorialità tra la coppia richiedente e il nascituro, a seguito di una delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Con la sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, la Corte di Cassazione ha affermato l'applicabilità dell'articolo 8 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito di PMA, anche nel caso di fecondazione *post mortem*<sup>137</sup>.

La Corte di Cassazione, con la sentenza presa in esame, non ha affrontato il problema della liceità o meno della tecnica di fecondazione *post mortem*, ma ha sancito la parificazione dei nati a seguito di PMA omologa dopo il decesso del padre ai figli legittimi. Il nascituro deve essere considerato figlio del matrimonio della coppia che ha espresso il consenso alla procreazione medicalmente assistita prima dello scioglimento del vincolo coniugale avvenuto per la morte del partner. Di conseguenza, secondo

---

<sup>137</sup> Cassazione Civile, I Sezione, 15 marzo 2019 (dep. 15 maggio 2019), n. 13000, Pres. M. Acierno, Rel. E. Campese

l'articolo 232 Codice civile, ha anche diritto all'attribuzione del cognome paterno, anche se nato dopo il decesso del padre.

In conclusione, in Italia la fecondazione *post mortem* risulta essere ancora vietata, sia nei casi in cui uno dei membri della coppia non sia più in vita e il partner richieda di poter procedere lo stesso con la pratica, sia nei casi in cui la vedova richieda di rivendicare i gameti crioconservati del marito ormai defunto allo scopo di esportarli in un altro Paese<sup>138</sup>.

Un problema di significativa importanza legato alla procreazione medicalmente assistita è quello dei tempi di attesa. Le coppie che decidono di iniziare un trattamento di fecondazione assistita devono innanzitutto iscriversi nelle liste del Servizio sanitario nazionale (SSN), da quel momento l'attesa varia dai tre mesi ai due anni, a seconda della Regione in cui la richiesta viene inoltrata, per l'accesso al primo ciclo. Le tempistiche potrebbero essere ridotte se, diversamente, si richiedesse l'accesso alla fecondazione assistita in un centro qualificato e specializzato privato. Invece, per quanto riguarda i tempi di riuscita del trattamento, si registra che circa il 70% delle coppie riescono ad avere un figlio entro 4 anni dall'inizio del percorso, la restante parte anche in tempi più brevi<sup>139</sup>. Legato ai tempi di attesa c'è anche il tema dei costi dei trattamenti che variano a seconda della tecnica, delle diagnosi e della struttura in cui si realizza il percorso.

Il Servizio sanitario nazionale mette a disposizione la possibilità di accedere alle tecniche di PMA attraverso il pagamento di un ticket o esenzione, essendo sia l'omologa che l'eterologa inserite nei LEA (Livelli Essenziali di Assistenza). Permane il problema dei tempi di attesa che sono spesso molto lunghi<sup>140</sup>.

Per quanto riguarda i centri di fertilità privati i prezzi variano da struttura a struttura.

Per quanto riguarda la stimolazione ovarica dipende dal costo dei farmaci e del controllo dell'ovulazione. In generale il monitoraggio ecografico ha un costo di circa 300 euro.

---

<sup>138</sup> BONCIOLI. M., *Problemi Ed Implicazioni Della PMA Nel Post Mortem*, <http://www.pma-italia.it/medias/297-martina-boncioliproblemi-ed-implicazioni-della-pma-nel-post-mortem.pdf> Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

<sup>139</sup> IAQUINTA, C. "Fecondazione Assistita: Tecniche, Tempi E Costi in Italia." *InSalute*, 22 Apr. 2022, [www.blogunisalute.it/fecondazione-assistita-italia-costi/](http://www.blogunisalute.it/fecondazione-assistita-italia-costi/) Ultima consultazione in data 16 Marzo 2024.

<sup>140</sup> "Fecondazione Assistita in Italia: Requisiti, Accesso, Mutuabilità." *Rapruì*, 14 July 2021, [www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/](http://www.rapruì.com/news/fecondazione-assistita-in-italia-requisiti-accesso-mutuabilita/) Ultima consultazione in data 16 Marzo 2024

Per la FIVET/ICSI un ciclo spontaneo può costare circa 2.500 euro mentre con stimolazione ovarica 4.500 euro, con donazione di gameti si può arrivare dai 3500 euro fino ai 6000.

Il prezzo del congelamento nella crioconservazione dei gameti può essere incluso nel trattamento o avere un costo a parte che va dai 300 ai 2000 euro.

Infine, il prezzo per la diagnosi preimpianto varia da 1800 a 3000 euro, a seconda del tipo di indagine che viene effettuata<sup>141</sup>.

La legge in materia di procreazione medicalmente assistita, nella sua formulazione originaria, ha introdotto una serie di divieti per la maggior parte puniti con sanzioni penali, alcuni di questi sono stati oggetto di forti dibattiti, sia da parte di giuristi che del personale sanitario specializzato. Si tratta dei divieti quali: il divieto di accesso alla PMA per le coppie formate da soggetti dello stesso sesso (articolo 5); il divieto di fecondazione eterologa (articolo 3); il divieto di sperimentazione e ricerca sugli embrioni umani e donazione di embrioni per la ricerca scientifica (articoli 14, comma 1, e 13); il divieto di produzione di più di 3 embrioni e obbligo di unico e contestuale impianto di tutti gli embrioni prodotti (articolo 14, comma 2); il divieto di crioconservazione degli embrioni (articolo 14, comma 1); il divieto di revoca del consenso dopo la fecondazione (articolo 6, comma 3); il divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili e portatrici di malattie genetiche (articoli 1 e 4).

Il legislatore si è sostituito al medico nelle scelte terapeutiche e al giudice nel momento in cui ha dovuto decidere chi ha il diritto di accedere alla PMA e quindi chi ha diritto a procreare, giustificando i limiti e i divieti imposti come una sorta di “*tutela del nascituro*”.

La conseguenza più rilevante dei limiti e dei divieti imposti dalla legge n. 40 è la “*fuga all'estero*”, per sottoporsi alla fecondazione eterologa, per richiedere l'accesso alla maternità surrogata, per poter congelare un numero superiore di embrioni e per non dover aspettare a lungo prima di poter procedere con il trattamento.

Inoltre, un risultato di questa scelta del legislatore è stato l'aumento del ricorso ai tribunali italiani da parte di coppie danneggiate dalla norma, in particolare per quanto riguarda i

---

<sup>141</sup> “Processo Fecondazione Assistita: Modalità, Tempi E Costi.” *Rapruì*, 6 July 2022, [www.rapruì.com/news/processo-fecondazione-assistita-modalita-tempi-e-costi/#:~:text=Fivet%20%2FICSI%3A%20su%20ciclo%20spontaneo](http://www.rapruì.com/news/processo-fecondazione-assistita-modalita-tempi-e-costi/#:~:text=Fivet%20%2FICSI%3A%20su%20ciclo%20spontaneo) Ultima consultazione in data 16 Marzo 2024



problemi legati al riconoscimento del figlio nato a seguito di maternità surrogata da parte del partner che non ha donato i gameti<sup>142</sup>.

#### 4. IL RAPPORTO TRA LA LEGGE N. 40/2004 E LA LEGGE N. 194/1978

La legge n. 40/2004, come affermato precedentemente, ha sollevato numerose questioni di illegittimità costituzionale, in particolare per quanto riguarda il contrasto con i principi ispiratori e le scelte politico-criminali della legge 22 maggio 1978, n. 194 recante “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza*”<sup>143</sup>, utilizzata come *tertium comparationis* nella sentenza n. 96/2015 della Corte costituzionale<sup>144</sup>.

Il legislatore nel 2004 aveva, quindi, come modello di riferimento, per il bilanciamento delle questioni di inizio vita, la legge sull’interruzione volontaria di gravidanza.

Il nodo centrale della legge sulla procreazione medicalmente assistita è il riconoscimento all’embrione dello status di soggetto di diritto, il che sancisce una serie di obblighi e divieti particolarmente restrittivi<sup>145</sup>. Il principio cardine era quello di considerare l’embrione come una persona, alla quale dovessero essere attribuiti tutta una serie di tutele normative.

La dottrina, all’indomani dell’entrata in vigore del testo normativo, ha iniziato a parlare di “*andamento irragionevolmente altalenante*” nella tutela dell’inizio vita. Si è manifestata la “*compresenza nel nostro ordinamento di una norma che realizza in diverse sue opzioni regolatorie una tutela massima dell’embrione creato in vitro, per poi abbassare nei meccanismi della legge n. 194, il livello di tutela della vita di fronte ad un feto ormai formato*”.

Da un lato abbiamo la legge sull’interruzione volontaria di gravidanza che pone al centro del bilanciamento di interessi coinvolti quello della tutela del diritto di

---

<sup>142</sup> GALLO, F., RE, F. “La Legge Sulla Procreazione Medicalmente Assistita: Dall’emanazione Alla Demolizione OPINIONS OPINIONI.” *Biochimica Clinica*, vol. 41, no. 4, 2017, [www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/05/1372-371-374-GALLO.pdf](http://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/05/1372-371-374-GALLO.pdf), [https://doi.org/10.19186/BC\\_2017.050](https://doi.org/10.19186/BC_2017.050) Ultima consultazione in data 16 Marzo 2024

<sup>143</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194 “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria di gravidanza*”, pubblicata in Gazz. Uff. 22 maggio 1978

<sup>144</sup> PATRONI GRIFFI, A. “Rivista AIC - Home.”

[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf),  
Ultima consultazione in data 29 Marzo 2024

<sup>145</sup> NAST, CONDÉ. “15 Anni Di Legge 40: Abbiamo Bisogno Di Nuove Norme Sulla Fecondazione Assistita.” *Wired Italia*, 9 Mar. 2019, [www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/](http://www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/) Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

autodeterminazione e dignità umana della madre, dall'altro lato la legge n. 40 che prevede una tutela massima per l'embrione, inteso come "incerto umano".

Quest'ultima tutela viene quindi ridotta nel momento in cui l'essere vivente embrione sarà diventato feto<sup>146</sup>.

La più grande criticità riguarda la mancata previsione di una definizione legislativa del concetto di embrione umano, inteso sia come oggetto dei delitti previsti dalla legge sia il centro soggettivo di imputazione del bene giuridico. Nell'ottica cattolica l'embrione è da intendersi come il prodotto del concepimento fin dal primo incontro dei gameti maschili e femminili, invece, secondo un'idea più laica l'embrione inizia ad esistere a partire da stadi evolutivi successivi. Nel silenzio della legge, la giurisprudenza ha preferito adottare un'interpretazione estensiva del concetto di embrione. Uno degli elementi più significativi della legge è rappresentato dalla pretesa che l'embrione debba ricevere maggiore tutela rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti, perché considerato al pari di una "persona", ma più fragile. Questo principio emerge chiaramente dall'articolo 1 comma 1, della stessa legge, che recita "*i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro*"<sup>147</sup>. Veniva, quindi, sancito il riconoscimento all'embrione dello status di soggetto di diritto/giuridico, comportando così l'introduzione di una serie di obblighi e di divieti particolarmente stringenti.

Inoltre, la volontà di attribuire all'embrione una tutela piena si desume, in particolare, dagli articoli 13 e 14 della medesima legge.

In breve, l'articolo 13 prevede una serie di divieti a garanzia della dignità umana come: - la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge; - ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti o interventi di manipolazione; - interventi di clonazione.

Diversamente, l'articolo 14 ha introdotto una serie di limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni, dalla crioconservazione e la soppressione degli embrioni alla produzione

---

<sup>146</sup> PATRONI GRIFFI, A. Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti) n. 3/2015, data di pubblicazione: 24/07/2015, "Rivista AIC - Home."

[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf)

Ultima consultazione in data 3 Marzo 2024

<sup>147</sup> REDAZIONE VOX. "La Legge N. 40 Del 2004, in Tema Di Fecondazione Medicalmente Assistita - Vox Diritti."

[www.voxdiritti.it/la-legge-n-40-del-2004-in-tema-di-fecondazione-medicalmente-assistita/](http://www.voxdiritti.it/la-legge-n-40-del-2004-in-tema-di-fecondazione-medicalmente-assistita/)

Ultima consultazione in data 12 Marzo 2024

di un numero di embrioni non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, in ogni caso non superiore a tre.

Inoltre, a dimostrazione del riconoscimento dello status di soggetto di diritto dell'embrione, nella formulazione originale della legge era previsto il divieto di congelamento degli embrioni, la produzione limitata per evitare che alcuni rimanessero non impiantati e la mancata possibilità di effettuare uno screening genetico sull'embrione, neanche nell'ipotesi in cui i genitori donatori dei gameti fossero portatori sani di o affetti da una malattia genetica rara.

Con la legge n. 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza, che costituisce un tassello importante in tema di libertà procreativa, è stata realizzata per la prima volta nel nostro ordinamento una separazione fra sessualità e riproduzione, ponendo in crisi i valori e i principi sui quali è basata l'istituzione della famiglia tradizionale. L'intento della disciplina era ed è ancora oggi quello di garantire l'esercizio della procreazione "cosciente e responsabile", a riconoscere il valore sociale della maternità, a tutelare la vita dal suo primo istante e a promuovere i servizi sociosanitari per evitare che l'aborto sia usato per il controllo delle nascite. Nonostante all'articolo 1<sup>148</sup> venga garantita la tutela della vita umana dal suo principio, successivamente la disciplina prevede la soppressione della stessa per i motivi previsti dalla legge.

La normativa all'articolo 4 garantisce che *“ l'interruzione volontaria di gravidanza è possibile entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento”*, nel periodo successivo il bilanciamento fra gli interessi della donna e del concepito si fa più complicato e l'interruzione, per come enunciato all'articolo 6 della stessa legge, può essere praticata quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna oppure quando siano accertati

---

<sup>148</sup> Articolo 1 Legge n.194/1978 *“Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi sociosanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite.”*

problemi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. La Corte costituzionale con la pronuncia n. 27 del 1975 ha riconosciuto un fondamento costituzionale alla tutela del concepito, sottolineando che non è pienamente equiparabile al diritto alla vita, alla salute e all'integrità della donna<sup>149</sup>. Nel bilanciamento degli interessi che vengono in gioco la Corte *“assume ad elemento di confronto con il diritto alla vita ed all'integrità psico-fisica della madre, un diritto nuovo, o meglio, non esplicitamente enunciato nel catalogo costituzionale, ma ugualmente dotato di garanzia costituzionale. Si tratta del diritto alla vita del concepito, il cui fondamento è rintracciato nel combinato disposto degli artt. 31, 2 comma, e 2 della Costituzione Il riconoscimento della dignità costituzionale della tutela giuridica del concepito è frutto di un'interpretazione estensiva della categoria dei diritti individuali, di cui sono titolari tutti gli esseri umani e non già coloro che, come il concepito, “persone ancora non sono”, in quanto la loro esistenza è condizionata all'evento della nascita”*<sup>150</sup>. Solo la posizione giuridica della donna è qualificata in termini di tutela, nei confronti del concepito, invece, si parla di *“interesse costituzionalmente protetto”*, il quale non può prevalere ma bensì essere sacrificato perché *“non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”* e che *“l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione”*<sup>151</sup>. La donna può, pertanto, effettuare legittimamente, nei limiti, nelle forme e nei termini, un'interruzione volontaria di gravidanza<sup>152</sup>, senza che venga a costituirsi un *“diritto all'aborto”*, come non si può parlare di diritto alla maternità a tutti i costi.

---

<sup>149</sup> Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in Giur. cost.

<sup>150</sup> FATTIBENE, R, IADICICCO, M. P., *L'aborto nella giurisprudenza costituzionale*, <http://www.unibioetica>  
Ultima consultazione 29 Marzo 2024

<sup>151</sup> Nello stesso senso si sono pronunciate le sentenze n. 26 del 1981 e n. 35 del 1997, che hanno ritenuto inammissibili le proposte referendarie volte ad abrogare la legge n. 194/1978. In particolare, la sentenza del 1997 ha precisato che la Costituzione non consente di toccare [...] *“quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quanto non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante”*.

PATRONI GRIFFI, A. *“Rivista AIC - Home.”*

[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf) ,  
Ultima consultazione in data 29 Marzo 2024

<sup>152</sup> Nella dottrina amplissima, per una ricostruzione su interruzione volontaria della gravidanza e Costituzione, v., ad esempio, CHIEFFI, L., *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia – Bruno Mondadori Editori, Torino 2000; VERONESI, L., *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei “casi” e*

Tornando al contrasto tra le due normative, nel nostro ordinamento è possibile richiedere la diagnosi prenatale con conseguente interruzione volontaria di gravidanza, ma non la diagnosi preimpianto precedente alla fecondazione assistita. Il risultato è una possibile irragionevole disparità di trattamento tra le donne che richiedono di poter accedere alla diagnosi preimpianto per timore di un'eventuale trasmissione di una malattia genetica, e le donne che, diversamente, possono avere accesso alla diagnosi prenatale e all'eventuale aborto terapeutico, anche nel caso in cui il feto risulti portatore di malattie genetiche in fase di gravidanza avanzata. La Corte costituzionale, con la pronuncia n. 96 del 2015, ha operato una scelta che riconduce a piena coerenza e unitarietà il sistema congiungendo la legge n. 40 alla legge n. 194. La Consulta ha uniformato i diritti delle coppie fertili affetti da o portatrici di patologie genetiche gravi irreversibili che richiedono di accedere alla PMA a quelli delle coppie che ricorrono all'aborto terapeutico dopo il terzo mese di gravidanza. Viene censurata l'irragionevolezza e l'illogicità della previsione che non consentiva alle coppie di accedere alla PMA e alla diagnosi genetica di preimpianto. La Corte ha affermato che *“il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata. Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo “criterio normativo di gravità” già stabilito dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978.”*<sup>153</sup>.

Un ulteriore punto di contrasto tra le due discipline emerge da quanto enunciato all'articolo 6, comma 3 della legge n. 40/2004, il quale stabilisce l'irrevocabilità del

---

astrattezza della norma, Giuffrè Milano 2007, 97 ss.; FATTIBENE, R., IADICICCO, M.P., Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale, in La nascita. I mille volti di un'idea, a cura di R. PRODO- MO, Giappichelli, Torino 2006, 209 ss.

<sup>153</sup> BALDINI, G., “Fecondazione Assistita E Diagnosi Preimpianto: Il Testo Della Consulta E Un Primo Commento.” *Altalex*, 8 June 2015, [www.altalex.com/documents/news/2015/06/08/fecondazione-assistita-e-diagnosi-preimpianto](http://www.altalex.com/documents/news/2015/06/08/fecondazione-assistita-e-diagnosi-preimpianto) Ultima consultazione in data 30 Marzo 2024

consenso prestato al trattamento di fecondazione assistita, con l'obbligo per la donna di trapianto in utero degli embrioni fecondati affetti da gravi patologie genetiche, ma, in contraddizione, le viene concesso di ricorrere all'aborto conseguentemente. La legge sulla procreazione medicalmente assistita dovrebbe essere interpretata alla luce della legge n. 194/1978, in quanto è stata ritenuta vincolante dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 1997, relativa all'ammissibilità del referendum che puntava a liberalizzare l'aborto, la Corte evidenzia che l'abrogazione andrebbe a travolgere *“disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita”*<sup>154</sup>. Oltre a ciò *“la legge n. 40/2004 fa ripetuti rinvii confermativi, che rivelano l'intento del legislatore del 2004 non già di affermare un nuovo paradigma valoriale (come ben avrebbe potuto fare semplicemente modificando la legge 194/78, salvo poi esporsi a probabili questioni di legittimità), bensì di evitare di disarticolare i contenuti assodati della disciplina dell'aborto terapeutico”*<sup>155</sup>. La Corte costituzionale si è pronunciata per l'inammissibilità del referendum abrogativo dell'intera disciplina della procreazione medicalmente assistita contenuta nella legge n. 40/2004<sup>156</sup>, sulla base della necessità costituzionale di avere una normativa in materia, a garanzia anche del nascituro. Allo stesso modo nella sentenza n. 45/2005 è stato sottolineato che *“si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore... che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa”*<sup>157</sup>. Cotale *“livello minimo di tutela”* si può parafrasare lecitamente alla produzione, all'uso, alla selezione e alla manipolazione dell'embrione, oggetto della normativa<sup>158</sup>.

## 5. LO STATUTO GIURIDICO DEL NASCITURO, IL DIVIETO DI DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ E DELL'ANONIMATO DELLA MADRE

La procreazione medicalmente assistita è da sempre una tematica che lascia spazio a importanti dibattiti, soprattutto in tema di diritto. Una questione etico giuridica di assoluta

---

<sup>154</sup> Corte costituzionale 30 gennaio 1997, n. 35, in Giur. Cost.

<sup>155</sup> VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, cit., p. 295.

<sup>156</sup> I referendum sulla fecondazione assistita, a cura di M. AINIS, Milano 2005

<sup>157</sup> Sentenza n.45/2005, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>158</sup> PATRONI GRIFFI, A., *“Rivista AIC - Home.”*

[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf),

Ultima consultazione in data 29 Marzo 2024

centralità è quella dello status giuridico del nascituro concepito a seguito di un processo di procreazione medicalmente assistita. Davanti ad una realtà nuova e diversa, come quella della fecondazione artificiale, il giurista e il legislatore hanno tentato di adattare il sistema preesistente alle nuove esigenze<sup>159</sup>. La giurisprudenza è intervenuta sul tema allo scopo di adeguare la normativa contenuta nella legge n. 40 ai principi costituzionali.

Oggi al centro dell'idea di "famiglia" ci sono i figli, che, dopo la riforma che introdusse lo stato unico, sono titolari di interessi superiori, generalmente sovraordinati rispetto a quelli degli adulti<sup>160</sup>. L'interesse superiore, a differenza di quanto enunciato dagli articoli 29 e 30 della Costituzione, che considerano come rilevanti gli interessi dell'unità familiare e della famiglia "legittima" e fondata sul matrimonio, è quello del minore, che deve trovare attuazione e tutela indipendentemente dalla modalità della sua nascita. La normativa in tema di filiazione, nel rapporto tra genitori e figli, tutela soprattutto questi ultimi, la loro identità e il loro status; in particolar modo l'interesse del minore nel giudizio di bilanciamento di interessi prevale anche e non solo rispetto al principio del *favor veritatis*. L'evoluzione della società ha superato il monolite dell'unicità del rapporto di coppia arrivando ad una pluralità di rapporti giuridici di coppia e l'unicità dello stato giuridico di figlio. La famiglia contemporanea si fonda su un legame di tipo "verticale" tra genitori e figli, e che prescinde da quello "orizzontale" che lega i due genitori. Il minore concepito è, sempre più, considerato come un soggetto e non più come un "oggetto" di diritti. Il *favor veritatis* secondo la Corte costituzionale deve necessariamente essere bilanciato con il *favor minoris* nell'ottica del *best interest of the child*.

Nella procreazione medicalmente assistita, il rapporto di filiazione trae origine dalla volontà dei due genitori di accedere al trattamento, che si esprime tramite il consenso informato, e da cui consegue una responsabilità inerente al rapporto che si verrà a creare dopo la nascita. Per cui il consenso informato esprime non solo la volontà di e la consapevolezza di introdursi in un percorso procreativo assistito ma anche e soprattutto la volontà di creare e instaurare un rapporto di filiazione con il nascituro.

Il quadro normativo europeo ed internazionale di tutela dei diritti dei minori sottolinea la superiorità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo

---

<sup>159</sup> ALPA, G., *Introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, *Speciali digitali*, 2020, p.7

<sup>160</sup> SESTA, M., *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in questa Rivista, 2021, 763 ss.

riguardano. Tale principio è stato sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989<sup>161</sup>, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e nelle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella riunione dei delegati dei ministri. Inoltre, l'articolo 24 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce il principio secondo il quale *“in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”*. Alla luce degli articoli 8 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, la tutela del *best interest* del minore è destinata a prevalere rispetto al principio della derivazione biologica<sup>162</sup>. L'interesse superiore del minore e la sua tutela sono al centro di tutto il sistema, da un lato ha la funzione di principio guida per il legislatore, dall'altro di clausola generale per il giudice<sup>163</sup>.

L'incertezza medico scientifica circa l'individuazione del momento dell'inizio della vita e quindi il passaggio da ovulo fecondato a embrione e dopo a feto ha fatto sì che in ambito giuridico si finisse per generalizzare parlando di *“concepito”*, includendo tutti i trattamenti giuridici relativi ai giorni successivi al concepimento che viene fatto coincidere con il momento della fecondazione<sup>164</sup>. Effettivamente, neanche il Codice civile fornisce una vera e propria definizione di nascituro. Nonostante l'articolo 1, comma 1, del Codice civile sancisca che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita e la si conserva fino alla morte e che, quindi, non spetti al nascituro ex lege, il concepito è comunque considerato soggetto di diritto in quanto titolare di interessi personali riconosciuti sia dall'ordinamento nazionale che da quello sovranazionale, primo tra tutti il diritto alla vita che è il presupposto di qualsiasi altro diritto ed è da intendere tra i diritti inviolabili sanciti all'articolo 2 della Costituzione. Il legislatore ha attribuito al concepito

---

<sup>161</sup> In forza del cui art. 3, paragrafo 1, in *“tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”*.

<sup>162</sup> ZAGARIA, F., *FECONDAZIONE ETEROLOGA, STATUS FILIATIONIS E DIRITTO DEL FIGLIO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI*, <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Zagaria.pdf> Ultima consultazione in data 18 Marzo 2024

<sup>163</sup> CAGGIANO, I.A., *Genitorialità scomposta ed interesse del minore, alcune considerazioni a margine del superiore interesse del minore*, in *Foro it*, 3, I, p. 1068

<sup>164</sup> VINCI, D., *“I Diritti Del Nascituro.”* *AssistentiSociali.org*, [www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale--diritti-del-nascituro.htm](http://www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale--diritti-del-nascituro.htm) Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024



la dignità di soggetto di diritto, laddove, invece, la capacità giuridica è subordinata, come noto, all'evento della nascita. Inoltre, al comma 2 dello stesso articolo 1 viene sancita la titolarità del concepito di diritti specifici, l'articolo 462, comma 1, c.c., che annovera il "concepito" tra i soggetti capaci di succedere, l'articolo 784 c.c. che riconosce al concepito la capacità di ricevere per donazione beni immobili, mobili e denaro<sup>165</sup>, e l'articolo 254, comma 1 c.c. che sancisce il diritto ad essere riconosciuto. Il concepito è, a tutti gli effetti, considerato un soggetto di diritto e non un "oggetto" di diritti.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita garantisce e tutela i diritti di coloro che vengono concepiti mediante le tecniche di fecondazione artificiale, un soggetto di diritto che acquista la capacità giuridica una volta venuto al mondo. Una prospettiva che accoglie l'orientamento di quanti, fra scienziati, giuristi e filosofi del diritto, sostengono che l'embrione è una persona, ovvero un individuo umano con capacità razionali sin dal momento del suo concepimento. Evidente è l'attenzione che viene posta nei confronti dello stato giuridico del concepito, la disciplina sembrerebbe quasi un pretesto per introdurre nel nostro ordinamento il principio di soggettività giuridica dell'embrione. L'articolo 1, comma 1, della legge n. 40 del 2004 riconosce la posizione di soggetto giuridico al concepito, e ci si è domandati se questa formulazione si possa porre in contrasto con l'articolo 1 c.c. che ricollega la capacità giuridica alla nascita del bambino. Il vero motivo per cui appare impossibile riconoscere la soggettività e, quindi, la titolarità di diritti soggettivi al nascituro è che questo risulterebbe incompatibile con l'assenza di autonomia e con l'immedesimazione ed interdizione del concepito con la madre, in particolar modo perché spesso gli interessi dell'uno e dell'altro possono entrare in conflitto<sup>166</sup>. Il rischio potrebbe essere quello di imporre alla madre, che tiene in grembo il concepito, una serie di divieti e obblighi in nome dell'interesse superiore del nascituro, arrivando anche a privarla della libertà di autodeterminazione.

Importante è comprendere la modalità di attribuzione dello *status filiationis* e quindi l'individuazione della paternità, e se sia differente e alternativa rispetto a quella adottata nella procreazione naturale, in ragione della peculiarità della pratica. La divaricazione tra *status filiationis* e derivazione genetica nella procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in particolare, è un elemento caratteristico da un punto di vista strutturale,

---

<sup>165</sup> DI NELLA, M., *I Diritti Del Nascituro E La "Maternità Perduta."* [www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/](http://www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/) Ultima consultazione in data 18 Marzo 2024

<sup>166</sup> MASTROPIETRO, *Procreazione assistita*, cit., p. 1379 s.

mentre nell'ipotesi del concepimento naturale è un'anomalia, dal momento che stato di figlio e verità genetica coincidono. Il rapporto di filiazione, in questo caso, è ontologicamente privo di fondamento biologico<sup>167</sup>.

I nati a seguito della PMA, secondo quanto sancito dall'articolo 8 della stessa legge<sup>168</sup>, acquisiscono lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di accedere a queste pratiche per realizzare il proprio desiderio di diventare genitori<sup>169</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>170</sup>, la disposizione sembra attribuire anche ai nati da coppie non coniugate ma conviventi lo stato di figli naturali riconosciuti in automatico, senza un atto di riconoscimento, essendo sufficiente il preventivo consenso fornito dai due soggetti alle pratiche di fecondazione artificiale<sup>171</sup>.

Per un'altra parte della dottrina l'articolo 8 ha solo valore "*programmatico*", non essendo automatica l'acquisizione dello status di figlio legittimo o naturale. La volontà espressa dal padre circa l'accesso alle pratiche di fecondazione artificiale potrebbe solo costituire un elemento significativo ai fini dell'accoglimento della domanda di accertamento giudiziale di paternità proposta dal nato, ex articolo 269 c.c., ma sarebbe comunque necessario un riconoscimento da parte del padre ex articolo 250 c.c.<sup>172</sup>.

Logicamente è preferibile accogliere la seconda visione, quella della non automaticità del meccanismo di attribuzione dello status di figlio legittimo o naturale.

Lo status del figlio nato da PMA sarà costituito ed accertato attraverso il meccanismo dell'"*atto di nascita*", all'interno del quale non ci saranno informazioni circa le modalità di concepimento.

Nel caso di coppia coniugata il marito conseguirà la qualità di padre legittimo in forza della presunzione di paternità ex articolo 231 c.c., mentre per quanto riguarda le coppie

---

<sup>167</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>168</sup> Articolo 8 Legge n.40/2004 "1. 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."

<sup>169</sup> "I Diritti Del Nascituro." *AssistentiSociali.org*, [www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale-diritti-del-nascituro.htm](http://www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale-diritti-del-nascituro.htm) Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>170</sup> OPPO, G., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*

<sup>171</sup> CASINI, C., DI PIETRO, M.L., CASINI, M., *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, p. 521 ss., "*L'art. 8, invece, stabilisce un automatismo della filiazione "naturale": non c'è bisogno di un atto di riconoscimento successivo al concepimento; il rapporto di filiazione con i relativi doveri nasce dal consenso alla procreazione medicalmente assistita*"

<sup>172</sup> FINOCCHIARO, M., *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, *op. cit.*, p. 36 ss.

di conviventi il padre sarà accertato attraverso il “*riconoscimento volontario*” o a seguito di accertamento giudiziale.

Legato al tema del riconoscimento di paternità c'è il divieto di disconoscimento di paternità nei casi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, che interviene dopo aver prestato il consenso ex articolo 9 legge n. 40.

Il nostro ordinamento, all'articolo 244 del Codice civile, prevede la possibilità di ottenere un disconoscimento di paternità in presenza di alcuni requisiti di legge, sia nei casi in cui questo sia richiesto dalla madre, che nei casi in cui lo faccia lo stesso padre<sup>173</sup>.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, l'azione di disconoscimento di paternità, in caso di fecondazione eterologa, era ritenuta meritevole di accoglimento, anche nell'ipotesi in cui il padre avesse espresso il proprio consenso al trattamento<sup>174</sup>.

La fattispecie è stata considerata come assoggettabile all'allora vigente articolo 235 c.c., proprio per il fatto che i giudici consideravano come unico elemento in grado di instaurare un rapporto di filiazione la derivazione genetica, e quindi il semplice consenso alla fecondazione non era sufficiente. L'azione di disconoscimento era ritenuta ammissibile perché il consenso alla PMA era considerato assimilabile a quello alla violazione della libertà<sup>175</sup>.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 235 c.c.<sup>176</sup>, ha affermato che la norma disciplinava le ipotesi in cui la gravidanza seguisse ad un rapporto adulterino, in violazione di un dovere di fedeltà tra i coniugi, solo in questo caso il disconoscimento era ammissibile.

---

<sup>173</sup> Articolo 244 c.c. Termini dell'azione di disconoscimento, “*l'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta nel termine di sei mesi dalla nascita del figlio ovvero dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento. Il marito può disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; se prova di aver ignorato la propria impotenza di generare ovvero l'adulterio della moglie al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza.*”

<sup>174</sup> Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in [www.giuri.it](http://www.giuri.it)

<sup>175</sup> ARCERI, A., Art. 1 comma 11, l. 76/2016 in Codice dell'unione civile e delle convivenze a cura di SESTA, M., con il coordinamento di BUGETTI, M.N., Milano, 2017, p. 312 ss

<sup>176</sup> Tribunale Napoli, 2 aprile 1997, in *Dir. fam.*, 1997, p. 1279 ss., con nota di D. DE RUBEIS, *Inseminazione eterologa: consenso del marito, disconoscimento di paternità e tutela del bambino*; in *Giur. it.*, 1998, p. 68 ss., con nota di M. C. DE TOMMASI, *Tendenze attuali in tema sulla definizione di paternità artificiale*; in *Dir. e giur.*, 1997, p. 152 ss., con nota di G. GRASSO, *Prima affermazione di una paternità negata: la fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cc.*; in *Dir e giur.*, 1997, p. 169 ss., con nota di V. RIZZO, *Profili costituzionali della paternità assistita*

In una successiva pronuncia la Consulta<sup>177</sup> ha sancito che al marito, che abbia manifestato il consenso alla fecondazione assistita di tipo eterologo, resterà impedito l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato grazie all'ausilio del seme di un donatore terzo.

L'orientamento giurisprudenziale precedente all'entrata in vigore della legge sulla procreazione medicalmente assistita valorizzava il ruolo del consenso informato e del principio di autoresponsabilità della coppia nei confronti del nascituro<sup>178</sup>.

Anche dopo l'introduzione della disciplina dettata dalla legge n. 40 l'indirizzo della Suprema Corte non è mutato significativamente.

La Corte costituzionale in una recente pronuncia, la n. 127/2020, ha dichiarato incostituzionale la questione di illegittimità costituzionalità della norma del Codice civile sul disconoscimento di paternità per i casi in cui il soggetto che aveva prestato il proprio consenso in precedenza alla fecondazione eterologa avesse avuto in seguito un ripensamento. Tra il principio del *favor veritatis* in senso biologico e l'attribuzione di responsabilità in ordine al consenso prestato per accedere ai trattamenti di fecondazione assistita, il secondo prevale sul primo<sup>179</sup>.

Al punto 3.2 della parte in diritto la Consulta ha affermato che *“nel caso del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il divieto d'impugnare il riconoscimento è riferito a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale. Esso è volto a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento. È per questo stesso motivo che la legge speciale nega – sempre in via d'eccezione – il diritto di anonimato della madre (art. 9, comma 2, della legge n. 40 del 2004). Si tratta, dunque, di eccezioni rispetto al regime generale della filiazione e il carattere derogatorio si accentua nell'ambito di una disciplina che connette effetti giuridicamente rilevanti a tecniche altrimenti espressamente vietate. Né possono essere equiparate la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso, la volontà porta alla nascita una persona*

---

<sup>177</sup> Corte costituzionale, 22 settembre 1998, n. 347, Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, (ECLI:IT:COST:1998:347)

<sup>178</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>179</sup> *La Corte costituzionale Sul Disconoscimento Di Paternità Nei Casi Di PMA Eterologa – Pensare Il Diritto.* [www.pensareildiritto.it/la-corte-costituzionale-sul-disconoscimento-di-paternita-nei-casi-di-pma-eterologa/](http://www.pensareildiritto.it/la-corte-costituzionale-sul-disconoscimento-di-paternita-nei-casi-di-pma-eterologa/) Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

*che altrimenti non sarebbe nata; nel secondo caso, la volontà del dichiarante si esprime rispetto a una persona già nata”<sup>180</sup>.*

La possibilità di un’azione di questo tipo priverebbe il nascituro delle due figure genitoriali, del rapporto affettivo ed assistenziale e della possibilità di conoscere la propria identità. La tutela che merita il diritto del “nuovo nato” ad avere un padre giustifica pertanto la preminenza della verità legale rispetto alla verità biologica<sup>181</sup>, emerge una dimensione diversa del principio del *favor veritatis*, accanto alla genitorialità biologica si fa strada una genitorialità c.d. sociale, una affettiva, una intenzionale ed infine, una legata al tempo durante il quale viene vissuto il legame genitore-figlio. L’imposizione del divieto di disconoscimento di paternità e di anonimato della madre è stata prevista a protezione dei nascituri, sancendo l’impossibilità di tagliare nettamente il vincolo di responsabilità assunto con il consenso prestato per accedere al trattamento di fecondazione artificiale<sup>182</sup>.

Un caso particolare in cui è possibile il disconoscimento di paternità dopo la fecondazione di un ovulo mediante fecondazione eterologa è quello del ricorso a tale pratica da parte della moglie all’insaputa del marito. A tal proposito si è espressa la Corte di Cassazione nella sentenza n. 7965/2017. Il ricorrente, e la Consulta accogliendo la tesi, nella questione, equiparava l’adulterio all’inseminazione svoltasi a sua insaputa, in altre parole assimilava il momento della conoscibilità del tradimento e quello della conoscenza del ricorso alla fecondazione assistita avvenuto senza il suo consenso. La Suprema Corte si era già pronunciata, secondo questa linea di pensiero, con la sentenza n. 11644/2012, affermando che *“in caso di fecondazione assistita eterologa il marito è ammesso a esercitare l’azione di disconoscimento di paternità allorché si accerti che non vi è stato il suo consenso a adottare tale pratica. Il termine annuale di decadenza per esperire l’azione ex art. 244 c.c. decorre dal momento in cui si sia acquisita la certezza del ricorso a tale metodo di procreazione”*.

In sostanza la gravidanza sarebbe il frutto di una scelta autonoma della moglie, e il coniuge non sarebbe stato messo nelle condizioni di sapere di non essere il padre. Di

---

<sup>180</sup> Corte costituzionale, 26 maggio 2020, n.127,

<sup>181</sup>CRESTANI, D., “ISTREVI - Istituto Storico Della Resistenza Di Vicenza.”

[www.istrevi.it](http://www.istrevi.it), [www.istrevi.it/de-jure-condito/fecondazione-artificiale-eterologa-e-disconoscimento-di-paternita](http://www.istrevi.it/de-jure-condito/fecondazione-artificiale-eterologa-e-disconoscimento-di-paternita) Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

<sup>182</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

conseguenza, il ricorrente non sarebbe incorso in alcuna decadenza temporale per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità<sup>183</sup>.

Il diritto alla “*bigenitorialità*” nella legge n. 40/2004 viene assicurato solo al momento della fecondazione dell'ovulo, nulla viene affermato sulla fase della gestazione e della nascita del nascituro, sembrerebbe che al concepito non spetti questo diritto. A questa mancanza provvede la disciplina normativa sull'affidamento condiviso, la legge 8 febbraio 2006, n. 54 “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”<sup>184</sup>.

Nel testo normativo non è prevista alcuna sanzione in capo alla coppia per l'ipotesi di rottura “*anticipata*” del loro rapporto coniugale o di convivenza nell'ottica di garanzia dell'effettiva tutela del diritto alla bigenitorialità del concepito anche dopo la sua nascita. L'articolo 6 della legge disciplina il consenso informato, e sancisce che “*La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo*”, da questo si può evincere che il rapporto di convivenza o di coniugio tra i due soggetti dovrà esistere almeno dal momento in cui il consenso è diventato irrevocabile. Il consenso ha un duplice significato, costituisce consenso al trattamento sanitario, ma costituisce anche un atto di assunzione di responsabilità verso il nato, che acquisisce lo *status* di figlio<sup>185</sup>.

Si può affermare, di conseguenza, che la legge sulla procreazione medicalmente assistita non assicura il diritto del nato alla bigenitorialità nella sua esistenza, ma solo nella fase della fecondazione. Pertanto, si viene a creare un contrasto con il principio dell'articolo 1, comma 2 del Codice civile secondo il quale “*i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento nascita*”<sup>186</sup>. Nella procreazione medicalmente assistita sembra quasi che conti più il concepito del minore nato, in particolar modo in tema di genitorialità.

---

<sup>183</sup> PEZZA, C., “Fecondazione Eterologa, Sì al Disconoscimento Di Paternità Se Il Marito Non Sa Nulla.” *Master Lex*, 2 Apr. 2017, [www.masterlex.it/fecondazione-eterologa-si-al-disconoscimento-paternita-marito-non-sa-nulla/#:~:text=Secondo%20il%20disposto%20dell](http://www.masterlex.it/fecondazione-eterologa-si-al-disconoscimento-paternita-marito-non-sa-nulla/#:~:text=Secondo%20il%20disposto%20dell) Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

<sup>184</sup> Legge 8 febbraio 2006, n. 54 “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, *Gazzetta Ufficiale*, n. 50 del 1° marzo 2006, “Gazzetta Ufficiale.” [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it) , [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/11/11/04A10769/sg) Ultima consultazione in data 2. Marzo 2024

<sup>185</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

<sup>186</sup> LIPARI, N., *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rassegna parlam.*, 2005, p. 357

È lecito chiedersi se il nascituro abbia il diritto di conoscere le proprie origini, soprattutto nel caso in cui sia stato concepito mediante fecondazione eterologa in cui i gameti maschili o femminili provengono da un donatore anonimo esterno alla coppia. Il desiderio di conoscere le proprie origini da parte del nato non coincide con quello di avere un nuovo padre o una nuova madre, ma è la necessità di sapere le proprie origini in modo chiaro, *“sapere da dove si viene, per realizzare una propria storia personale, per elaborare pienamente la propria identità”*<sup>187</sup>. Alcuni sostengono che il nascituro deve conoscere le proprie origini e il modo in cui è venuto al mondo, per poter avere il senso di appartenenza e di familiarità; altri, diversamente, ritengono che sia più importante tutelare l’anonimato nel caso della donazione, soprattutto per la mancanza di un legame apprezzabile tra il nato e il donatore dei gameti<sup>188</sup>. Il bisogno di conoscere le proprie origini per il concepito tramite PMA, come anche nel caso di adozione, è funzionale alla costruzione di sé stesso e costituisce una componente essenziale dell’identità personale. All’articolo 9, comma 3, della legge sulla procreazione medicalmente assistita, è previsto che *“il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”*, nel testo viene omissis il diritto del concepito a conoscere l’identità dei donatori e quindi, di conseguenza, le proprie origini. La Corte costituzionale non è stata in grado di colmare questo vuoto normativo, nelle pronunce relative al tema della donazione dei gameti la Consulta ha solo giustificato il diritto all’anonimato del donatore e la necessità di tutelare il diritto a conoscere la propria identità genetica del nascituro, emersa rispetto alla legge in materia di adozioni. In particolare, la Corte costituzionale nella sentenza n. 278 del 2013 ha sottolineato che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e la propria storia parentale costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo, e il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno degli aspetti della personalità che possono condizionare l’intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale. In questa pronuncia la Consulta aveva collegato il diritto a conoscere le proprie origini all’attribuzione del cognome materno in aggiunta a quello del padre che viene conferito automaticamente al nascituro. Il diritto riconosciuto alla madre di attribuire anche il proprio cognome al figlio esprimeva sia la formazione della storia parentale del

---

<sup>187</sup> D’AVACK, L. *Il diritto alle proprie origini, tra segreto, anonimato e verità, nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 826

<sup>188</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 22 Marzo 2024

figlio sia il suo diritto a vedersi socialmente riconosciuta e legata alla propria progenie<sup>189</sup>. In una pronuncia del 2002, la numero 494, in materia di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità di figli nati da rapporti incestuosi, la Corte ha sottolineato che il nome non assolve solo ad una funzione identificativa dell'individuo, ma anche "evocativa" dell'identità personale<sup>190</sup>. Il riconoscimento del diritto della madre a dare il proprio cognome al figlio consente di far emergere due aspetti del diritto a conoscere le proprie origini: il diritto al riconoscimento della doppia ascendenza, paterna e materna, e il diritto a conoscere la propria storia biologica<sup>191</sup>. Questo trova conferma nello stesso articolo 2 Cost. che tutela l'individualità e la partecipazione alla collettività, con il riconoscimento dei diritti individuali in una dimensione non solo personale, ma sociale e relazionale<sup>192</sup>. Di conseguenza, alla madre che accede alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può essere riconosciuto il diritto di non essere nominata, come sancito all'articolo 30, comma 1 del D.P.R. 30 novembre 2000 n. 396. L'intenzione di instaurare un rapporto di filiazione con il nascituro e di assumersene le responsabilità, a differenza del donatore, fa acquisire alla madre e al partner che consente alla PMA di acquisire una relazione giuridica parentale con il nato<sup>193</sup>. Nonostante non esista una normativa ad hoc che tuteli il diritto del concepito a conoscere le proprie origini, la Corte Costituzionale si è quindi trovata in obbligo ad intervenire alla luce delle normative adottate negli altri paesi e delle convenzioni comunitarie e internazionali, basti pensare alla *Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli*, ratificata con la legge n.176/2001 e la *Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale*, ratificata con la legge n.476/1998<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> DE SANTIS, V. "DIRITTO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI COME ASPETTO DELLA RELAZIONE MATERNA. ADOZIONE, PMA ETEROLOGA E COGNOME MATERNO", <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/03/De-santis.pdf> Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>190</sup> VIVIANI, A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 16-17.

<sup>191</sup> CARLOTTO, I., *Figli di un Dio minore? Il diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutela*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2014, p. 69

<sup>192</sup> DE SANTIS, V. *op.cit.* Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>193</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.*, Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>194</sup> TARRICONE, R., "PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: NORMATIVA E DIRITTI DEL CONCEPITO." *Diritto al Punto*, 28 Apr. 2021, [www.dirittoalpunto.com/post/procreazione-medicalmente-assistita-normativa-e-diritti-del-concepito#:~:text=Ebbene%20s](http://www.dirittoalpunto.com/post/procreazione-medicalmente-assistita-normativa-e-diritti-del-concepito#:~:text=Ebbene%20s) Ultima consultazione in data 18 Marzo 2024



Con l'abolizione del divieto di fecondazione eterologa dall'articolo 4, comma 3 legge n. 40/2004 ad opera della Corte costituzionale<sup>195</sup>, emerse la necessità di disciplinare la donazione di cellule riproduttive da parte dei donatori terzi, soprattutto perché la fattispecie della fecondazione eterologa è sensibilmente differente da quella omologa, in particolar modo per gli interessi che vengono in gioco. Il D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131 ha dettato una disciplina specifica in tema di donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner ma non ha affrontato la questione del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini<sup>196</sup>.

Il caso della procreazione eterologa è una situazione particolare perché non vi è la corrispondenza tra genitore sociale e genitore biologico, essendo una pratica che prevede la donazione di gameti maschili o femminili da parte di un soggetto anonimato esterno alla coppia. Il concepito tramite questo percorso ha l'interesse a conoscere l'identità del genitore biologico, ma, diversamente da quanto previsto nella disciplina in tema l'adozione, la legge n. 40/2004 non contempla l'obbligo per i genitori decisionali di portare a conoscenza il figlio delle modalità in cui è stato messo al mondo. Questo vuoto normativo può comportare notevoli problemi nei casi di richieste giudiziarie circa l'identità del donatore, altresì è necessario ricordare che l'articolo 30, comma 3 Cost., sottolinea che il diritto a ricercare la paternità e la maternità biologiche può essere limitato con lo scopo di tutelare il "nucleo familiare", ma non può in nessun caso essere eliminato<sup>197</sup>. Il principio è quello del *favor veritatis*, se questo coincide con l'interesse superiore del minore<sup>198</sup>, ribadito anche nelle sentenze n. 272/2017 della Corte costituzionale nella quale consente al legislatore ordinario di privilegiare, nel rispetto dei principi costituzionali, la paternità legale rispetto a quella naturale, valutando la soluzione "più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio"<sup>199</sup>.

Il problema della tutela del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini si poneva anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 che disciplina la PMA. La

---

<sup>195</sup> Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n.162, (ECLI:IT:COST:2014:162)

<sup>196</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 18 Marzo 2024

<sup>197</sup> NICOLUSSI, A., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2012, p. 8

<sup>198</sup> LAMAEQUE, E., *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 632-633 e p. 636-637; ID., *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 370-371; I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 796

<sup>199</sup> Corte costituzionale 22 novembre 2017, n. 272, in *Giuri. Cost.*, (ECLI:IT:COST:2017:272), punto n. 4.1.7 del Considerato in diritto. In tal senso si veda inoltre: Cass. civile, sez. I, 3.4. 2017, n. 8617; Cass. civile, sez. I, 22.12.2016, n. 26767; Cass. civile, sez. I, 30.5.2013, n. 13638,

Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, all'articolo 7 prevede che *“Le bambine e i bambini devono essere registrati immediatamente dopo la nascita e, a partire da essa, hanno diritto ad un nome, ad acquisire una nazionalità e, nella misura del possibile, a conoscere i propri genitori e ad essere accuditi da essi”*. Altresì, il Rapporto sulla fecondazione artificiale Umana del 1989, riconoscendo il principio dell'anonimato del donatore di gameti al fine di favorire la crescita del nato da PMA nella famiglia che prestato il consenso al trattamento, prevedeva il diritto del minore di essere informato circa le modalità di concepimento e le caratteristiche genetiche del donatore, per la salute propria o dei propri discendenti. In aggiunta, il Libro Bianco elaborato dal Comitato esperti di diritto di famiglia del Consiglio di Europa<sup>200</sup> stabilisce che al bambino dovrebbe essere possibile acquisire informazioni circa i suoi genitori biologici. Con riferimento a ciò, il Comitato Nazionale della Bioetica ha stabilito che, all'esito di un bilanciamento degli interessi che rilevano e nel rispetto del *best interest of the child*, i genitori non nascondano al nato da PMA le proprie origini.

Logicamente, è poco probabile che il concepito tramite fecondazione eterologa non venga mai. Conoscenza delle modalità di concepimento, la scoperta di un elemento così significativo potrebbe compromettere lo sviluppo della personalità del nato e le relazioni familiari.

Alla luce di questo risulta difficile negare ai nati da fecondazione eterologa il diritto a conoscere il proprio percorso procreativo, l'identità dei propri genitori biologici, i dati genetici e clinici dei donatori di gameti. Viene considerato un diritto fondamentale del figlio sia per motivi medici sia psicologici, ritenuti meritevoli di maggior tutela rispetto all'interesse che i genitori hanno nel tenere nascosta la modalità di concepimento e al diritto di anonimato del donatore<sup>201</sup>. Non si può, quindi, negare o escludere l'esistenza di un interesse a conoscere le proprie origini ai nati da PMA eterologa<sup>202</sup>. Ma occorre pertanto chiedersi se il mancato riconoscimento di questo diritto, a favore del diritto all'anonimato del donatore, sia giustificabile<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Committee of experts on family law, White paper on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage, 2001 <http://www.legal.coe.int/family> Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>201</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.* Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>202</sup> NICOLUSSI, A., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2012, p. 8

<sup>203</sup> ZAGARIA, F., *op.cit.*, Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

Riconosciuto il diritto al nato a conoscere le proprie origini, il problema che sorge conseguentemente è quello relativo ai dati del donatore ai quali può avere accesso il minore.

L'iter per conoscere l'identità del donatore necessita l'accesso ai dati sanitari per cui è sufficiente la riconducibilità del materiale genetico del nato alla persona del donatore, tramite la banca dati sanitaria. L'anonimato del donatore è un punto fondamentale per la donazione dei gameti nella procreazione medicalmente assistita; tuttavia, per tutelare l'interesse del nascituro a conoscere le proprie origini il legislatore potrebbe imporre ai centri di conservare alcuni dati del donatore che consentano di ricostruire aspetti della sua personalità. La legge di stabilità del 2015 ha istituito presso l'Istituto superiore di Sanità il registro dei donatori di gameti per la PMA eterologa<sup>204</sup>. Con lo scopo di garantire la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa, è istituito presso il Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema informativo trapianti, un Registro nazionale di donatori di cellule riproduttive a scopi di PMA eterologa in cui sono registrati i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. Le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive sono tenute a comunicare i dati anagrafici dei donatori con modalità volte a garantire l'anonimato dei medesimi. La disciplina adottata nell'urgenza di consentire l'accesso alla PMA eterologa, a seguito della declaratoria di incostituzionalità del 2014, ribadisce il principio dell'anonimato del donatore. La disciplina regionale e statale esclude il diritto del figlio nato con PMA eterologa a conoscere le proprie origini biologiche. Non esiste alcun diritto espresso dalla legge in materia di adozione a conoscere le proprie origini biologiche, oppure, ad avere almeno accesso ad alcuni dati riguardanti il donatore<sup>205</sup>. Inoltre, la mancanza di una disciplina che stabilisca come e a quali informazioni il nato possa accedere ha come conseguenza che, già oggi, migliaia di nati da PMA non possano accedere all'identità e/o ad alcune informazioni sulla persona del donatore che non siano quelle strettamente sanitarie<sup>206</sup>. Nella situazione in cui il concepito non dovesse venire alla luce per diverse ragioni possono sorgere problematiche etico giuridiche.

---

<sup>204</sup> DE SANTIS, V. *op.cit.* Ultima consultazione in data 19 Marzo 2024

<sup>205</sup> IANNICELLI, M. A., *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 73 e ss

<sup>206</sup> ROSANI, D., *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, cit., p. 213-214

La Cassazione con un'ordinanza, la n. 22859 del 20 ottobre 2020, ha sancito che la morte di un feto non può e non deve essere paragonata alla morte di un figlio già nato, in linea con la pronuncia n. 12717 del 2015 nella quale la Corte ha confermato il diritto al risarcimento del danno per la *“perdita del potenziale rapporto parentale con il nascituro”* alla coppia che, a causa di un errore medico, abbia perso il diritto ad essere genitori. Con quest'ultima decisione la Corte di Cassazione ha superato il riconoscimento del solo danno fisico sancito dalla precedente giurisprudenza, riconoscendo il danno derivante dal mancato rapporto affettivo *“che avrebbe certamente potuto instaurarsi, nella misura massima del rapporto genitore-figlio, ma che è mancata per effetto del decesso anteriore alla nascita”*<sup>207</sup>.

#### 6. IL SISTEMA SANZIONATORIO DELLA LEGGE N. 40/2004

La legge n. 40/2004 recante *“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”* contiene una serie di limiti e divieti, imposti alle scelte dei singoli individui e all'agire di operatori sanitari o biologici. Il legislatore, nella stesura della disciplina, si è occupato di operare un bilanciamento di interessi in gioco, come le aspettative dei soggetti che decidono di iniziare un percorso di fecondazione assistita e l'esigenza di tutela che deve essere garantita al concepito, lasciando le scelte in tema di PMA integralmente ai medici e, conseguentemente, ai giudici. La legge riconosce alla PMA il compito di *“favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”*, e si occupa di stabilire quali siano i requisiti e le modalità di accesso ai trattamenti di fecondazione artificiale. Per quanto riguarda gli illeciti penali e amministrativi, previsti dal testo normativo, non risultano essere di significativa gravità, sulla base delle rispettive pene edittali. Si tratta, nella realtà dei fatti, di limiti e divieti che sempre di più portano le coppie che richiedono di accedere alle pratiche di PMA a recarsi all'estero per sottoporsi al trattamento.

Una questione in cui è emerso un problema di liceità è quella dalla diagnosi preimpianto sull'embrione in vitro, questione che non è stata risolta nella legge. È una pratica che permette di conoscere anticipatamente la presenza di alcune malattie gravi nell'embrione e quindi garantisce alla donna la possibilità di rinunciare al trasferimento dell'embrione nell'utero. La legge sulla PMA limita l'accesso alle pratiche di fecondazione artificiale

---

<sup>207</sup> DI NELLA, M., *I Diritti Del Nascituro E La “Maternità Perduta.”* [www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/](http://www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/) Ultima consultazione in data 18 Marzo 2024

alle sole coppie sterili e infertili, precludendo la possibilità alle coppie sterili ma portatrici di o affette da malattie genetiche gravi di sottoporsi ai trattamenti. Ciononostante, non è prevista alcuna sanzione in capo al medico che decida di praticare la PMA a favore di coppie fertili, la sanzione pecuniaria amministrativa prevista all'articolo 12, comma 2, è comminata solo nei casi in cui il medico applichi le tecniche di fecondazione assistita in assenza dei requisiti dettati dalla legge, quindi quando i componenti della coppia richiedente non siano entrambi viventi, uno dei due sia minorenni, oppure siano dello stesso sesso o non coniugati ne conviventi. Essendoci un vuoto normativo circa la diagnosi preimpianto, la dottrina è sempre stata d'accordo nel considerare come esclusa questa pratica dal processo della PMA. Una soluzione a questa lacuna è quella di considerare l'indagine genetica preimpianto come una *“ricerca clinica e/o sperimentale su embrioni”*, permessa nei soli casi in cui persegua in via esclusiva finalità di tutela e sviluppo di quel singolo embrione (articolo 13, comma 2). Una tesi che è confermata dal divieto di sperimentazione su embrioni sancito all'articolo 13, comma 1, e dal divieto di selezione a scopo eugenetico previsto allo stesso articolo 13, comma 3 lettera b. Il divieto della diagnosi preimpianto era anche previsto dalle *“Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”*, nelle quali si affermava che *“ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovesse essere di tipo osservazionale”*. Fermo il divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, la legge n. 40/2004 consente la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione, mentre le Linee Guida riducono tale possibilità alla sola *“osservazione”*. Con l'aggiornamento delle Linee Guida del 2008 è stata eliminata la disposizione in base alla quale le indagini sull'embrione dovessero essere solo di tipo osservazionale, permettendo quindi le indagini genetiche preimpianto.

Un ulteriore profilo di notevole importanza della legge riguarda il divieto di produrre un numero superiore di tre embrioni per ogni ciclo di PMA, come anche l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni fecondati per come declinato all'articolo 14, comma 2 della stessa legge. Il risultato di una tale disciplina è che un trapianto di più embrioni comporta per le donne giovani il rischio di gravidanze plurime mentre per le donne dai quarant'anni in su che le probabilità di successo dei trattamenti siano molto basse. Inoltre, in caso di fallimento del primo ciclo la legge italiana prevede che l'iter ricominci dall'inizio, con una nuova stimolazione ormonale. Una disciplina che si scontra

spesso con alcuni principi costituzionali, in prima battuta con il diritto costituzionale alla salute ex articolo 32 Cost.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita prevede sanzioni amministrative, pecuniarie o interdittive, e sanzioni penali, detentive, pecuniaria e interdittive.

All'articolo 12, comma 1, è previsto che per il caso di fecondazione eterologa l'utilizzo di gameti da parte di donatori esterni alla coppia è punito con una sanzione pecuniaria amministrativa da 300.000 a 600.000 euro. Ai commi successivi vengono punite la commercializzazione di gameti o di embrioni e la surrogazione di maternità con la multa da 600.000 a 1 milione di euro, la violazione del trapianto contemporaneamente di tutti gli embrioni o il congelamento comporta come pena la reclusione fino a 3 anni, la sperimentazione sugli embrioni è punita con la reclusione da 2 a 6 anni, che diventano da 10 a 20 nei casi di clonazione. L'articolo 14 vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, punite con la reclusione fino a 3 anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

Oltre a questi casi sono previste sanzioni anche per le pratiche che prevedono l'utilizzo di gameti di un soggetto deceduto o di un soggetto minorenne, la PMA praticata a coppie di persone dello stesso sesso, ovvero non coniugate né conviventi, oppure ancora se non è stato raccolto il consenso degli interessati nelle forme di legge, o, infine, se il trattamento viene somministrato in strutture non autorizzate.

Si tratta di sanzioni che hanno come unico destinatario il medico che pratica il trattamento di fecondazione artificiale. Non si rivolgono, invece, ai soggetti/pazienti che prestano consenso per accedere al percorso procreativo. Il medico viene sottoposto, da parte dell'ordinamento italiano, ad un trattamento sanzionatorio squilibrato, spesso in netta contrapposizione con diversi principi costituzionali, quali, il principio alla rieducazione, fino ad indirizzarlo alla morte civile, in alcuni casi di illecito. Nonostante ciò, nella giurisprudenza penale questa è quasi assente. Si potrebbe parlare di un esempio di legislazione penale simbolica, nel senso di una legge che ha come obiettivo principale quello di trasmettere dei messaggi morali più che di punire.

In questo contesto, il rapporto medico-paziente è uno dei rapporti più empaticamente complessi da instaurare, l'incapacità o la difficoltà riproduttiva è spesso un fattore limitante del rapporto terapeutico e può essere una causa di sfiducia nei confronti del

medico curante. Gli obblighi informativi e la complessità della disciplina potrebbero esporre il sanitario a responsabilità nei confronti della coppia<sup>208</sup>.

Il medico svolge un ruolo di particolare rilievo anche nel caso del fenomeno “*migratorio*”, ossia quando le coppie decidono di recarsi all'estero per sottoporsi ai trattamenti di fecondazione assistita, sia che essi siano consentiti sia che non lo siano in Italia. Può incorrere in responsabilità penale nell'ipotesi in cui sia lui stesso a consigliare alla coppia richiedente di rivolgersi a un centro estero per sottoporsi a pratiche vietate dalla legge n.40. In un caso di questo tipo si tratterà di un concorso morale, ex articolo 110 Codice penale, del medico italiano in un reato avente come autore il medico della struttura estera dove viene svolta la fecondazione. La legge penale italiana sarebbe comunque applicabile perché parte del reato è stato commesso nel territorio dello Stato italiano da un soggetto italiano. Ovviamente, a norma dell'articolo 115 c.p., la responsabilità del medico italiano sorgerà solo se la coppia effettivamente si sia rivolta al centro estero e se abbia avuto accesso al trattamento vietato dalla normativa italiana. Visto l'articolo 12, comma 6, della legge sulla PMA che vieta di pubblicizzare la commercializzazione di gameti o di embrioni ovvero la surrogazione di maternità, alcuni hanno sostenuto che “*l'indicazione di recarsi all'estero anche quando tale indicazione non viene seguita da accettazione del consiglio, integra comunque il reato de quo*”. In realtà, il termine “*pubblicizzare*” è sinonimo di “*divulgare*” e non è assimilabile alla comunicazione riservata tra medico e pazienti. La disciplina dettata all'articolo 12 è limitata e si riferisce principalmente ai casi in cui ci sia una cessione a pagamento di gameti o embrioni. Si potrà poi verificare la situazione in cui il medico italiano, dopo aver consigliato ai pazienti di recarsi all'estero per sottoporsi ad una pratica di fecondazione assistita vietata in Italia, sia lui stesso a praticarla in quel centro estero. Anche in questa circostanza sarà applicabile la legge italiana perché il reato è stato commesso nel territorio dello Stato. Ci possono essere delle ipotesi in cui non sorge alcuna responsabilità del medico italiano. I casi di trapianto di uno o più embrioni prodotti all'estero e successivamente importati in Italia non dovrebbe generare responsabilità, penale o amministrativa, in capo al medico italiano che effettua la pratica. Non commetterebbe l'illecito amministrativo di cui all'articolo 12, comma 1, della legge n. 40, ossia l'utilizzo

---

<sup>208</sup> BASSAN, E., *Il Consenso Informato in Procreazione Medicalmente Assistita (Parte I): Contenuti E Criticità* – ELENA BASSAN – AVVOCATO. 24 Mar. 2021, [www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/](http://www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/) Ultima consultazione in data 14 Marzo 2024

a fini procreativi di gameti donati da soggetti terzi rispetto alla coppia è stato realizzato e si è esaurito all'estero, da parte di medici non italiani. Diversamente, se il medico decidesse di sopprimere o crioconservare gli embrioni importati commetterebbe il delitto di cui all'articolo 14, comma 1 e 6.

Non si genera alcuna responsabilità anche per il medico italiano che, svolgendo la professione in un centro di PMA, pratici un trattamento di fecondazione assistita vietato in Italia, ma lecito nel Paese estero. Se la legge italiana prevede quel fatto come delitto punibile con una pena detentiva il medico non sarà punibile secondo la legge italiana. Essendo un delitto commesso all'estero l'applicabilità della legge dello Stato italiano è subordinata, insieme ai requisiti dell'articolo 9 c.p., al requisito della doppia incriminazione. I Lavori preparatori del Codice penale italiano prevedevano che per applicare la legge penale italiana ad un delitto commesso all'estero il fatto dovesse costituire reato anche per la legge in cui questo è stato commesso.

Alla luce di queste riflessioni la legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita non ha l'obiettivo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, come enunciato all'articolo 1 della stessa legge, ma è una disciplina a tutela dell'embrione e di lotta contro la procreazione assistita nella sua pienezza<sup>209</sup>.

#### 7. LA SENTENZA COSTA E PAVAN CONTRO ITALIA, IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI NECESSARIA INFERTILITÀ PER L'ACCESSO ALLE TECNICHE DI PMA E IL RICONOSCIMENTO DELLA LEGITTIMITÀ DI ACCESSO ALLA DIAGNOSI GENETICA PREIMPIANTO PER LE COPPIE STERILI E INFERTILI

Uno dei principali problemi riscontrati in sede applicativa della legge n. 40 era rappresentato dalla possibilità o meno, per le coppie alle quali la legge consentiva l'accesso alle partiche di PMA, di richiedere la diagnosi preimpianto sugli embrioni fecondati *in vitro*, un accertamento che, attraverso il prelievo di una o più cellule embrionali prima del trapianto in utero, permette di accertare se lo stesso embrione risulta essere affetto da o portatore di una malattia genetica grave. Tale questione emerse

---

<sup>209</sup> *Relazione Sulla PMA, Legge 40 Del 2004*,  
<https://www.fondazioneforensfirenze.it/uploads/fff/files/2011/2011-2/2011.09.30%20Procreaz.%20med.%20assistita/Materiale/Relazione%20sulla%20PMA%20L.40-2004%20Avv.%20Maresca.pdf> Ultima consultazione in data 30 Marzo 2024



soprattutto al fine di soddisfare l'esigenza, da parte dei soggetti richiedenti portatori sani di malattie, di selezionare solo gli embrioni sani per l'impianto, crioconservando o sopprimendo quelli malati.

La diagnosi preimpianto era considerata lecita nell'ordinamento italiano, e altresì praticata, sino all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. I dubbi circa la liceità di detta pratica emersero a seguito dell'entrata in vigore della disciplina, la quale sembrava consentire entrambe le interpretazioni difettando di una disposizione che facesse espresso riferimento alla diagnosi preimpianto. Sul problema intervennero le *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, adottate dal Ministro della salute con decreto del 21 luglio 2004, ai sensi dell'art. 7, comma 1, della legge n. 40 del 2004, le quali, proprio con riguardo alla sezione intitolata «*Misure di tutela dell'embrione*» – e con specifico riferimento alla «*Sperimentazione sugli embrioni umani (articolo 13, Legge n. 40 del 2004)*» –, innanzitutto proibivano «*ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica*», e successivamente stabilivano che «*Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni prodotti in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge n. 40 del 2004, dovrà essere di tipo osservazionale*». Simile limitazione alle indagini preimpianto, consentite solo «*di tipo osservazionale*», sembrava, quindi, porre un divieto di effettuare sull'embrione quelle analisi, di tipo invece invasivo, necessarie al fine di diagnosticare le malattie genetiche di cui esso poteva essere portatore.

Le prime pronunce giurisprudenziali<sup>210</sup> si orientarono verso una negazione della possibilità per le coppie richiedenti di accedere alla diagnosi preimpianto e per i medici di praticarla.

La Corte costituzionale venne investita della questione dal Tribunale di Cagliari che, con l'ordinanza di rimessione 16 luglio 2005, ritenne rilevanti e non manifestamente infondate, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., le questioni di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Ord. Trib. Catania, 3 maggio 2004, in Foro it., 2004, I, 3498, nonché TAR Lazio, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452, e TAR Lazio, sez. III, 23 maggio 2005, n. 4047

<sup>211</sup> Ordinanza 16 luglio 2005, in Nuova giur. civ. comm., 2006, I, 613. Nel procedimento principale, una coppia di coniugi, entrambi portatori sani di beta-talassemia, che era stata ammessa alla procedura di PMA, aveva chiesto al primario dell'Ospedale regionale per le microcitemie la diagnosi preimpianto sull'embrione già formato, rifiutandone l'impianto sino a che tale diagnosi non fosse stata effettuata (l'embrione era stato, perciò, sottoposto a crioconservazione). A fronte del rifiuto del medico – opposto

Le questioni vennero dichiarate manifestamente inammissibili dalla stessa Corte con l'ordinanza n. 369 del 2006. Successivamente il Tribunale di Cagliari<sup>212</sup> stabilì l'ammissibilità della diagnosi preimpianto sulla base di un'interpretazione conforme alla Costituzione, disapplicando le Linee Guida ministeriali del 2004, anche in contrasto con l'articolo 12 della convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e della biomedicina (Convenzione di Oviedo), qualificandole come norma di rango inferiore rispetto alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui introducevano il divieto di diagnosi preimpianto prevedendo la sola indagine osservazionale. Lo stesso anno anche il Tribunale di Firenze è giunto a conclusioni analoghe, prevedendo anche la possibilità di crioconservare gli embrioni fecondati soprannumerari. Alla luce di queste pronunce il TAR per il Lazio il 21 gennaio 2008, con l'ordinanza n. 298, si pronunciò circa l'annullamento delle Linee Guida del 2004 nella parte in cui permetteva solo le indagini embrionali preimpianti di tipo osservazionale, sul presupposto che tale previsione si sarebbe dovuta considerare illegittima perché, mentre l'articolo 13 della legge n. 40 consentiva interventi diagnostici sull'embrione volti alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso, il regolamento ministeriale li aveva inammissibilmente limitati alla sola osservazione. Le nuove Linee Guida, approvate con Decreto ministeriale della Sanità l'11 aprile 2008, hanno eliminato la previsione relativa alla necessità che le indagini preimpianto degli embrioni fecondati *in vitro* dovessero essere solo di tipo osservazionale, permettendo anche quelle sulla salute delle cellule embrionali con lo scopo di selezionare e impiantare solo il materiale genetico sano. Con alcune successive pronunce di giudici di merito<sup>213</sup> venne ravvisata la legittimità della diagnosi preimpianto finalizzata ad evitare trapianti di embrioni malati o affetti da malattie genetiche rare, nell'ottica di una piena compatibilità con i valori e i principi costituzionali.

---

sulla base dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004 – i coniugi aveva chiesto, in via cautelare, che fosse dichiarato il loro diritto a ottenere la diagnosi e adottato un decreto che ordinasse al medico di procedervi. Ad avviso del rimettente, la disposizione censurata avrebbe violato il diritto alla salute sia della donna sia dello stesso embrione – in quanto «probabilmente condannato a subire, nel tempo, danni biologici (...) [laddove] il rischio di inutilizzabilità a causa della diagnosi preimpianto si aggirerebbe statisticamente attorno all'uno per cento» – nonché l'art. 3 Cost., in ragione dell'ingiustificato diverso trattamento riservato ai genitori nel corso della gravidanza e nel corso del procedimento di PMA, atteso che ai primi è consentita la diagnosi prenatale.

<sup>212</sup> In Corr. giur., 2008, 3, 383, con nota di Ferrando, G., *Il Tribunale di Cagliari dice sì alle diagnosi preimpianto*

<sup>213</sup> Ord. Tribunale Bologna 29 giugno 2009; ord. Trib. Salerno 9 gennaio 2010; ord. Trib. Cagliari 9 novembre 2012

Ad avvalorare queste decisioni c'è stata la sentenza 28 agosto 2012, sul caso Costa e Pavan c. Italia, con cui la seconda Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dichiarato all'unanimità che il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili dalla legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita contrasta con l'articolo 8<sup>214</sup> della CEDU in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare, ma non dell'articolo 14<sup>215</sup> sul divieto di discriminazione. La Corte ha affermato l'incoerenza sistematica del divieto imposto dalla legge n. 40, in particolare alla luce della possibilità di avere in un momento successivo accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, ai sensi della legge n. 194/1978. Nel caso di specie i ricorrenti, i coniugi italiani Costa e Pavan, nel 2006 avevano, a seguito della nascita della loro primogenita, scoperto di essere entrambi portatori sani della malattia ereditaria della fibrosi cistica (mucoviscidosi), grave malattia trasmessa con la gravidanza alla figlia. Nel 2010 la signora Costa, rimasta incinta per la seconda volta, sottoponendosi alla diagnosi prenatale scoprì che il feto era affetto dalla stessa malattia, decise quindi, in accordo con il marito, di ricorrere all'aborto terapeutico. Desiderosi di avere un altro figlio, i coniugi scelsero di richiedere l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto degli embrioni. Quest'ultima avrebbe permesso la selezione e il trapianto nell'utero materno dei soli embrioni sani, non affetti dalla fibrosi cistica. Le volontà della coppia non erano realizzabili perché la legge italiana sulla PMA (L. 40/2004) non permetteva alle coppie affette da o portatrici di malattie genetiche rare, come non lo permette tuttora, di accedere alla procreazione medicalmente assistita. I ricorrenti si rivolsero alla Corte di Strasburgo sostenendo che lo stato italiano limitava le scelte di vita della coppia, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione, e la disparità di trattamento in materia di accesso alle tecniche di PMA, in violazione dell'articolo 14 della CEDU. Tutto questo alla luce del fatto che le procedure di procreazione medicalmente assistita costituivano l'unica

---

<sup>214</sup> Articolo 8 CEDU, Diritto al rispetto della vita privata e familiare “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

<sup>215</sup> Articolo 14 CEDU, Divieto di discriminazione “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.”

soluzione sicura a disposizione della coppia per concepire un bambino sano, non affetto da fibrosi cistica. Il divieto di accesso imposto dalla legge italiana li obbligava a scelta dolorosa, o a rinunciare ad un secondogenito oppure ad affrontare una gravidanza rischiosa con la possibile conseguenza di un'interruzione volontaria di gravidanza nell'eventualità in cui feto risultasse malato. Il governo aveva eccepito che i ricorrenti invocassero una specie di "*diritto ad avere un figlio sano*", non contemplato però nella Convenzione. La proibizione vigente nella legge italiana non può essere considerata alla stregua di un'ingerenza nella vita privata e familiare, considerato che rappresenta una misura a garanzia della protezione di diritti altrui e la morale, quindi in piena conformità con l'articolo 8 CEDU. La Corte di Strasburgo aveva ribattuto sostenendo che non fosse pertinente invocare un "*diritto ad avere un figlio sano*" nel caso di specie, in particolar modo perché il ricorso alla diagnosi preimpianto sarebbe servita per accertare la sussistenza di una malattia genetica rara di cui entrambi i genitori erano portatori sani. Era necessario comprendere se la legge sulla PMA, nella parte in cui proibiva l'accesso alla diagnosi preimpianto, presentasse il carattere della necessità al fine di tutelare gli scopi perseguiti.

La Consulta sottolinea, in seguito, che i ricorrenti non abbiano contestato la proibizione della legge n. 40 in sé per sé in quanto contrastante con l'articolo 8 della Convenzione, ma perché sproporzionata se messa in relazione alla disciplina italiana dell'interruzione volontaria di gravidanza che permette la diagnosi prenatale e l'aborto terapeutico nel caso in cui il feto concepito naturalmente risulti affetto da malattie come la fibrosi cistica. La Corte ha ravvisato una contraddizione nel sistema giuridico italiano, nel caso di genitori portatori sani di una malattia genetica rara non si comprende come la tutela del nascituro si concili con il diritto ad abortire ma non con l'indagine preimpianto, giacché l'interruzione volontaria di gravidanza ha conseguenze più gravi sia per la madre sia per il concepito rispetto alla selezione embrionale. Se lo scopo della legge 40/2004 era quello della tutela del nascituro, la misura proibitiva non risulta essere funzionale al suo raggiungimento. Nella circostanza presa in considerazione la misura non essendo funzionale allo scopo, non può essere ritenuta proporzionata e necessaria alla protezione dei diritti altrui. È stato la mancanza del requisito della necessità a far sì che la Corte concludesse che la proibizione del ricorso alle tecniche di PMA e all'indagine preimpianto alle coppie fertili ma affette da o portatrici di malattie genetiche costituisce un'ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare dei singoli, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

I ricorrenti, inoltre, avevano lamentato di aver subito una discriminazione di trattamento rispetto alle coppie nelle quali il partner maschile sia affetto da malattie sessualmente trasmissibili, per le quali è permesso accedere alla PMA secondo la legge italiana.

Il governo sosteneva che la legge aveva l'obiettivo di tutelare la donna e il nascituro dal contagio della malattia sessualmente trasmissibile, precisamente le tecniche di PMA consentono di purificare il materiale genetico maschile dalle componenti infetti prima della fecondazione e del trapianto dell'ovulo, una pratica che non intacca l'integrità dell'embrione e che risulta essere meno invasiva della diagnosi preimpianto.

La Corte sul punto sottolinea che si può parlare di discriminazioni quando situazioni analoghe sono trattate in maniera differente, o quando situazioni differenti sono trattate in egual modo. Le tecniche utilizzate nei casi di malattie sessualmente trasmissibili per evitare il contagio sono diverse rispetto a quelle a cui si ricorre per evitare la trasmissione delle malattie ereditarie, non comportando il sacrificio dell'embrione. Per la Consulta le situazioni risultano essere differenti e quindi non è ravvisabile alcun tipo di discriminazione in considerazione del differente trattamento. Per tale ragione, la Corte ha dichiarato che non vi è stata alcuna discriminazione dell'articolo 14 della Convenzione.

Alla luce di tutte le considerazioni, la Corte ha liquidato in favore dei ricorrenti la somma di 15000 euro a titolo di equa soddisfazione per il danno morale sofferto e 2500 euro per le spese processuali<sup>216</sup>.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 settembre 2013, sul presupposto che alla decisione della CEDU potesse essere data immediata esecuzione senza sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'articolo 4 della legge 40/2004, pronunciandosi sul ricorso formulato dai coniugi Costa-Pavan, lo aveva accolto riconoscendo il diritto della coppia di sottoporsi alle pratiche di PMA e al trasferimento nell'utero della donna dei soli embrioni fecondati che risultassero sani o portatori sani della patologia di cui erano affette le parti mediante le tecniche medico scientifiche e con crioconservazione del materiale genetico malato, previo esame clinico e diagnostico degli stessi embrioni fecondati *in vitro*.

---

<sup>216</sup>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, Strasburgo [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/camera/attachments/sentenza/testo\\_ingleses/000/000/511/Costa\\_e\\_Pavan.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/camera/attachments/sentenza/testo_ingleses/000/000/511/Costa_e_Pavan.pdf) Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, traduzione effettuata da Rita Carnevali, assistente linguistico e dalla dott.ssa Rita Pucci, funzionario linguistico. La pronuncia è disponibile nell'archivio *CEDU di Italgiure* della Corte Suprema di Cassazione [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it)

A seguito di ciò, il Ministero della salute adottò, con decreto del 1° luglio 2015, le nuove linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, divenute necessarie a seguito delle diverse pronunce della Corte costituzionale.

Con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96, la Corte costituzionale, in accoglimento delle questioni sollevate dal Tribunale di Roma, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione, gli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non è consentito il ricorso ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili ma affette da o 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. 19<sup>217</sup>.

La Consulta ha rilevato un profilo di irragionevolezza nell'indiscriminato divieto ad accedere alle tecniche di PMA e alla diagnosi preimpianto posto nei confronti delle coppie fertili affette da gravi patologie genetiche ereditarie, soprattutto in ragione dell'alta probabilità di trasmettere al nascituro anomalie o malformazioni. Si rileva, come precedentemente sottolineato nella pronuncia della Corte di Strasburgo *Costa e Pavan c. Italia* del 28 agosto 2012, un'antinomia normativa nell'ordinamento italiano nella parte in cui consente alle coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio sano non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori o di cui sono affetti i genitori attraverso l'aborto terapeutico qualora, dalle indagini prenatali, siano accertati *“processi patologici relativi ad anomalie o malformazione del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”*. Da questa riflessione deriva anche la violazione dell'articolo 32 Cost. per il mancato rispetto della salute della donna, senza che questo possa trovare un contrappeso, in termini di bilanciamento, in un'esigenza di tutela del nascituro che rimane comunque esposto all'aborto.

In conclusione, la normativa denunciata costituiva il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi, in violazione del canone di razionalità nella parte in cui non permette l'accesso alla PMA alle coppie fertili ma affette dalle patologie siffatte.

La pronuncia n. 96 del 2015 ha evidenziato il contrasto della disciplina in tema di PMA con i principi costituzionali, senza che la Corte potesse sottrarsi al proprio dovere-potere di porvi rimedio, dichiarandone l'illegittimità, pur rimanendo compito del legislatore intervenire sulla disciplina, individuando le patologie che giustificano l'accesso alla PMA di coppie fertili e all'eventuale diagnosi preimpianto.

---

<sup>217</sup> Corte Costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96

In sintesi, la Corte ha ricondotto, nel rispetto del principio di ragionevolezza, a piena coerenza e unitarietà il sistema riconducendo la legge n. 40 del 2004 alla legge n. 194 del 1978. Il problema circa il diritto delle coppie fertili ma affette da o portatrici di malattie genetiche trasmissibili, cui era precluso l'accesso alle tecniche di PMA e alla diagnosi genetica preimpianto, è stato risolto uniformando i diritti di queste coppie con quelli delle coppie che ricorrono all'interruzione volontaria di gravidanza dopo il terzo mese. Da un punto di vista medico, la diagnosi preimpianto è realizzabile solo attraverso la fecondazione assistita *in vitro*. Nelle situazioni in cui ci sia il rischio di trasmissione della malattia genetica, e se questo diventa un ostacolo per la coppia "*non altrimenti rimuovibile*" alla procreazione naturale, l'assimilazione alle coppie infertili risulta essere plausibile<sup>218</sup>.

Alla luce dei diritti fondamentali della persona che vengono in gioco, dalla tutela del diritto alla salute della donna e della coppia al diritto di procreare e avere una famiglia, è risultata censurata l'irragionevolezza e l'illogicità della disparità di trattamento tra le due situazioni, in particolar modo in ragione del fatto che, pur non avendo accesso alla procreazione assistita e alle indagini genetiche, alle coppie è consentito l'accesso alle diagnosi prenatali e alla ben più dolorosa interruzione volontaria di gravidanza.

La normativa previgente, secondo la quale la coppia priva di problemi di infertilità possa abortire solo dopo la diagnosi prenatale, non salvaguardava il diritto alla vita del nascituro, ne deriva, per cui, che il sacrificio del diritto alla salute della donna fosse privo di alcuna giustificazione, di conseguenza, illegittimo e incostituzionale. Questa è la ratio che sta dietro al fatto che la legge n. 194 del 1978 è diventata il "*metro*" per determinare i casi di ammissione alla diagnosi preimpianto di coppie fertili ma portatrici sani di o affetta da malattie genetiche trasmissibili.

La Corte costituzionale in questo pronuncia non ha liberalizzato l'accesso alla diagnosi preimpianto per tutte le coppie fertili ma affette da o portatrici sane di malattie genetiche trasmissibili, ma ha stabilito due necessari requisiti per la liceità dell'accesso di queste

---

<sup>218</sup> Si ricordi l'articolo 1 della legge 40/2004, il quale recita "*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*". Tanto è vero che in via di prassi era stata adottata una interpretazione ampia di causa di infertilità, tale da ricomprendere nelle cause di infertilità idiopatiche o di derivazione psicologica anche i casi in cui i partner sono portatori della patologia geneticamente trasmissibile. In questo modo, è stato possibile ammettere alla PMA e alla diagnosi genetica coppie in precedenza fertili anche prima della pronuncia della Corte costituzionale. Così v. D'Aloia, A., Torretta, P., La procreazione come diritto della persona, in Trattato di biodiritto, Milano, 2011, 1363

coppie alla procreazione medicalmente assistita, ossia la gravità del danno o del pericolo nel quale potrebbe incorrere la madre se proseguisse nella gestazione e la malattia del genitore deve essere verificata e comportare il pericolo di *“rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro”*, rispondenti ai *“criteri normativi di gravità”* già stabiliti dall’art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, e le patologie devono essere *“adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata”*. Queste due condizioni di liceità sono state inserite dalla Corte sia nella motivazione che nel dispositivo, il che sta a significare che sono parte della *“normativa di risulta”* e costituiscono parte della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

Il richiamo, in riferimento al criterio della gravità, è stato fatto all’articolo 6 invece che all’articolo 4 per poter porre un vincolo più inciso all’accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili, difatti la norma indicata richiede che *le anomalie e le malformazioni del feto siano rilevanti, accertate e che creino un grave pericolo per la salute della donna*.

Per quanto attiene alle patologie che autorizzano l’accesso alla PMA delle coppie fertili la Corte ha ribadito che si deve trattare di *“patologie adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata”*. La necessità che l’accertamento venga svolto da una struttura pubblica ad hoc emerge nel monito che la Corte rivolge al legislatore. La Corte, infatti, auspica che si *prevedano “procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto)” e “una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)”*.

Il cuore della pronuncia, come appena riportato, è lo stretto collegamento tra la disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita e quella in tema di aborto terapeutico dopo i primi 90 giorni dall’inizio della gravidanza. Bisogna specificare che le malattie diagnosticabili con la diagnosi prenatale, compiuta quando l’impianto dell’embrione nell’utero sia già avvenuto e la gravidanza sia in stato avanzato, e la diagnosi preimpianto, compiuta prima del trapianto nell’utero della madre, sono le medesime<sup>219</sup>. L’unica

---

<sup>219</sup> Sul rapporto tra le due diagnosi e screening, preimpianto e prenatale, si veda GUGLIELMINO, A., CHAMAYOU, S., *Diagnosi preimpianto: tra tutela della salute e procreazione responsabile. Il punto di vista dei medici*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., 235 ss.



differenza tra le due pratiche è il momento in cui vengono effettuate rispetto alla gravidanza. Nella diagnosi preimpianto l'analisi viene svolta negli embrioni fecondati in vitro e crioconservati, la necessità di un lasso temporale non trascurabile per avere l'esito degli accertamenti non crea significativi problemi non essendo ancora stati impiantati e quindi non essendo stata avviata una gravidanza, al contrario di quanto avverrebbe nel caso di una diagnosi prenatale nella quale la gravidanza è già in corso e i rischi, ai quali madre e nascituro sono sottoposti, non sono da trascurare.

Un particolare problema attiene l'individuazione dei parametri necessari per stabilire la rilevanza della malattia di cui sono affetti o portatori sani i componenti della coppia. Nel caso della diagnosi prenatale, che avviene dopo i primi 90 giorni di gravidanza, la valutazione circa le condizioni di salute psico-fisica della gestante spetta interamente al ginecologo che effettua le analisi. Nei casi, invece, di diagnosi preimpianto la prognosi medica circa l'esistenza del pericolo grave per la salute della donna può rilevarsi, in alcuni casi, fin troppo anticipata e di difficile realizzazione. Sicuramente, nella maggior parte delle situazioni la coppia fertile ma portatrice di una malattia genetica richiede l'accesso alla PMA perché ha già sperimentato aborti legati alla trasmissione della malattia o nascite di figli che l'hanno ereditata. In altri casi si potrebbe constatare che il possibile stato di ansia della donna per l'eventualità di trasmettere la malattia genetica al nascituro potrebbe giustificare l'esistenza di un pericolo grave per la stessa.

La legge n. 194 del 1978, circa il criterio della gravità, ha sancito che *“per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la dimostrazione che tale anomalia sia idonea a provocare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, facendo pertanto riferimento a limiti e parametri del tutto soggettivi”*.

La soggettività del parametro del pericolo grave per la salute psichica della donna e la sua valutazione, in un momento così tanto anticipato rispetto la sua possibile insurrezione, potrebbe rendere meno pregnante il limite della gravità della patologia posto dalla sentenza costituzionale.

È, inoltre, importante ricercare dei limiti oggettivi al novero delle malattie geneticamente trasmissibili rilevanti per l'accesso alla fecondazione in vitro. Occorre partire dall'analisi delle malattie diagnosticabili nel feto e che permettono alla coppia di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza dopo i primi 90 giorni. Rispetto a qualche tempo fa ad oggi, in particolare per merito dell'evoluzione scientifica, è possibile diagnosticare un numero maggiore di patologie, non più solo cromosomiche ma anche genetiche. La

difficoltà sta nel tracciare delle distinzioni in merito alla rilevanza delle malattie diagnosticabili, principalmente perché alcune comportano il decesso nei primi mesi di vita mentre altre riducono notevolmente l'aspettativa di vita. Non avrebbe senso basare tutta la questione su un giudizio di rilevanza svolto dal medico curante. Ci si chiede allora quali siano le malattie rilevanti e, qualora vengano identificate, se qualche autorità scientifica possa essere abilitata a identificarle in modo generale e astratto. Un ipotetico intervento del legislatore per stabilire quali malattie possano legittimare l'accesso alla PMA e alla diagnosi genetica dovrebbe comunque tenere conto che la Corte costituzionale ha dato rilievo centrale all'importanza, per una reale tutela del diritto alla salute, dello spazio di discrezionalità del medico, che deve poter adattare la terapia alle esigenze del caso concreto; divieti assoluti alle pratiche medico - terapeutiche, al contrario, sono stati considerati incostituzionali<sup>220</sup>. Nonostante si ritenga che la tutela dei diritti fondamentali del nascituro e l'esigenza di porre freni a derive eugenetiche potrebbero giustificare delle limitazioni legislative al diritto alla salute della donna, un elenco di malattie privo di clausole di salvaguardia per casi eccezionali potrebbe non essere, forse, la soluzione corretta.

La Corte con questa pronuncia ha, quindi, previsto l'aggiunta, negli articoli 1 e 4 della legge sulla PMA, della categoria delle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili alla categoria delle coppie sterili o infertili, alle quali è permesso avere accesso ai trattamenti di fecondazione assistita.

Alla luce di ciò, è stato ritenuto legittimo l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e il trasferimento dei soli embrioni sani o portatori sani delle patologie di cui uno dei due coniugi risulti affetto eseguito da parte di strutture ospedaliere pubbliche mediante le metodologie previste in base alla scienza medica, nei casi di fecondazione assistita. Qualora la struttura sanitaria autorizzata non si trovi nella possibilità di erogare in forma diretta la prestazione sanitaria, è possibile ricorrere indirettamente ad altri centri.

In ragione di questo la giurisprudenza ha sancito l'illegittimità dell'atto discrezionale con il quale l'Amministrazione sanitaria regionale neghi il diritto fondamentale alla procreazione cosciente e responsabile, quale conseguenza del principio costituzionale della tutela della salute della donna, che si concretizza anche nell'accesso alla prestazione della diagnosi preimpianto. La richiesta di assistenza sanitaria costituisce corollario di quanto la giurisprudenza ha affermato circa la prevalenza del diritto assoluto alla salute,

---

<sup>220</sup> Cfr. le sentt. n. 151 del 2009 e 164 del 2014, in tema di PMA. Cfr. poi le sentt. nn. 282 del 2002 e 338 del 2003

sancito all'articolo 32 della Costituzione e salvaguardato dall'articolo 8 della CEDU e dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In tema di diagnosi preimpianto la Corte si è nuovamente pronunciata con la sentenza n. 229 del 2015, nella quale ha vagliato le eventuali conseguenze penali della precedente pronuncia. La Consulta ha dichiarato illegittimo l'articolo 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche. Inoltre, nel ricorso di legittimità costituzionale il Tribunale aveva contemplato anche l'articolo 14, commi 1 e 6, della medesima legge, la Corte, però, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, commi 1 e 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), sollevata – in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione ed all'art. 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – dal Tribunale ordinario di Napoli, con l'ordinanza in epigrafe<sup>221</sup>.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 13 era legata al fatto che la sentenza n. 96 del 2015 aveva reso lecito il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture, di conseguenza la Corte non avrebbe potuto, nel rispetto del principio di non contraddizione, attrarre la condotta di selezione embrionale nella sfera del penalmente rilevante. In altre parole, non era considerabile reato la condotta del personale sanitario consistente nel trasferire nell'utero della madre i soli embrioni sani o portatori sani della malattia.

Diversamente, la Corte ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in merito all'articolo 14, commi 1 e 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il quale vieta e sanziona penalmente la condotta di «*soppressione degli embrioni*», ove pur riferita agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino

---

<sup>221</sup> Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 229, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2015:229)

affetti da grave malattia genetica. La malformazione degli embrioni non giustifica un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani creati *in vitro*, emerge quindi l'esigenza di tutelarne la dignità, realizzabile solo attraverso la tecnica della crioconservazione. L'embrione non è riconducibile a mero materiale biologico, e la sua tutela non può essere sacrificata a vantaggio di una tutela di un altro interesse in gioco.

In ragione di queste considerazioni, la Corte conferma la non manifesta irragionevolezza della norma incriminatrice presa in esame, la quale non contrasta con il diritto di autodeterminazione in ragione del fatto che il divieto di soppressione dell'embrione malato non comporta l'impianto coattivo nell'utero della donna<sup>222</sup>.

#### 8. LA TUTELA DELL'EMBRIONE UMANO E LA SENTENZA N. 151 DEL 2009 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

L'ordinamento italiano difetta di una disciplina unitaria e specifica a tutela dell'embrione, le uniche disposizioni normative sono contenute nella stessa legge sulla PMA, le quali, attraverso una serie di divieti, talvolta dichiarati incostituzionali, tutelano l'embrione extrauterino senza chiarirne i contorni e la natura giuridica<sup>223</sup>, nonché nella disciplina generale in materia di donazione di cellule e tessuti.

Innanzitutto, va specificata la differenza tra feto ed embrione *in vitro* che non è irrilevante, dal momento che l'embrione diventa feto solo in conseguenza della decisione di trapianto nell'utero della donna che ha avuto accesso alla fecondazione *in vitro*. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 35 del 1997, ha riconosciuto al feto il diritto alla vita, ma ciò non sta a significare che questo sia garantito anche all'embrione automaticamente. Con questa pronuncia è stato dichiarato inammissibile il referendum teso a liberalizzare l'aborto, affermando che la tutela offerta al nascituro dalla vigente legge rappresenta una tutela minima e ineliminabile. Il feto, dunque, pur non essendo anche una persona, ha acquisito la pretesa ad una tutela minima del suo diritto alla vita.

In ragione della maggior attenzione posta sul tema della procreazione medicalmente assistita, è emersa l'esigenza di affrontare il problema relativo allo status giuridico dell'embrione, in particolare di quello fecondato *in vitro*.

---

<sup>222</sup> CARRATO, A. *La Procreazione Medicalmente Assistita E Le Tematiche Connesse Nella Giurisprudenza Costituzionale*. Mar. 2021

<sup>223</sup> MAZZONI, C.M., PICCINNI, M., *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica- P. Zatti (a cura di), Milano, 2016, p. 79

In mancanza di indicazioni costituzionali sul tema del riconoscimento all'embrione di un tale diritto, il dovere del legislatore viene desunto da principi di natura religiosa o morale, che non troverebbero fondamento nel testo costituzionale. Il legislatore può compiere scelte di natura morale, e le obiezioni di natura scientifica non avrebbero spazio al riguardo. La considerazione dell'embrione quale essere umano rientra nelle scelte discrezionali del legislatore, soprattutto in ragione del fatto che a livello medico scientifico nelle prime due settimane del processo vitale l'embrione non è ancora considerabile un individuo, perché la corteccia celebrale si sviluppa nei giorni successivi al concepimento.

Di conseguenza, particolarmente significativa è stata la pretesa del legislatore che l'embrione fosse titolare del diritto alla vita e al quale venisse assicurato una garanzia/tutela prevalente sulle situazioni soggettive degli altri soggetti interessati alla fecondazione artificiale, in ragione della fragilità che lo caratterizza. L'articolo 1 della medesima legge, infatti, recita *“i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro”*.

Da questa disposizione, però, si riscontra una garanzia a tutela del nascituro e non dell'embrione, al quale non si predispose il riconoscimento di uno status, non si tutela la sua relazione con i genitori. A dimostrazione del fatto che la legge italiana si interessa solo marginalmente dello statuto e della protezione dell'embrione, è possibile osservare che il termine *“embrione”* emerge solo nell'articolo 1 della stessa legge sulla procreazione medicalmente assistita. Il legislatore ha proceduto a predisporre una serie cospicua di divieti e sanzioni per giungere indirettamente ad una tutela legislativa dell'embrione umano.

La volontà di garantire una piena tutela all'embrione si evince, difatti, dagli articoli 13 e 14 della legge n. 40, i quali vietavano la produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione, ogni forma di selezione a scopo eugenetico, la clonazione, la crioconservazione e la soppressione degli embrioni. Ancora è fatto divieto di fecondazione eterologa<sup>224</sup>, di fecondazione omologa *post mortem* del marito, di fecondazione tra minori di età o tra coppie dello stesso sesso o tra non coniugati o non conviventi, di surrogazione di maternità, di partenogenesi. Molti dubbi sono sorti circa

---

<sup>224</sup> La fecondazione eterologa era punita con la pena della sola multa da 300.000 a 600.000 euro in virtù degli artt. 4, comma 3°, e 12, comma 1°, l. n. 40/2004. Per l'operatore sanitario era pure prevista la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni, *ex art.* 12, comma 9°, l. n. 40/2004 mentre per il centro P.M.A. era prevista la sanzione della sospensione della autorizzazione ministeriale per un anno o della revoca *ex art.* 12, comma 10°, l. n. 40/2004

questi innumerevoli divieti, in particolar modo perché non è chiaro il perimetro di applicazione e perché il legislatore non si è occupato di definire cosa si intenda per ibridazione, creazione di chimera, partenogenesi, sperimentazione e clonazione. Riguardo quest'ultima le difficoltà interpretative rilevano non solo per l'applicazione della disciplina in sede penale, ma assumono un rilievo più generale in quanto le tecniche escluse dal perimetro della clonazione vietata possono essere ricomprese tra le tecniche legittime, seppure non individuate in misura specifica dalle linee guida di cui all'art. 7, l. n. 40/2004

La decisione di attribuire una tutela significativa all'embrione *in vitro* si scontra con la necessità di contemperamento con le tutele e i diritti garantiti ai soggetti coinvolti nella PMA o comunque interessate ad essa. Nella sentenza n. 45 del 2005 la Corte ha ribadito che “*i rilevanti interessi costituzionali*” implicati dalla fecondazione assistita “*postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un minimo di tutela legislativa*”, nel senso che tutti gli interessi coinvolti necessitano di una tutela minima effettiva.

Una soluzione ai problemi sorti riguardo la legge n. 40 sarebbe quella di adottare una legislazione a “*maglie larghe*”, permetterebbe un'azione integratrice da parte della giurisprudenza, la quale, secondo la logica della valutazione caso per caso, avrebbe la possibilità di bilanciare volta per volta gli interessi in conflitto in modo equo e ragionevole<sup>225</sup>.

Sul concetto di “*embrione*” si è pronunciata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 2015 sancendo che “*il concetto di bambino non è assimilabile a quello di embrione*”. La Consulta ha rilevato che il nostro ordinamento difetta di coerenza in quanto, per un verso, vieta l'impianto dei soli embrioni sani non affetti dalla malattia di cui sono portatori sani i soggetti coinvolti, e, per l'altro verso, permette l'aborto nel caso in cui il feto sia affetto dalla medesima patologia<sup>226</sup>.

Tanto il Consiglio d'Europa quanto il Parlamento europeo hanno mostrato un particolare interesse per la regolamentazione dell'utilizzo di embrioni e feti ai fini diagnostici, terapeutici, industriali e commerciali, nonché per le questioni etico-giuridiche.

Il ricorso agli embrioni e ai feti umani è possibile solo a fini terapeutici, quale *extrema ratio*, ed è proibita la produzione di embrioni *in vitro* per la destinazione esclusiva alla

---

<sup>225</sup> MANETTI, M., *La Questione Dell'embrione Nel Quadro Dei Principi Costituzionali | Costituzionalismo.it* 6 June 2005, [www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/](http://www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/) Ultima consultazione in data 27 Aprile 2024

<sup>226</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso Costa e Pavan contro Italia, punto n. 64

ricerca scientifica, inoltre l'embrione mantiene, nel processo di sviluppo embrionale, la sua *"identità biologica e genetica continua"*<sup>227</sup>. Gli Stati membri sono chiamati alla promozione della ricerca scientifica ma nel rispetto della *"vita degli esseri umani in tutti gli stadi dello sviluppo"*. Il Consiglio d'Europa in tali raccomandazioni ha vietato di operare una similitudine tra feto ed embrione ma si auspicava ad una tutela fondata sull'appartenenza di entrambi alla specie umana.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, alla luce delle precisazioni fornite dal Consiglio, ha insistito sull'esistenza di diverse opinioni circa l'inizio della vita umana, da cui dipendono i riconoscimenti a livello giuridico dell'embrione dal momento del concepimento, per alcuni costituisce un individuo sin dal suo concepimento, per altri non rappresenta una persona ma necessita di una tutela rigida, per altri ancora bisogna distinguere tra embrione impiantato ed embrione extrauterino. In riferimento alla suddetta legge, ha svolto una riflessione attorno allo statuto giuridico e alla conseguente tutela dell'embrione umano. Escludendo la natura dell'embrione come bene, i componenti del Comitato convengono unanimemente nel *"riconoscere il dovere morale di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone"*, si potrebbe parlare di una tutela della vita prenatale, precisamente dal quattordicesimo giorno successivo alla fecondazione dell'ovulo, fase detta del pre-embrione. Si tratta, dunque, di una presenza umana che merita tutela e rispetto, è una soggettività appartenente alla specie umana, non mero insieme di cellule<sup>228</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, in merito alla natura giuridica dell'embrione e alla sua rilevanza in materia di procreazione medicalmente assistita, è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009.

Si tratta di una pronuncia della Corte a fronte di due giudizi di legittimità costituzionale promossi dal tribunale amministrativo regionale del Lazio con sentenza del 21 gennaio 2008 (r.o. n. n. 159 del 2008) e dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanze del 12 luglio (r.o. n. 323 del 2008) e del 26 agosto 2008 (r.o. n. 382 del 2008), la riunione dei

---

<sup>227</sup> DEALBUQUERQUE, P.P., *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-20125)*, Torino, 2016, p. 114-115; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006

<sup>228</sup> *La Questione Dell'embrione Nel Quadro Dei Principi Costituzionali* | *Costituzionalismo.it*. 6 June 2005, [www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/](http://www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/). Ultima consultazione in data 27 Aprile 2024

giudizi al fine della trattazione congiunta e della decisione con un'unica sentenza è derivata dal fatto che i provvedimenti giurisdizionali sollevano questioni largamente coincidenti.

Entrambi i remittenti, in riferimento all'articolo 14, commi 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>229</sup> nella parte in cui prevede, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste, dubitavano della conformità al combinato disposto degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione.

Alla luce del fatto che la legge n. 40 non fornisce alcuna definizione del termine «*embrione*», è stato ritenuto che con esso si intenda fare riferimento ad un significato il più ampio possibile, in particolare si prende in considerazione la situazione che si determina a partire dalla fecondazione dell'ovulo.

Il Tribunale del Lazio ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui prevede, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste.

La legge, nelle situazioni appena citate, permette un affievolimento della tutela dell'embrione per lasciare spazio al fine perseguito, il successo del ricorso alla procreazione medicalmente assistita.

Se la finalità della disciplina è quella di attuare un bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione, risulta essere irragionevole la previsione che impone la produzione di embrioni in numero tale da rendere possibile l'effettuazione di un unico impianto e comunque in numero non superiore a tre, così come

---

<sup>229</sup> Legge n. 40 del 2004 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", articolo 14 "Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni" "1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. 2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre. 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile."



il sostanziale divieto di crioconservazione, ammessa nella sola ipotesi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna insorto successivamente alle fecondazione.

In particolare, la limitazione del numero degli embrioni producibili e impiantabili e il divieto di crioconservazione, se non nella circostanza dettata dall'articolo 14 comma 3, comporterebbero, nel caso di tentativo non andato a buon fine, un assoggettamento della donna ad un ulteriore trattamento ovarico, pratica che, comportando un'ipotetica sindrome di iperstimolazione ovarica, sarebbe in contrasto con i principi ispiratori della legge stessa, principalmente con quella della «*minore invasività*», espressamente enunciato nell'art. 4, comma 2, lettera *a*).

Quindi, la previsione appena citata si pone in contrasto anche con la tutela della salute della donna, sancita all'articolo 32 della Costituzione, riducendo irragionevolmente le possibilità di successo del trattamento di procreazione medicalmente assistita, impedendo al biologo di selezionare, tra quelli formatisi, gli embrioni più idonei a svilupparsi in un feto e di crioconservare quelli in eccesso per un futuro trasferimento, e costringendo la donna a sottoporsi a nuovi interventi di stimolazione ovarica e di prelievo chirurgico degli ovociti. D'altra parte, il trapianto contemporaneo degli embrioni ha, nel corso degli anni, costituito il rischio opposto di una gravidanza plurigemellare, che, a sua volta, comporta rischi per la salute della donna e del concepito.

Per altro verso, la legge non prevede la possibilità di intervento della discrezionalità della valutazione del medico, unico ad essere in grado di individuare il bilanciamento tra rischi e benefici per la donna, in violazione con l'articolo 3 Cost., per la discriminazione che si opererebbe tra le donne in buona salute, per le quali maggiore è la facilità di attecchimento degli embrioni, e quelle che non lo sono per età o condizioni fisiche.

Diversamente, il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 2, della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, Cost., nella parte in cui impongono il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la necessità della creazione di un numero massimo di tre embrioni nonché dell'unico e contemporaneo impianto degli stessi; e dell'art. 6, comma 3, ultima parte, della stessa legge per contrasto con l'art. 32, secondo comma, Cost., laddove prevede la irrevocabilità del consenso da parte della donna all'impianto in utero degli embrioni creati.

La lesione dell'articolo 32 Cost., sotto il profilo del diritto della salute della donna, si ravvisa nell'obbligo di creazione di un numero massimo di tre embrioni da impiantare con unico contemporaneo impianto ed il conseguente divieto di crioconservazione degli

embrioni. Questa previsione può creare un nocumento alla salute della donna, in ragione del fatto che la legge impone, in caso di insuccesso, la necessità di procedere a plurime stimolazioni ovariche, e non garantisce il fine che la legge stessa si prefissa, ossia favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, sancito all'articolo 1 della medesima legge.

La lesione scaturisce dall'erroneo bilanciamento di interessi, considerando che, ad avviso del giudice *a quo*, dovrebbe ritenersi prevalente il diritto alla tutela dell'essere persona, in questa circostanza dell'essere donna, rispetto a ciò che ancora persona non è.

È stato, altresì, considerato violato il principio di ragionevolezza, corollario del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., in ragione della riduzione della fecondazione assistita ad un modello unico e valido per tutte le situazioni, trattando posizioni soggettive differenti in egual modo.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «*ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*», per violazione dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza sanciti dall'articolo 3 Cost. in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili e del diritto alla salute della donna ed eventualmente del feto, ad esso connesso, riconosciuto dall'articolo 32 Cost. Inoltre, la Consulta ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna, caducando il divieto di conservazione<sup>230</sup>.

L'intervento della Consulta fa salvo il principio secondo cui le tecniche di fecondazione assistita non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti svolti dal medico, ma viene escluso l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, escludendo il rischio di eventuali gravidanze plurime. Viene, quindi, eliminata sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità per la

---

<sup>230</sup> “La Corte Costituzionale Dichiarò L’Illegittimità Del Divieto Di Fecondazione Eterologa.”  
[www.camera.it, www.camera.it/temiap/t/news/post-OCD15-10027#:~:text=Con%20la%20sentenza%20n](http://www.camera.it, www.camera.it/temiap/t/news/post-OCD15-10027#:~:text=Con%20la%20sentenza%20n)  
Ultima consultazione in data 9 Maggio 2024

donna di sottoporsi a plurime stimolazioni ovariche correndo di un aumento dei rischi di insorgenza di patologie<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup>Corte costituzionale 1° aprile 2009, n. 151, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2009:151)

## CAPITOLO III TRA FECONDAZIONE ETEROLOGA E MATERNITÀ SURROGATA

1. Premessa – 2. La disciplina in tema di fecondazione eterologa prima e dopo la Legge n. 40/2004 – 3. La pronuncia della prima sezione della Corte Edu del 1° aprile 2010 – 4. Dall’ordinanza n. 150 del 2012 alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale – 5. Legittimo il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali e l’ostatività al riconoscimento degli effetti civili della genitorialità di tali coppie nell’ordinamento interno – 6. Il divieto assoluto della maternità surrogata – 7. Il riconoscimento degli atti di nascita di minori nati all’estero con la GPA e il problema della Step Child Adoption

### 1. PREMESSA

La legge n. 40 del 2004, nella sua impostazione originaria, aveva come obiettivo quello di consentire alle coppie eterosessuali conviventi o sposate, affette da sterilità o infertilità, di realizzare il loro desiderio di avere figli attraverso l’accesso alla fecondazione artificiale. Il discrimine tra la procreazione naturale e quella assistita è il fatto che la prima rimane un fatto privato, mentre la seconda diventa un fatto di rilievo pubblico perché il soggetto richiede assistenza allo Stato per poterla realizzare<sup>232</sup>.

Bisogna tenere in considerazione che nell’ottica del legislatore italiano la legge sulla PMA si pone come *extrema ratio*, essendo praticabile solo nei casi in cui non sia possibile rimuovere altrimenti le cause che impediscono una procreazione naturale o nei casi in cui vi sia il rischio di trasmissione di una malattia genetica trasmissibile di cui sono affetti portatori sani i genitori.

L’assenza di una relazione biologica tra genitori e figli nati attraverso una procedura di fecondazione assistita di tipo eterologo o di maternità surrogata è al centro dei dibattiti circa il riconoscimento e la liceità di queste tecniche.

Questo alla luce del fatto che la Legge n. 40 nella formulazione del 2004 ammette e disciplina solamente la fecondazione artificiale omologa, vale a dire quella che utilizza i

---

<sup>232</sup> MARTINI. A., *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006.

gameti (ovociti e spermatozoi) della coppia, vietando quella eterologa, che richiede la donazione di gameti da parte di soggetti esterni alla coppia che accede<sup>233</sup>.

La mancanza di una disciplina e di un riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano ha come risultato quello di colpire i bambini per punire i genitori, è quanto sta avvenendo mettendo in discussione il diritto di vedersi riconosciuti entrambi i genitori nel caso di bambini nati attraverso la fecondazione eterologa o la maternità surrogata.

In assenza di norme sovranazionali uniformi in materia, il divieto della maternità surrogata nel nostro Paese induce molte coppie a cercare di realizzarla all'estero, dove la legislazione varia da Paese a Paese. Si tratta di coppie che se lo possono permettere dal punto di vista economico, e che una volta tornate in Italia cercando di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita straniero o addirittura di far nascere in Italia il bambino fecondato all'estero. Mentre in Italia si continua a considerare l'idea di reato universale in modo da impedire alle coppie italiane di concepire un figlio all'estero attraverso queste modalità, nel resto del mondo ci si confronta con una realtà differente in cui il concetto di genitorialità risulta essere più ampio e a cui viene corrisposto un riconoscimento anche legislativo. Spesso, nei casi in cui vi siano temi che scuotono le coscienze e sono divisi, il legislatore fa un passo indietro lasciando al giudice il compito di fornire le soluzioni più consone al caso concreto. L'unico parametro normativo risulta essere il perseguimento del *"best interest of the child"*. Il problema è comprendere quale sia in concreto questo interesse superiore, soprattutto alla luce di uno scenario nel quale le soluzioni si espongono a citriche frutto di pregiudiziali ideologie.

Un importante contributo a favore di queste due pratiche è stato realizzato dalla rivista *"Developmental Psychology"* la quale ha svolto uno studio circa il benessere dei bambini nati attraverso una procedura di fecondazione eterologa o di maternità surrogata. In particolare, l'attenzione è stata posta all'eventuale manifestarsi di disturbi psicologici o di difficoltà di relazione con i genitori una volta cresciuti.

L'indagine ha esaminato gli effetti a lungo termini di diversi tipi di procreazione assistita sulla genitorialità e sull'adattamento dei figli e l'effetto psicologico dell'età in cui ai bambini è stato raccontato il mondo in cui sono stati concepiti. Il risultato è stato che è preferibile essere aperti con i bambini sulle loro origini sin dalla tenera età, ciò porta con sé solo ricadute positive in termini di fiducia e benessere.

---

<sup>233</sup> APA, S., *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017 [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) Ultima consultazione in data 7 Giugno 2024

Se ad oggi parlare di fecondazione assistita e maternità surrogata risulta abbastanza normale, e il numero di famiglia nate grazie a queste tecniche continua sempre a crescere, vent'anni fa si dava molta importanza al legame genetico/biologico, senza il quale si pensava che le relazioni affettive non avrebbero funzionato bene.

La modalità con cui si concepisce un figlio non interferisce con il benessere psicologico dei giovani e delle madri, o con la qualità delle relazioni familiari, quello che conta davvero è la volontà di volere davvero dei figli<sup>234</sup>.

## 2. LA DISCIPLINA IN TEMA DI FECONDAZIONE ETEROLOGA PRIMA E DOPO LA LEGGE N.40/2004

Il mutamento del concetto di famiglia tradizionalmente inteso e il suo impatto sulle questioni eticamente sensibili poste della procreazione medicalmente assistita<sup>235</sup> ha generato una serie di orientamenti giurisprudenziali nazionali e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che hanno inciso sulla struttura e sull'interpretazione della legge n. 40 del 2004, in particolar modo sul tema della fecondazione eterologa.

Gli interventi giurisprudenziali hanno messo in luce l'esigenza di avere una società in evoluzione, nella quale il diritto positivo si adegui alle dinamiche socioculturali<sup>236</sup>.

Il modello di famiglia per come descritto dell'articolo 29 Cost. non può essere considerato come unico<sup>237</sup>, ma come una delle modalità di esplicazione dello stesso<sup>238</sup>, a cui sono state affiancate differenti formazioni sociali familiari, quali la convivenza more uxorio<sup>239</sup>, a

---

<sup>234</sup> BENELLI, E., BONATI M., *Fecondazione Assistita, Maternità Surrogata, Famiglie Omogenitoriali: Ma Cosa C'è Di Male? Ma Cosa C'è Di Strano!* 28 Apr. 2023, [www.scienzainrete.it/articolo/fecondazione-assistita-maternità-surrogata-famiglie-omogenitoriali-ma-cosa-c-di-male-ma](http://www.scienzainrete.it/articolo/fecondazione-assistita-maternità-surrogata-famiglie-omogenitoriali-ma-cosa-c-di-male-ma) Ultima consultazione in data 2 Giugno 2024

<sup>235</sup> PROSPERI, F., *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2013, 289.

<sup>236</sup> APA, S., *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017 [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) Ultima consultazione in data 7 Giugno 2024

<sup>237</sup> COLLURA, G., *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2007, 627 ss.

<sup>238</sup> FERRANDO, G., *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in Auletta, T., (a cura di) *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Torino, 2007, 285 ss.

<sup>239</sup> La Corte EDU ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 8 CEDU non solo ai coniugi, ma anche alle coppie eterosessuali o omosessuali conviventi more uxorio. In particolare secondo la Corte «poiché la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali (...), lo Stato, nella scelta dei mezzi destinati a tutelare la famiglia e a garantire il rispetto della vita familiare previsto dall'articolo 8, deve necessariamente tenere conto delle evoluzioni della società e dei cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata» (Grande Camera, sent. del 19.02.2013, caso X et al. c. Austria, ric. n. 19010/07, cit., punto 139).

cui non può essere negata pari dignità costituzionale in virtù del disposto dell'art. 2 Costituzione.

Con il termine procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo<sup>240</sup> si fa riferimento ai casi in cui uno o entrambi i gameti utilizzati per la realizzazione della pratica non appartengono ai membri della coppia, nel primo caso si parla di fecondazione eterologa unilaterale in linea maschile o femminile, nel secondo di fecondazione eterologa bilaterale. La donazione di gameti viene utilizzata in situazioni estreme, per le quali non esistono altre soluzioni che consentirebbero alla coppia di concepire un figlio, e di vedersi, quindi, realizzato il proprio progetto genitoriale. Si tratta di casi di incapacità di uno o entrambi i membri della coppia di produrre gameti, oppure nei casi in cui sia presenta una malattia genetica particolarmente grave trasmissibile al nascituro<sup>241</sup>.

Il ricorso alla PMA eterologa non è mai una scelta facile e indolore per i soggetti che vi ricorrono, per due ordini di motivi.

In primo luogo, il ricorso alla donazione di gameti è ostacolato dal modello della genitorialità biologica che caratterizza il nostro ordinamento, nonostante una consistente percentuale di bambini venga educata da un genitore che non corrisponde a quello biologico.

In secondo luogo, si oppongono a tale pratica ostacoli di tipo psicologico, che presuppongono il superamento di considerevoli tabù legati all'intervento nel processo procreativo di soggetti esterni alla coppia. In particolar modo, «ricorrere a un donatore di seme significa infatti per l'uomo prendere atto definitivamente della propria condizione di sterilità, una condizione che di rado viene assunta come qualcosa di simile all'impotenza, tale da generare un senso di inferiorità, tanto più accentuato a confronto con un rivale così potente, il donatore. Inoltre, a ciò si aggiunge l'angoscia di non lasciare nulla di sé, in senso biologico, dopo la morte».

Inoltre, va ricordato che la fecondazione eterologa si espone a rischi di insuccesso, sia perché i gameti maschili congelati risultano meno reattivi, sia perché, nel caso di donazione di ovociti, si registrava una percentuale di gravidanze comprese tra il 25% e il 35% con alta frequenza di complicazioni durante la gestazione.

---

<sup>240</sup> Per l'analisi della fattispecie (plurisoggettiva impropria composta dall'esecutore della pratica, i due partners, e il donatore di gameti) si veda ampiamente Vallini, A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 98.

<sup>241</sup> BORINI, A., FLAMIGNI, C., *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, 2012, p. 49, il quale la ammette anche nei casi di ripetuti fallimenti di precedenti trattamenti di PMA omologa.

Per quanto riguarda la situazione anteriore all'entrata in vigore della Legge n. 40/2004 va specificato che le tecniche di fecondazione eterologa con donazione di gameti da soggetti esterni alla coppia che vi accedeva sono state applicate in Italia fino al 10 marzo 2004 in tutte quelle situazioni in cui procedere con la fecondazione di tipo omologo risultasse impossibile, nel pieno rispetto delle garanzie giuridiche e delle regole fissate dai codici di autoregolamentazione, i quali prevedevano la gratuità della donazione dei gameti al fine di evitare il pericolo di sfruttamento e mercificazione della donna, l'obbligo per il donatore di sottoporsi ad un particolare *screening* diagnostico diretto ad escludere la presenza di eventuali patologie genetiche o virali del materiale donato, un registro contenente il nominativo dei diversi donatori, un limite numerico alle gravidanze che potevano essere ottenute con il liquido seminale di un solo donatore, in linea peraltro con le altre normative dei Paesi stranieri dotate di leggi in materia di PMA<sup>242</sup>.

I centri autorizzati a praticare la fecondazione eterologa erano solo quelli privati, in quanto la circolare del ministro della salute Degan del 10 ottobre 1985 aveva vietato l'utilizzo di tale tecnica a quelli pubblici<sup>243</sup>.

Una questione assai delicata era la possibile da parte dell'uomo che autorizzava la procreazione eterologa della compagna di disconoscere successivamente la paternità del nascituro. Ad oggi l'articolo 9 della legge n. 40/2004 ha disciplinato la fattispecie, a seguito di un lungo *iter* giurisprudenziale<sup>244</sup>, prevedendo il divieto di disconoscimento di paternità e l'impossibilità per il terzo donatore di instaurare una relazione giuridica con il bambino.

La questione circa l'ammissibilità o meno della fecondazione eterologa è stata uno dei problemi maggiormente discussi dal legislatore del 2004 nella stesura del testo normativo. La Legge n. 40 del 2004, all'articolo 4 comma 3, vieta l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ossia con gameti provenienti da un terzo donatore, negando la possibilità a migliaia di coppie sterili di avere figli. Il trattamento sanzionatorio è disciplinato dall'articolo 12, comma 1, pur non sanzionando penalmente la donazione di gameti ha previsto una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 300.000 a 600.000 euro, a cui si deve aggiungere la sanzione accessoria della

---

<sup>242</sup> DOLCINI, E., *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, cit., p. 15 ss.

<sup>243</sup> VILLANI, R., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 11 s.

<sup>244</sup> Cass., sent. N. 2315/1999 ha stabilito che non è possibile consentire l'azione di disconoscimento della paternità al coniuge che abbia dato il proprio consenso alla fecondazione della moglie perché in contrasto con il diritto del figlio alla sua piena identità genitoriale.



sospensione da uno a tre anni dall'esercizio della professione nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, nonché la sospensione per un anno nei confronti del centro in cui tali tecniche vengono applicate<sup>245</sup>.

Per quanto riguarda lo statuto giuridico del nato a seguito di fecondazione eterologa, l'articolo 8 al comma 1 stabilisce che «a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita [i nati] hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia». In assenza di una espressa previsione, anche ai bambini nati a seguito di PMA eterologa dovrà necessariamente essere riconosciuto lo status di figli legittimi o figli naturali riconosciuti dalla coppia<sup>246</sup>. È una norma che costituisce uno tra i più importanti riconoscimenti della tutela rivolta al nato da procreazione medicalmente assistita e introduce a livello legislativo il concetto di paternità responsabile, un modo del tutto nuovo di concepire la relazione che si instaura tra genitori e figli<sup>247</sup>.

In dottrina ci si interrogava circa la legittimità costituzionale del divieto contenuto nell'articolo 4, comma 3 della Legge n. 40/2004. La maggioranza ritiene che un divieto rigido imposto alla donazione dei gameti contrasti con valori fondamentali dell'ordinamento italiano, quali la libertà e l'autonomia nelle scelte personali e procreative, come la libertà di formare una famiglia quale formazione sociale dove si svolge la personalità del singolo (artt. 2, 13, 29, 31 Cost.), nonché con quello del rispetto della vita privata e familiare (art. 7 Carta di Nizza, art. 8 CEDU), che viene in rilievo attraverso l'art. 117 Cost.

Viene in rilievo anche la lesione del principio di eguaglianza e ragionevolezza<sup>248</sup>, prevedere un trattamento irragionevolmente diverso per due diverse categorie di soggetti, le coppie infertili in grado di produrre gameti fecondati artificialmente da un lato e le coppie infertili incapaci di produrli dall'altro, pur avendo queste ultime i requisiti necessari per poter accedere alle tecniche di PMA omologa<sup>249</sup>. La previsione di un trattamento differenziato in base alle situazioni personali della coppia si traduce in una discriminazione contraria anche alla stessa ratio della legge.

---

<sup>245</sup> CANESTRARI, S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?* cit., p. 1098 ss.

<sup>246</sup> VILLANI, R., *La nuova legge sulla procreazione assistita*, cit., p. 584.

<sup>247</sup> BALESTRA, L., *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in CAMASSA, E., CASONATO, C., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 69.

<sup>248</sup> CELOTTO, A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., p. 23 ss.

<sup>249</sup> D'AMICO, M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit., p. 32 ss.

Il divieto viola, altresì, l'articolo 3 della Costituzione in quanto discrimina fra differenti categorie di cittadini in base alle possibilità economiche.

Infine, risulta lesa anche il diritto alla salute disciplinato all'articolo 32 della Costituzione, riconosciuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non solamente l'assenza di malattie o infermità». Risulta senza dubbio che l'impossibilità di avere un figlio possa generare stati patologici fisico-psichici, e il rifiuto di fornire l'unica terapia valida per il soddisfacimento di tale desiderio, quale la procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti, «produce un'incongruenza nel tessuto della legge n. 40 nella misura in cui detta normativa, dopo aver essa stessa individuato quale interesse finale meritevole di salvaguardia la salute riproduttiva della coppia, viene ad impedire l'accesso alla PMA proprio a quelle coppie affette da problemi riproduttivi di maggior intensità ed estensione [e] ciò è tanto più grave considerando che è vietata anche la PMA eterologa nelle strutture private, ossia senza richiesta di supporto logistico ed economico da parte di istituzioni statali»<sup>250</sup>.

Con l'entrata in vigore della legge sulla procreazione medicalmente assistita in molti hanno cercato una giustificazione per quanto riguardasse il divieto di donazione dei meriti che si concretizzava nell'individuazione di un "danno sociale" prodotto da tale pratica nei confronti di un bene giuridico. Dalla Relazione di minoranza della XII Commissione permanente Igiene e Sanità emerse che a fondamento del divieto c'era la preoccupazione di non porre in pericolo l'integrità psico sociale del nascituro. Coloro che sostenevano la legge n. 40 ritenevano che le tecniche di fecondazione eterologa creavano un modello di famiglia che risultava incompatibile con l'articolo 29 Cost., con conseguenti notevoli effetti negativi sul benessere psicologico del bambino nato "non naturalmente".

La necessità di una coincidenza tra genitorialità biologica e sociale, quale presupposto del fisiologico sviluppo della personalità del nuovo nato ex articoli 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., non prova conferma in alcun orientamento delle scienze psico-pedagogiche, norme o principi costituzionali<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 103 ss.

<sup>251</sup> DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 402; D'AMICO, M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit.

Circa il possibile danno allo sviluppo psicofisico del nascituro nel caso di mancanza corrisponde tra le genitoriali una ricerca dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, su un campione di 25.000 bambini nati attraverso le tecniche di PMA, ha rilevato che i nati da fecondazione eterologa non soffrono di disturbi in maniera maggiore rispetto ai nati da fecondazione omologa<sup>252</sup>.

La necessaria corrisponde non si può dedurre neanche dall'articolo 29 della Costituzione che, nel riconoscere le prerogative della "famiglia naturale", non presuppone alcun divieto circa la formazione di nuclei affettivi fondati su presupposti differenti, come quelli caratterizzanti le famiglie formatesi a seguito di una fecondazione artificiale.

L'argomentazione risulta essere debole, alla luce del fatto che il tema della genitorialità sociale e genetica risulta essere un fenomeno accettato e regolato dal nostro ordinamento già da tempo, e comunque anche un se si dovesse costituire un rischio per gli interessi del minore, è possibile adottare una serie di misure volte a neutralizzarlo, basti pensare all'anonimato del donatore, l'immutabilità dello *status filiationis* e *familiae* del nato.

Un'obiezione che era stata mossa nei confronti dei sostenitori del divieto era la contraddizione con l'istituto dell'adozione, introdotta in Italia con la legge n. 184 del 1983, in cui la corrispondenza tra genitorialità biologica e legale è completamente compromessa, dal momento che l'adottato non possiede il patrimonio genetico di alcuno dei genitori, diversamente dal nato da fecondazione eterologa che ha, invece, il patrimonio genetico di uno dei due.

Obiettavano a questa considerazione sostenendo che «il paragone fra i due istituti sarebbe improprio perché non considera che il moderno istituto dell'adozione non è uno strumento per dare un figlio a chi non ha, ma è al contrario uno strumento per dare dei genitori ad un bambino che non ne ha»<sup>253</sup>.

A parere di molti i due istituti, nonostante rispondano alla stessa domanda sociale di filiazione, sono per molti aspetti differenti, dal momento che la procreazione medicalmente assistita risulta essere più simile alla procreazione naturale che non all'adozione, dato che con questa condivide il carattere procreativo precedente a quello dell'assunzione volontaristica della responsabilità genitoriale. La genitorialità, però, è un fatto morale e culturale e non un mero evento biologico, la coincidenza del patrimonio

---

<sup>252</sup> VILLANI, R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 123.

<sup>253</sup> CASINI, M., DI PIETRO, M.L., *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 516.

genetico e la vita prenatale in comune con la madre non sono sufficiente a generare e garantire l'amore materno e la responsabilità genitoriale da parte anche del padre<sup>254</sup>.

D'altra parte, una pratica come quella della fecondazione eterologa potrebbe ostacolare altresì il diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica, strettamente legato al diritto alla salute<sup>255</sup>. Una soluzione che concilierebbe l'interesse del nato a conoscere le proprie origini biologiche e l'interesse all'anonimato del donatore sarebbe l'istituzione di una banca dati nella quale sarebbero contenute tutte le informazioni genetiche del donatore utilizzabili, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, solo nei casi di pericolo per la salute del nato<sup>256</sup>.

Inoltre, il bene giuridico dell'identità genetica potrebbe essere messo in pericolo anche nel caso di ricorso a centri esteri, in quanto sarebbe ancora più complesso risalire all'identità del donatore, potendo il legislatore del paese estero in cui è stata effettuata la pratica non consentire l'accesso ai dati genetici del soggetto, obbligando così la coppia a ricorrere a sistema giudiziari con rilevanti costi in termini di perdita di tempo e denaro.

La fecondazione eterologa è stata addirittura assimilata all'adulterio, concepito come delitto della donna all'articolo 559 c.p. I sostenitori della legge definivano tale pratica come «una sorta di tradimento genetico, anche se asettico, all'interno della coppia», ossia «una ferita nei matrimoni»<sup>257</sup>. Il primo progetto di legge sulla PMA presentato al Parlamento italiano nel 1985 configurava la fecondazione assistita di tipo eterologo come un delitto, paragonandola all'adulterio estendendo a questa la stessa pena<sup>258</sup>.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'adulterio<sup>259</sup> dimostra che vietare la donazione di gameti sulla base della sola affinità con l'adulterio costituisce compiere un'assimilazione del tutto inappropriata.

Il ricorso ad uno dei centri autorizzati e specializzati per la realizzazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, di qualunque tipologia, che si fonda sul comune accordo e consenso da parte della coppia, non viola o contraria con la fedeltà coniugale, distinguendosi nettamente dall'adulterio.

---

<sup>254</sup> BADINTER, E., *L'amore in più. Storia dell'amore materno*, ed. it., Milano, 1981; Ariès, *Padri e figli nell'Europa medioevale e moderna*, ed. it., Bari, 1981.

<sup>255</sup> FORDER, C., *La procreazione assistita*, cit., p. 366.

<sup>256</sup> CANOVA, L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 669 ss.

<sup>257</sup> RISICATO, L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., p. 41 ss.

<sup>258</sup> LOSAPPIO, G., *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 2051.

<sup>259</sup> Corte cost., sent. 126/1968, in relazione ai primi due commi dell'art.

559 c.p., e Corte cost., sent. 147/1969, in merito ai commi 3 e 4 dell'art. 559 c.p. ed all'art. 560 c.p.

Un divieto che non trovava giustificazione neanche nel timore circa la possibile creazione di un mercato della fecondazione assistita, dal momento che sarebbe bastato il principio di gratuità della donazione del seme, nonché la previsione di sanzioni penali per chi commercializza gameti o embrioni.

Infine, riguardo al rilievo che la PMA eterologa costituisce un rischio per la salute della donna, a scongiurarlo basta l'obbligo per il donatore di sottoporsi ad un particolare *screening* diagnostico diretto ad escludere la presenza di malattie genetiche nei gameti del donatore.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il legislatore del 2004 ha introdotto un divieto, con annesse sanzioni, senza che ricorra alcuna offesa ad un bene giuridico dotato di rilevanza costituzionale. Il testo normativo risulta essere illegittimo nella parte in cui, in assenza di un "danno sociale", si limita a prevedere un divieto e presidiare un precetto etico-religioso<sup>260</sup>, a scapito del principio di laicità dello Stato<sup>261</sup>.

La concezione di famiglia quale stabile, fondata sul matrimonio ed eterosessuale può essere condivisa ma non può essere imposta dalla legge, il risultato di una tale imposizione sarebbe la lesione di valori fondamentali quali il rispetto della vita privata e familiare, nonché la libertà e l'autonomia nelle scelte personali. Il divieto assoluto di ricorso alla procreazione medicalmente assistita assume il significato di una limitazione delle libertà fondamentali.

Una scelta quella del legislatore influenzata dalla Chiesa cattolica, quale condanna ogni forma di PMA in vitro, sia essa di tipo omologo o di tipo eterologo. Una pratica definita «gravemente disonesta» e contraria «...all'unità del matrimonio, alla dignità degli sposi, alla vocazione propria dei genitori e al diritto del figlio ad essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio», poiché con l'intervento di un terzo estraneo che si frappone alla coppia, offrirebbero l'occasione «per il dominio sull'essere umano concepito...»<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Il divieto di donazione dei gameti è un chiaro esempio di una decisione legislativa in una materia eticamente sensibile che recepisce una posizione etico/religiosa controversa, che in quanto tale contrasta con i principi di laicità, pluralismo ed uguaglianza, dal momento che il contenuto della disposizione legislativa non è diretto ad un fine pratico (es. consentire un'attività), bensì solo ad imporre una determinata concezione della famiglia e del matrimonio, a sua volta espressione di una visione della vita e del mondo, la quale si concretizza poi in un fine pratico (impedire l'eterologa) e dunque impone una regola che viene adottata solo in quanto strettamente funzionale a quella visione.

<sup>261</sup> MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 353.

<sup>262</sup> *Catechismo della Chiesa Cattolica*, promulgato l'11 ottobre 1992, con la Cost. Ap. *Fidei Depositum*, Roma, Città del Vaticano, 1992, n. 2376.

A questo si aggiunga anche la convinzione del legislatore circa il possibile danno socio-sociale in cui andava in contro il nascituro.

La soluzione di maggior equilibrio a tali timori sarebbe potuta essere quella di ammettere la fecondazione di tipo eterologo, prevedendo però dei limiti e delle condizioni per l'esercizio della stessa<sup>263</sup>.

Un auspicabile intervento legislatore dovrebbe porre l'attenzione sull'organizzazione dei centri autorizzati e sulle c.d. "banche dati" vigilare in ordine alla scelta dei donatori e alla determinazione delle modalità di prelievo e di utilizzo del seme in modo da evitare fenomeni di eccessivo lucro o selezione eugenetica<sup>264</sup>.

La donazione dovrebbe essere controllata nella sua effettiva gratuità, nei requisiti di età e numero massimo di donazioni consentite e nel controllo genetico de prevenzione delle malattie.

Per quanto concerne il diritto all'anonimato concesso al donatore, questo potrebbe essere superato solo nei casi di assoluta necessità, attraverso l'esercizio dei poteri giudiziari dai registri delle strutture sanitarie previste dalla legge.

In conclusione, l'elenco di pro e contro alla possibilità di introdurre una disciplina circa la fecondazione di tipo eterologa spinge ad affermare che gli argomenti contrari non sono tali, né così forti da dover necessariamente condurre ad un divieto assoluto e generalizzato<sup>265</sup>.

Il divieto assoluto sancito dal legislatore italiano, lontano da quanto previsto in Paesi culturalmente vicini al nostro e in assenza di qualsiasi danno sociale, finalizzato a salvaguardare un principio ideologico, in contrasto con alcune delle libertà fondamentali sancite dal nostro ordinamento quali la libertà di scelta della coppia e di autodeterminazione su un tema delicato quale quello della genitorialità, rischia di generare effetti discriminatori e non bilanciati, poiché impedisce l'accesso alla procreazione assistita alle coppie affette dalle forme di sterilità più gravi, nonché da malattie infettive o gravi patologie trasmissibili geneticamente, che non potrebbe soddisfare il loro desiderio di diventare genitori attraverso un concepimento naturale o una partica di fecondazione omologa.

---

<sup>263</sup> VILLANI, R., *La procreazione medicalmente assistita*, op cit., p. 124.

<sup>264</sup> SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, op cit., p. 72 ss.

<sup>265</sup> VILLANI, R., *La procreazione medicalmente assistita*, op cit., p. 124.

### 3. LA PRONUNCIA DELLA PRIMA SEZIONE DELLA CORTE EDU DEL 1° APRILE 2010

Il dibattito italiano in tema di donazione di gameti è stato smosso dalla pronuncia del 1° aprile 2010 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>266</sup> concernente la normativa austriaca, una decisione che è andata oltre i confini austriaci, affrontando questioni comuni con altri ordinamenti.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo posto dalla normativa austriaca contrasti con il diritto al rispetto della vita privata e familiare in combinato disposto con il principio che prescrive il divieto di discriminazione.

La pronuncia era l'effetto di un ricorso contro la repubblica d'Austria presentato da due coppie coniugate di cittadini austriaci con problemi di sterilità; mentre nella prima coppia la donna era infertile a causa di problematiche legate alle tube di Falloppio e l'uomo era sterile, potendo ricorrere solo alla fecondazione eterologa in vitro vietata dalla legge austriaca, la quale consente solo la donazione di gameti maschili, nella seconda coppia l'uomo era fertile ma la donna era completamente infertile, avendo come unica possibilità la donazione di ovociti da parte di una donna esterna alla coppia. Questa ultima ipotesi non era contemplata nella legge austriaca, a differenza della donazione di gameti maschili per la realizzazione della fecondazione eterologa in vivo.

La Corte costituzionale austriaca aveva rigettato la richiesta delle due coppie in quanto la legge austriaca vieta l'uso di ovuli o spermatozoi di donatori per la fecondazione in vitro. Il legislatore austriaco aveva cercato una soluzione che potesse bilanciare i differenti interessi in gioco, quali la dignità umana, il diritto alla procreazione e il benessere dei nascituri, facendo rientrare la questione nell'ambito della tutela dell'articolo 8 della CEDU<sup>267</sup>. Un'ingerenza da parte dello Stato sul tema della fecondazione eterologa, esercitata attraverso l'imposizione del suo divieto, rientra nei margini di apprezzamento che questi può e deve esercitare.

I ricorrenti sostenevano che lo Stato non dovesse interferire o avere alcun margine di discrezionalità nel regolare i diritti concernenti la formazione della famiglia e la procreazione in ragione della loro natura di diritti fondamentali e che, per evitare qualsiasi tipo di abuso, fosse sufficiente controllare e vietare le eventuali remunerazioni circa la donazione di sperma e ovuli.

---

<sup>266</sup> Corte EDU, Sez. I, 1° aprile 2010, *S.H. and others v. Austria*, n. 57813/00

<sup>267</sup> *Convenzione Europea Dei Diritti Dell'Uomo*

Le due coppie lamentavano anche due ipotesi di discriminazioni: la disparità di trattamento tra coloro che, per portare a termine un trattamento di PMA, necessitano di una donatrice di ovuli, vietata dalla legge, e coloro invece che non hanno bisogno, consentito dalla legge austriaca, nonché tra chi, nel caso di donazione di sperma, ha bisogno della fecondazione in vivo, lecita, e chi invece deve necessariamente ricorrere a quella in vitro, vietata.

Meno rilevante veniva considerato l'interesse del nascituro a vivere relazioni familiari non insolite o ad essere informato circa la propria identità genetica<sup>268</sup>.

Il governo austriaco sosteneva la legittimità del divieto imposto in quell'ordinamento, alla luce di considerazioni di natura sociali, quali la necessità di evitare la selezione eugenetica, gli abusi derivanti dall'utilizzo di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia, fino alla mercificazione, con conseguente possibile sfruttamento e umiliazione delle donne, soprattutto per quelle che si trovano in condizioni di svantaggio dal punto di vista economico, e la dissociazione tra madre biologica e genetica.

In considerazione di ciò, ad avviso del governo, l'interferenza statale era giustificata e conforme ai parametri di proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza europea.

I giudici di Strasburgo, anche in considerazione del margine di apprezzamento<sup>269</sup> riconosciuto agli Stati membri, sono giunti alla conclusione che la legge austriaca non è conforme alla Convenzione, così come interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte.

---

<sup>268</sup> VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 126 osserva come la Corte si confronti decisamente e ripetutamente con un interesse pubblico (non, dunque, del figlio) a che le tecniche di PMA, per le loro modalità di attuazione, e per il tipo di esiti che possono avere in termini di relazioni familiari, non urtino una sensibilità etica di cui si registra la diffusione nei diversi contesti sociali.

<sup>269</sup> E' opportuno ricordare come la c.d. "dottrina del margine di apprezzamento" che trova la sua origine nell'ambito della disciplina della deroga ex art. 15 CEDU (articolo che prevede la possibilità per lo Stato di derogare alle previsioni convenzionali qualora si verifichi una situazione di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione) si è poi estesa rapidamente anche ad altri diritti riconosciuti dalla CEDU, ed in particolare ai diritti di libertà e sicurezza personale (art. 5), al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9) alla libertà di espressione (art. 10) di riunione e di associazione (art. 11), al principio di non discriminazione (art. 14) ed al diritto di proprietà (art. 1 del I° Protocollo). L'applicazione di tale approccio metodologico da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo ha suscitato però sin da subito un vivace dibattito in dottrina per la mancanza di legittimazione della Corte all'utilizzo di tale tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito. Inoltre viene evidenziato come, se è pur vero che le differenze nazionali rendono necessario il margine di apprezzamento, questo accresce tuttavia la difficoltà della costruzione di standard europei; la Corte, inoltre, ricorrendo a tale tecnica, abdicerebbe alla propria funzione di controllo giudiziale della condotta degli Stati membri, rinviando ad essi proprio ove le materie sono più sensibili e le problematiche più delicate. Cfr sul punto, tra gli altri, BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.; HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638 ss.



La nozione di vita prevista all'articolo 8 della CEDU<sup>270</sup> è un concetto molto ampio, che ricomprende il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri essere umani, nonché il diritto al rispetto della volontà sia di avere figli sia di non averli<sup>271</sup>. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto di farvi rientrare anche la decisione di una coppia di concepire un figlio attraverso le tecniche di fecondazione assistita, costituendo una modalità di esercizio del diritto alla vita privata e familiare.

La Corte, a differenza di quanto fatto nel caso *Evans*, evita di pronunciarsi circa la legittimità della restrizione all'accesso alla fecondazione eterologa, concentrandosi sui possibili profili discriminatori nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Prende in considerazione eventuali differenze di trattamento di situazioni analoghe per comprendere se abbiano una giustificazione e se ci sia un ragionevole rapporto di proporzione tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti.

Dal punto di vista del margine di apprezzamenti i giudici di Strasburgo ritengono che questo debba essere ampio, considerando che il tema delle tecniche di PMA dà adito a delicate questioni etiche e morali a fronte anche di un'evoluzione in campo medico scientifico. Tale libertà di manovra lasciata ad ogni singolo Stato viene sottoposta ad un sindacato della Corte, la quale deve verificare che le argomentazioni poste alla base delle eventuali disparità di trattamenti siano giustificate, equilibrate e che siano a garanzia di interessi meritevoli di tutela. Nel caso in questione la Corte ha analizzato i due casi separatamente.

In merito al divieto di donazione di ovociti, i giudici hanno analizzato la situazione comparandola con quella di soggetti infertili ma che non necessitano del ricorso a un donatore esterno per beneficiare con successo delle tecniche di fecondazione artificiale, potendo bastare quella di tipo omologo.

La Corte ritiene che le *«mere considerazioni sociali o etiche, sebbene accettabili, non possano da sole costituire il fondamento per giustificare il divieto totale di una sola tecnica, ma piuttosto venire in considerazione nel decidere se consentire o meno la procreazione artificiale in generale, dal momento che uno Stato non ha l'obbligo di adottare una normativa che consenta l'accesso alla procreazione artificiale. Ne deriva pertanto che, nel momento in cui lo Stato apre al riconoscimento giuridico della procreazione assistita, il quadro normativo escogitato dovrà risultare coerente in*

---

<sup>270</sup> Convenzione Europea Dei Diritti Dell'Uomo

<sup>271</sup> Caso *Evans* (*Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, n. 6339/05)

*considerazione dei differenti interessi legittimi coinvolti, a prescindere dal margine di apprezzamento di cui lo stesso gode»<sup>272</sup>.*

In altre parole, i timori fondati sulle considerazioni di tipo etico e morale non giustificano il divieto assoluto al ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita. La Corte, a tal proposito, prendendo in considerazione cinque categorie di rischi connessi alla tecnica di fecondazione eterologa, valuta e verifica se vi siano mezzi alternativi al divieto assoluto per poterli arginare e superare, e in primis prevenire.

Circa il rischio di selezione eugenetica degli embrioni donati, i giudici europei ritengono che la scelta di affidare l'esecuzione delle pratiche a medici specialisti con una particolare esperienza e conoscenza del campo costituisca una salvaguardia sufficiente per evitare tale pericolo.

Quando al rischio di sfruttamento e umiliazione delle donne che versano in condizioni economiche di svantaggio, la soluzione prospettata è stata quella di stabilire e garantire il principio di gratuità della cessione del gamete utilizzato per eseguire la fecondazione.

Per quanto attiene i rischi clinici sanitari, medesimi rispetto alla fecondazione di tipo omologo, è sufficiente la predisposizione e il rispetto da parte dell'operatore sanitario di protocolli medici appositi.

Infine, quando alla dissociazione tra maternità genetica e giuridica, secondo i giudici di Strasburgo non è un tema che rientra in modo specifico nella questione della fecondazione eterologa, venendosi a creare anche in caso di adozione, e può in ogni caso essere affrontata mediante un'adeguata e bilanciata regolamentazione giuridica.

Per quanto attiene il diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica, ad avviso della Corte, non costituisce un diritto assoluto, in quanto lo Stato può decidere legittimamente di tutelare l'interesse all'anonimato del donatore<sup>273</sup>.

Trattando, invece, la donazione di gameti maschili, la ragionevolezza e la proporzionalità della disparità di trattamento sono valutate in riferimento a quelle coppie che, per soddisfare il loro desiderio alla genitorialità, ma in presenza di una causa di infertilità o di sterilità, necessitano il ricorso all'inseminazione in vivo, consentita dalla legge austriaca.

Il divieto colpisce il combinato della fecondazione in vitro e della donazione di gamete maschile, le quali singolarmente sono legittime e non vietate dall'ordinamento, di

---

<sup>272</sup> Par. 74

<sup>273</sup> V. Odièvre c. Francia, ricorso n. 42326/98, sentenza 13 febbraio 2003, par. 49.

conseguenza la giustificazione della diversità di trattamento deve essere sorretta da argomentazioni persuasive, ciò che non è stato fatto.

La Corte, inoltre, critica l'argomento portato avanti dal governo austriaco per giustificare la scelta di consentire solo la fecondazione in vivo con seme donato da un soggetto terzo alla coppia, ossia la sua difficile attuabilità in concreto, dovuto all'uso pregresso della pratica, la sua facile esecuzione, nonché la mancanza di personale medio chirurgico specializzato.

Di fronte ad un interesse rilevante quale il desiderio di aver un figlio e il ridotto margine di apprezzamento che ne deriva, l'efficacia della sua regolamentazione dovrebbe finire in secondo piano.

Alla luce di queste considerazioni, sussiste una differenza di trattamento tra le coppie che per soddisfare il loro desiderio di diventare genitori possono solo ricorrere alla fecondazione eterologa in vitro, non consentita dalla legge austriaca, e quelle che legittimamente possono accedere a quella in vivo che viene regolata e consentita dall'ordinamento.

Ad avviso della Corte tale disparità di trattamento non trova alcuna giustificazione, risultando così obiettivamente discriminatoria.

Allo stesso modo si viene a realizzare un'ingiustificata differenza di trattamento tra coloro che, soffrendo di sterilità relativa, possono concepire un figlio semplicemente con l'ausilio del medico specializzato che tratta il materiale genetico della coppia, e coloro che, soffrendo di sterilità assoluta, privo di qualsiasi capacità di concepimento, deve necessariamente ricorrere ad una donazione di gameti da parte di soggetti esterni alla coppia stessa.

Non ritenendo, pertanto, giustificata la differenza di trattamento in entrambi i casi, i giudici sovranazionali concludono, affermando che vi è stata una violazione dell'art. 14 della CEDU in combinato disposto con l'art. 8, e dispongono, ai sensi dell'art. 41, a carico dello Stato austriaco il pagamento a titolo di equa soddisfazione in favore di ciascuna coppia della somma di 10.000,00 a titolo di danno non patrimoniale, oltre alle spese per il procedimento.

#### 4. DALL'ORDINANZA N. 150 DEL 2012 ALLA SENTENZA N. 162 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Nel 2012 la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 150, si è trovata ancora una volta ad affrontare il delicato tema della procreazione medicalmente assistita, sotto il profilo della fecondazione eterologa. Il Tribunale ordinario di Firenze, il Tribunale ordinario di Catania ed il Tribunale ordinario di Milano, rispettivamente con ordinanze del 6 settembre, del 21 ottobre 2010 e del 2 febbraio 2011, hanno sollevato, in riferimento agli articoli 117, primo comma, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, e 3 della Costituzione, nonché agli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione (la seconda e la terza ordinanza) ed all'articolo 29 della Costituzione (la terza ordinanza), questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della l. n. 40/2004<sup>274</sup> (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

I rimettenti dubitavano della legittimità di tali norme in quanto vietavano il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Il giudice costituzionale, investito in via incidentale della questione di legittimità delle norme suindicate, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici rimettenti, affinché procedano ad un rinnovato esame dei termini della questione, alla luce del mutato orientamento della Corte di Strasburgo nella sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, nel caso S.H. e altri contro Austria<sup>275</sup>, intervenuto dopo che la questione era stata sollevata.

---

<sup>274</sup> Articolo 4 Legge n. 40/2004 “3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.”

Articolo 9 “1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 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'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del Codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.”

Articolo 12 “1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.”

<sup>275</sup> Nella pronuncia S.H. e altri c. Austria, ric. n. 57813/00, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell'ambito dell'art. 8 CEDU, poiché tali scelte costituiscono chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. Ne deriva conseguentemente che il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia relativamente alle scelte in tema di genitorialità viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione, quale quella eterologa, che costituisce peraltro l'unica via per consentire ad una coppia di superare i propri problemi di sterilità o infertilità, non altrimenti risolvibili. E ciò, giova ricordarlo, senza che tale scelta vada a comprimere altri diritti fondamentali della persona, né altri diritti costituzionalmente garantiti, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) Ultima consultazione in data 7 Giugno 2024

La Sezione I della CEDU<sup>276</sup> aveva ritenuto che, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare, per cui i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale (fecondazione in vitro con seme di terzo; fecondazione con donazione di ovociti), nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 CEDU, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

La Grande Camera ha modificato l'ordinamento ritenendo che il divieto di fecondazione assistita eterologa imposto dalla legge austriaca, pur costituendo un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori riguarda una materia controversa ed eticamente sensibile per la cui disciplina normativa spetta agli Stati un ampio margine di apprezzamento ed è il frutto di un bilanciamento accettabile tra i diritti degli aspiranti genitori e quelli dei terzi e della collettività, non lesivo degli art. 8 e 14 CEDU<sup>277</sup>, i quali prescrivono rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione.

La restituzione degli atti è stata ritenuta necessaria alla luce del fatto che il giudice comune deve tenere in considerazione le norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo, e, inoltre, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale proposta<sup>278</sup>.

La Corte costituzionale con la pronuncia n. 162 del 2014<sup>279</sup> ha evidenziato l'irragionevolezza del divieto di fecondazione eterologa posta dalla Legge sulla procreazione medicalmente assistita in virtù del quale i soggetti affetti da patologie che comportino o meno sterilità o infertilità assolute o relative vengono irrimediabilmente privati dal diritto di autodeterminarsi alla formazione di una famiglia.

---

<sup>276</sup> Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 1° aprile 2010, S. H. c. Gov. Austria

<sup>277</sup> ROMBOLI, R., "Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come *ius superveniens* e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa" <https://giurcost.org/contents/giurcost/studi/Romboli2.pdf>

<sup>278</sup> "Corte costituzionale - Ord. 150/2012: PMA." *Biodiritto*, 22 May 2012, [www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-ord.-150-2012-PMA](http://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-ord.-150-2012-PMA) Ultima consultazione in data 11 Giugno 2024

<sup>279</sup> Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162, in *Giuri Cost.*, (ECLI:IT:COST:2014:162)

Una pronuncia che mette in luce l'inadeguatezza dei limiti imposti dal legislatore italiano in campo biomedico, in ragione di un bilanciamento degli interessi coinvolti che risulta essere carente di ragionevolezza. L'interazione tra il dato normativo e il formante giurisprudenziale è dovuta alla delicatezza e alla particolarità della sede, nella quale emergono «diritti e valori di particolare intensità, ampiezza e portata»<sup>280</sup>.

Nel caso in questione tre Tribunali di merito, quelli di Milano, Firenze e Catania, avevano sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (Milano e Catania), nonché (Tribunale di Milano) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della Legge n. 40<sup>281</sup>. I rimettenti, per quanto concerne la violazione dell'articolo 3 Cost., evidenziavano come il divieto di fecondazione eterologa avesse come conseguenza una differenza di trattamento tra le coppie affette da sterilità o da infertilità e le coppie affette da o portatrici di una malattia genetica rara trasmissibile. Dunque, tali coppie avrebbe dovuto avere eguale diritto di ricorrere alle pratiche di PMA.

Il Tribunale di Milano, richiamando i principi espressi dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *S.H. e altri v. Austria*, ha rilevato la violazione degli articoli 2, 29 e 31<sup>282</sup> della Costituzione, in quanto non sarebbe stato garantito alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile, il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e quindi all'autodeterminazione con evidente pregiudizio del diritto di formare una famiglia per le coppie colpite dalla patologia più grave.

Il Tribunale di Catania, diversamente, lamentava la violazione degli articoli 2 e 32 Cost. poiché le norme impugnate comportavano un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto alla formazione di una famiglia nonché dei diritti fondamentali del nascituro.

---

<sup>280</sup> VIOLINI, L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in Osservatorio costituzionale, Rivista AIC, 2014, 10.

<sup>281</sup> Vedi Articolo 4, comma 3, Legge n. 40/2004 "3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo."

<sup>282</sup> Articolo 2 Cost. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

Articolo 29 Cost. "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare."

Articolo 31 Cost. "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo."

La Corte, dichiarando fondate le questioni sollevate dai rispettivi tribunali, ha ritenuto che la tematica richieda da parte del legislatore l'individuazione di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità umana, con l'intento di verificare se sia stato realizzato un irragionevole bilanciamento<sup>283</sup>.

La scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia formata anche da dei figli è espressione della fondamentale libertà di autodeterminazione, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, e questo vale «anche per la coppia assolutamente sterile o infertile», che decida di procedere alla fecondazione eterologa. La Corte ha dichiarato, dunque, l'incoercibilità del «diritto ad avere figli»<sup>284</sup>.

In ragione di tale considerazione, eventuali limitazioni a tale libertà, ed in particolar modo un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere giustificate dall'impossibilità di tutelare altri diritti fondamentali di pari rango.

L'impossibilità di formare una famiglia e concepire un figlio con il proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente sulla salute della coppia, «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica». Coerentemente, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti».

La discrezionalità del legislatore ordinario nell'individuare le misure di tutela di coloro che sono affetti da una patologia riproduttiva di una disabilità incontra il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati».

Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche non può nascere dalla mera discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere in considerazione anche gli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela necessaria.

Il legislatore è sì sovrano nel fare scelte anche in campo di procreazione medicalmente assistita, ma le scelte non possono essere «irragionevoli».

---

<sup>283</sup> POGGI, A. "1.1. La Sentenza Della Corte costituzionale N. 162 Del 2014." *Bioetica News Torino*, 26 Luglio 2016, [www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto](http://www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto) Ultima consultazione in data 12 Giugno 2024

<sup>284</sup> "Fecondazione Eterologa: Ecco Il Dispositivo Della Sentenza 162/2014 Della Consulta Che Boccia Il Divieto Della Legge 40." *Sanità24*, 11 Giugno 2014, [www.sanita24.ilsole24ore.com/art/giurisprudenza/2014-06-11/SENTENZA\\_LEGGE40\\_CONSULTA-061656.php?uuid=AbBpiQsJ&refresh\\_ce=1](http://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/giurisprudenza/2014-06-11/SENTENZA_LEGGE40_CONSULTA-061656.php?uuid=AbBpiQsJ&refresh_ce=1) Ultima consultazione in data 12 Giugno 2024

In tema di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, come ribadito nella sentenza n. 151 del 2009, avendo comunque il legislatore la possibilità di intervenire in modo conforme ai principi costituzionali<sup>285</sup>.

Il divieto di fecondazione eterologa, a detta della Corte, incide su alcuni beni costituzionali, ma ciò non risulta necessario a farlo ritenere illegittimo<sup>286</sup>. Beni costituzionali quali l'autodeterminazione e la vita ricavabili dagli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione, favoriti dal ricorso a tale tecnica, in particolare nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, e per cui deve escludersi un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici. La fecondazione eterologa non comporta rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedente la normale elea insita in qualsiasi pratica terapeutica<sup>287</sup>.

L'unico interesse che si contrappone ai suddetti beni costituzionali è quello del nato da PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia dalla violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica<sup>288</sup>.

La Corte, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, ha dichiarato l'illegittimità del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo previsto dall'articolo 4, comma 3, legge n. 40/2004, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, di detta legge.

In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate. Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2.

---

<sup>285</sup> Cons. dir. p.to. 7.

<sup>286</sup> Cons. dir. p.to. 8.

<sup>287</sup> Cons. dir. p.to. 9.

<sup>288</sup> Cons. dir. p.to. 10.



Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina del consenso, dato che la completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. È, inoltre, parimenti chiaro che l'art. 7 della legge n. 40 del 2004, il quale offre base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una *species*, è, all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo sono altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi<sup>289</sup>.

Il divieto è stato il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento. Alla luce dello scopo perseguito dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), il limite assoluto di accesso alla fecondazione eterologa evidenzia la presenza di un elemento di irrazionalità, una tale negazione del diritto alla genitorialità incide negativamente sul diritto alla salute psichica delle coppie affette dalle patologie più gravi. Il divieto dell'articolo 4 lede la libertà fondamentale di diventare genitori della coppia che decide di ricorrere a una pratica di PMA, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali devono ritenersi congruamente garantite.

Insomma, la questione dell'irrazionalità della norma censurata si fonda sulla irragionevolezza della legge rispetto agli obiettivi che la stessa intende perseguire, e non sulla contrarietà della norma rispetto alla normativa costituzionale<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Cons. dir. p.to 11.

<sup>290</sup> POGGI, A. "I.I. La Sentenza Della Corte costituzionale N. 162 Del 2014." *Bioetica News Torino*, 26 Luglio 2016,

Inoltre, la regolamentazione degli effetti della procreazione assistita di tipo eterologo praticata al di fuori de nostro Paese realizza un ingiustificato e differente trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alle possibilità economiche delle stesse, l'aspetto economico diventa requisito necessario per esercitare un diritto fondamentale<sup>291</sup>.

In conclusione, la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale può essere definita come “storia” in ragione del fatto che demolisce quasi completamente non solo una parte della Legge n. 40 del 2004 ma anche lo stesso scopo del testo normativo, il quale si concretizza nel consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Con la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 4 si è aperta la strada alla fecondazione eterologa in Italia, ovvero alla fecondazione con gameti provenienti da un donatore esterno alla coppia, ma solo nel caso in cui «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili».

Alcuni punti della pronuncia sono stati contesti e criticati.

In primo luogo, il giudice costituzionale non prende in considerazione l'interesse del concepito. Tale interesse viene ricondotto al mero diritto del nato da PMA eterologa a conoscere le proprie origini biologiche o al mero rischio psicologico. La critica che venne mossa contestava il ragionamento che la Corte ha fatto, basando la propria decisione sul necessario bilanciamento degli interessi che vengono in gioco in tema di fecondazione eterologa, senza però prendere in considerazione quelli del nascituro, non potendo quindi compiere un ragionevole ed equo bilanciamento.

La Corte compie un ragionamento che risulta, altresì, contraddittorio perché pretende di assumere una decisione che tenga in considerazione tutti gli interessi dei soggetti coinvolti, ma non affronta la questione dell'interesse degli embrioni umani. Si tratta di un aspetto che il legislatore del 2004 ha tenuto presente nell'elaborazione della legge n. 40, alla base della quale vi era la considerazione del processo di formazione della vita che aveva condotto ad anticipare il momento in cui il soggetto umano necessitava di essere

---

[www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto](http://www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto) Ultima consultazione in data 12 Giugno 2024

<sup>291</sup> Cons. dir.p.to. 13.

tutelato. Considerazione svolta alla luce del riconoscimento della dignità dell'embrione anche in sede europea dalla Corte di Giustizia.

Il divieto di fecondazione eterologa imposto dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita era finalizzato ad una serie di copi, quali la riconduzione della fecondazione artificiale nell'ambito del matrimonio e/o della coppia di fatto, garantire all'embrione l'inscindibilità tra genitorialità affettiva e biologica e impedire qualsiasi utilizzo a scopo eugenetico delle tecniche di PMA.

La Consulta, nella sentenza stessa, ricorda che il legislatore del 2004 aveva effettuato la scelta politica di vietare la fecondazione eterologa, ammessa prima dell'entrata in vigore della Legge n. 40/2004, al seguito di una valutazione degli interessi coinvolti e di un'analisi delle risultanze scientifiche e dei profili etici.

Si potrebbe parlare di un'intromissione nel campo del Parlamento della Corte dal momento che quest'ultima ribalta i processi logici del controllo di costituzionalità, secondo i quali il bilanciamento che era stato operato tra i vari interessi risultava essere ragionevole. Nella pronuncia del 2014 è la stessa Corte costituzionale a decidere il fine, ossia la libertà di procreare e l'autodeterminazione della coppia a procreare.

Una scelta che spalanca la strada verso la liberalizzazione totale dei processi riproduttivi, avendo ricondotto il diritto di autodeterminarsi della coppia a diritto assoluto, il giudice costituzionale ha chiuso ogni spazio di limitazione dello stesso da parte del legislatore<sup>292</sup>.

Il punto più controverso e criticato di questa pronuncia da parte della dottrina è stata l'assunzione a categoria di diritto fondamentale e assoluto il diritto di "autodeterminazione della coppia", non espressamente previsto dalla Costituzione.

Il problema nasce dal fatto che la Corte da un lato dice che la delicatezza del tema della procreazione medicalmente assistita richiede che il legislatore bilanci adeguatamente i valori che vengono in gioco, dall'altro, in contraddizione, con la pronuncia in questione fa prevalere il diritto all'autodeterminazione della coppia.

Infine, la Consulta non prende in considerazione, come già accaduto in altre pronunce della stessa, elementi di conoscenza biomedica ovvero elementi che emergono da ricerche scientifiche in materia di procreazione, oppure non considera gli sviluppi che la propria decisione potrebbe aprire in campo biomedico. Mentre richiamo la violazione dell'articolo 32 dal punto di vista della salute psichica, la quale viene lesa ogni qualvolta

---

<sup>292</sup> VIOLINI, L., *La Corte e l'eterologa; i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, Rivista «Associazione italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio costituzionale, luglio 2015; Morrone, A., *Ubi scientia ibi iura*, «Consulta online», 2014.

una coppia non sia messa in condizione di avere figli non potendo concepire naturalmente, non si pone il problema della tutela della salute come problema medico e di quali limiti la biomedica imponga alle tecniche procreative proprio allo scopo di tutelare la salute<sup>293</sup>.

In conclusione, la Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 sapeva di muoversi su un terreno eticamente sensibile e che la sua decisione, qualunque essa fosse stata, avrebbe incontrato il favore di alcuni e la critica di altri. Ciononostante, sulla corte non devono ricadere le responsabilità di scelte effettuate in sede di politica legislativa. La decisione del legislatore nel caso della legge sulla PMA è risultata piegata al valore della maggioranza, influenzata da una società, quella italiana, legata al concetto di famiglia tradizionalmente intesa. Le soluzioni normative che ne sono derivate, caratterizzate da dubbia legittimità costituzionale, sono state oggetto di modifiche e demolizioni da parte dei giudici nel corso del tempo.

Nel caso in questione, la Corte ritiene che non si tratti di *“assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia”*, piegando le tecniche al soddisfacimento di desideri egoistici ed assolutizzanti, ma viene messo in discussione il diritto alla salute, nello specifico sotto il profilo psichico, rispetto al quale solo le valutazioni di ordine medico scientifico sono in grado di dare risposte soddisfacenti sull'uso delle tecniche, ferma restando *“la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango”*.

Un'argomentazione attenta quella condotta dalla Corte che, da un lato, mette da parte quel pregiudizio che ha accompagnato l'uso delle tecniche di fecondazione assistita al tempo dell'approvazione della legge, assumendole per quelle che sono, vale a dire uno strumento di cura da impiegare sotto la diretta responsabilità degli operatori medici per quel che concerne gli effetti e i risultati attesi, e dall'altro, tiene fermo il principio del giudizio di ragionevolezza in quanto è suo specifico dovere andare a sindacare se l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa, in favore del diritto alla salute e della volontà della coppia di avere un figlio, non sia pregiudizievole di altri interessi ugualmente garantiti a livello costituzionale.

---

<sup>293</sup> POGGI, A., *“1.1. La Sentenza Della Corte costituzionale N. 162 Del 2014.” Bioetica News Torino*, 26 Luglio 2016, [www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto](http://www.bioeticanews.it/1-quanto-la-sentenza-rispetta-il-senso-originario-del-dettato-costituzionale/#:~:text=162%2F2014%3A%20cade%20il%20divieto) Ultima consultazione in data 12 Giugno 2024

5. LEGITTIMO IL DIVIETO DI ACCESSO ALLA PMA PER LE COPPIE OMOSESSUALI E L'OSTATIVITÀ AL RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI CIVILI DELLA GENITORIALITÀ DI TALI COPPIE NELL'ORDINAMENTO INTERNO

Il tema dell'omogenitorialità, sotto il profilo dell'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali, è precluso dall'articolo 5<sup>294</sup> della legge n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*). In caso di violazione del divieto circa l'accesso alle tecniche di PMA l'articolo 12<sup>295</sup> della medesima legge dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Nel testo originario, la legge vietava in modo assoluto sia la fecondazione eterologa (in vivo o in vitro) che la maternità surrogata. Dopo l'intervento della Corte costituzionale, suddetto, oggi le coppie eterosessuali possono ricorrere alla fecondazione eterologa nei casi in cui queste presentino *“patologie che determinino una sterilità assoluta e irreversibile”*.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 221 del 2019<sup>296</sup>, ha ritenuto costituzionalmente legittime le disposizioni della legge n. 40/2004 che vietano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali, seppur formate da due donne. La Consulta ha affrontato il diverso tema dell'estensione della PMA alle ipotesi c.d. di *“infertilità sociale”* o *“relazionale”*.

Le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate dal Tribunale di Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018, e di Bolzano, ordinanza 3 gennaio 2019, e riunite in un'unica pronuncia dal giudice costituzionale.

Al Tribunale di Pordenone si erano rivolte due donne convivente more uxorio dal 2012 e unite civilmente dal 2017 perché l'Azienda per l'assistenza sanitaria n. 5 “Friuli occidentale” aveva negato la richiesta di accesso alla PMA ad una delle due *“sul rilievo che l'articolo 5 della legge n. 40 del 2004 riserva la fecondazione assistita alle sole*

---

<sup>294</sup> Articolo 5, Legge n. 40/2004 (Requisiti soggettivi) *“1. 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.”*

<sup>295</sup> Articolo 12, Legge n. 40/2004 (Divieti generali e sanzioni) *“2. 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.”*

<sup>296</sup> Corte costituzionale 18 giugno 2019, n. 221, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2019:221)

*coppie composte da persone di sesso diverso*”. Nel frattempo, l’altra donna aveva intrapreso il percorso di fecondazione eterologa in Spagna dando alla luce due gemelle. Al tribunale di Bolzano, diversamente, si era rivolta una coppia unita con rito civile in Danimarca nel 2014, con successiva trascrizione dell’atto di matrimonio in Italia nel registro delle unioni civili. La coppia, per problemi legati all’infertilità e a ad un’aritmia cardiaca, si erano rivolte all’Azienda Sanitaria di Bolzano per accedere alle pratiche di PMA. La loro domanda era stata respinta sull’assunto che “*l’art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 vieta le tecniche di fecondazione eterologa e che il successivo art. 5 consente di accedere alle tecniche di PMA solo alle coppie composte da persone di sesso diverso*”.

I giudici *a quibus* si sono rivolti alla Corte richiedendo l’apertura della PMA anche alle coppie omosessuali femminili, richiamando il contrasto degli articoli 5 e 12, commi 2, 9 e 10, legge n. 40/2004 con gli articoli 2, 3, 11, 31, 32 e 117, comma 1 della Costituzione. Nel caso preso in esame la Corte non ha affrontato direttamente il problema della maternità surrogata affidando, in modo analogo a quanto era accaduto con le pronunce nn. 162/2014 e 272/2017, le considerazioni a degli *obiter dicta*<sup>297</sup>.

Infatti, la Corte spiega che la procreazione medicalmente assistita, per le coppie omosessuali femminili, si effettua mediante la fecondazione artificiale di tipo eterologo tramite l’ausilio di gameti maschili di un donatore autonomo. Differente è il caso delle coppie omosessuali maschili in cui la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la gestazione per altri, una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando a reclamare diritti sul nascituro. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall’articolo 12, comma 6, legge n. 40/2004 “*6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*”<sup>298</sup>.

Con riferimento all’articolo 2 Cost. i giudici evidenziano la necessità di tutelare il diritto fondamentale alla genitorialità dell’individuo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. L’articolo 3 prescrive l’assenza di disparità di

---

<sup>297</sup> ANGELINI, F., *L’ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull’ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, p. 1 ss.

<sup>298</sup> Cons. dir. p.to 8.

trattamento sulla base dell'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei cittadini, alla luce dei costi ingenti necessari per ricorrere alle pratiche di PMA in uno Stato estero essendo in Italia vietato l'accesso. L'articolo 31 e 32 Cost. tutelano la maternità e il diritto alla salute, sia fisica che psichica. Infine, l'articolo 117 Cost., comma 1, in relazione agli articoli 8 e 14 CEDU, prevede il diritto al rispetto della vita familiare ed il divieto di discriminazione. Il divieto posto dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita si tradurrebbe *“in una inammissibile interferenza in una scelta di vita che compete alla coppia familiare, attuando, al tempo stesso, una irragionevole discriminazione fondata sul mero orientamento sessuale dei suoi componenti”*<sup>299</sup>.

Solamente il tribunale di Bolzano aveva sollevato la questione di costituzionalità anche in relazione all'articolo 11 Cost. e agli articoli 2, paragrafo 1, 17 23 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici in tema di divieto di discriminazione e diritto al rispetto della vita privata e familiare, e ad alcune previsioni della Convenzione di New York sui diritti per le persone con disabilità, con particolare riferimento alla c.d. *“disabilità riproduttiva”*.

Il giudice costituzionale ha mosso la sua riflessione dalla premessa che la materia della procreazione medicalmente assistita coinvolge argomenti eticamente sensibili e rilevanti, il bilanciamento delle opposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, spetta in prima battuta al legislatore. Gli Stati membri, come in più occasioni precisato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, conservano *“un ampio margine di apprezzamento”* nella materia della PMA, proprio per le delicate questioni di ordine etico e morale che si prospettano e per il fatto che non vi è un consenso generale sulle stesse. Alla luce di ciò, *“il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”*<sup>300</sup>.

La possibilità di scindere l'atto sessuale dalla procreazione, mediante l'intervento medico, poe alcuni dubbi circa l'esistenza di un *“diritto a procreare”*. In particolar modo, si tratta di comprendere se il desiderio di avere un figlio anche attraverso l'utilizzo di tecnologie mediche meriti di essere soddisfatto sempre e comunque, oppure se sia legittimo e giustificabile limitare l'accesso alle pratiche di PMA in ragione di specifiche situazioni

---

<sup>299</sup> Ritenuto in fatto p.to 1

<sup>300</sup> Cons. dir. p.to 9.

ed esigenze, e ciò in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato.

La Corte per rispondere al quesito individua “due idee di base”<sup>301</sup>: la prima concerne la funzione delle tecniche di procreazione assistita e la seconda attiene alla struttura del nucleo familiare.

Il legislatore ha concepito le tecniche di procreazione medicalmente assistita quali rimedi alla sterilità o alla infertilità umana dovute a una causa patologica irreversibile. La PMA non costituisce una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa a quella naturale.

Per quanto riguarda la struttura del nucleo familiare la legge n. 40/2004 pone una serie di limiti soggettivi per l’accesso alla fecondazione artificiale con l’obiettivo di far sì che detto nucleo si sviluppi con la presenza di un padre e una madre. A quest’idea è legato anche il divieto di PMA eterologa presente nel testo originario della legge, una limitazione di tipo oggettivo finalizzata ad assicurare il mantenimento di un legame biologico fra nascituro e genitori.

Nonostante le questioni sottoposte alla Corte riguardino soltanto il divieto di accesso alla PMA alle coppie omosessuali femminili, l’eventuale apertura a beneficio di queste potrebbe innescare interrogativi per le coppie maschili, mettendo a rischio il divieto della maternità surrogata.

Il giudice costituzionale fornisce una risposta negativa implicita alla domanda. Una soluzione che ricava dalle linee direttrici che hanno del legislatore del 2004, senza far alcun riferimento ai parametri costituzionali, salvo la contestazione che la disciplina in materia non presenta incongruenze interne essendo l’infertilità fisiologica delle coppie omosessuali femminili non paragonabile all’infertilità di una coppia eterosessuale affetta da patologie irreversibili. Si tratta di «fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti», la differenza fra le due tipologie di infertilità esclude un obbligo di equal trattamento e una discriminazione basata sull’orientamento sessuale, confermato anche dalla Corte EDU che non ha rilevato un’ingiustificata parità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali nei casi in cui la legge nazionale riservi l’inseminazione artificiale alle sole coppie eterosessuali sterili<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> Cons. dir. p.to 10.

<sup>302</sup> In particolare, la Corte costituzionale richiama la Corte EDU, sez. V, sentenza 15 marzo 2012, ricorso 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*.



La Corte affrontando il tema della genitorialità dimostra l'intenzione di voler preservare i contenuti della legge n. 40 lasciando intuire la decisione finale del giudizio.

Richiamando la pronuncia n. 162/2014 la Corte ha precisato che la libertà e il desiderio di diventare genitori e di formare una famiglia non può che essere incoercibile, qualora non si scontri con altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo. Una scelta che «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»<sup>303</sup>.

La scelta operata dal legislatore rimane «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>304</sup>.

Il concetto e l'idea di genitorialità e di famiglia sono profondamente cambiati dal 2004 ad oggi, come anche il grado di accettazione da parte della collettività dell'omogenitorialità.

La Corte rileva che la disciplina legislativa non risulta essere irrazionale o ingiustificata, «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»<sup>305</sup>.

La chiusura della Corte nei confronti delle coppie omosessuali suscita perplessità perché l'orientamento sessuale viene preso in considerazione quale elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione del nascituro da parte della società. Il giudice enuncia una diversità di funzione della PMA rispetto all'adozione che nella realtà non è così vera, in particolar modo la legge n. 40 ci dice che alla coppia intenzionata a ricorrere alla procreazione medicalmente assistita deve essere data la possibilità di

---

<sup>303</sup> Cons. dir. p.to 6.

<sup>304</sup> Cons. dir. p.to 13.1.

<sup>305</sup> Cons. dir. p.to 13.1.

ricorrere alle procedure di adozione o di affidamento come alternative alla fecondazione artificiale<sup>306</sup>.

I valori costituzionali presi in considerazione devono essere bilanciati a seconda che ci si trovi nella fase della procreazione o in quella posteriore alla nascita, dottrina e giurisprudenza riconoscono rilevanza alle nuove forme di genitorialità, sia etero che omosessuali. Ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis* è fondamentale il consenso quale espressione dell'autoresponsabilità genitoriale, sulla quale non incide il fattore dell'orientamento sessuale. Inoltre, la responsabilità genitoriale emerge sin dal momento in cui la coppia acconsente all'inseminazione artificiale.

Con riguardo alla tutela costituzionale del diritto alla salute<sup>307</sup> la Corte ritiene che non possa essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva che una coppia reputi essenziale, nel caso in esame il diritto ad essere genitori.

Nella pronuncia del 2014 la decisione era stata opposta, si tratta del caso di una coppia eterosessuale alla quale era stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili<sup>308</sup>. Il giudice costituzionale non chiarisce il motivo per il quale il diritto alla salute sia degno di essere tutela per le coppie eterosessuali e non per quelle omosessuali. Anche in questo punto risulta evidente che l'elemento distintivo sia l'orientamento sessuale.

La violazione dell'articolo 32 Cost. non è neanche ipotizzabile nel caso in cui le *partner* presentino entrambe una patologia irreversibile che impediscono la produzione di ovociti o la gestazione. Nelle coppie eterosessuali la presenza di una malattia genetica fa venir meno la normale fertilità della coppia stessa, elemento irrilevante da quel punto di vista nelle coppie omosessuali di per sé affetta da infertilità fisiologica<sup>309</sup>.

La Corte rigetta anche l'ipotesi di disparità di trattamento legata alle differenti capacità economiche delle coppie, ossia il fatto che non tutti si possano permettere di recarsi all'estero per sottoporsi alle pratiche di PMA che in Italia sono vietata. Nella sentenza n. 162 del 2014 la questione medesima, ma per le coppie eterosessuali, era stata accolta.

In questo caso ha affermato che «assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione»<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. art. 6, co. 1, l. n. 40/2004.

<sup>307</sup> Cfr. Articolo 32 Cost.

<sup>308</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 13.

<sup>309</sup> Cfr. cons. dir. p.to 17.

<sup>310</sup> Cfr. cons. dir. p.to 14.

La pronuncia tocca indirettamente il tema dell'attribuzione dello *status filiationis*.

La Corte, riferendosi a una pronuncia della Cassazione del 2016, ha riaffermato la possibilità che un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito di fecondazione eterologa, possa essere trascritto nel registro dello stato civile, evidenziando la mancanza di un contrasto con l'ordine pubblico interno. Viene rispettato il principio *mater semper certa est* e il conseguente riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti dell'altra componente della coppia che ha contribuito con la donazione dell'ovocita alla procreazione e che ha, perciò, un legame biologico con il nascituro. Secondo la Corte EDU l'esistenza di un legame biologico con il minore rappresenta il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta degli strumenti più adeguati a conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con tutti gli interessi coinvolti<sup>311</sup>.

In ragione del *best interests* del minore e del rispetto margine di apprezzamento dello Stato, la Corte EDU ha ritenuto che il diritto interno debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente. Non è previsto alcun obbligo in capo agli Stati circa la trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero, possono decidere di utilizzare qualsiasi altro strumento, basti pensare all'adozione in casi particolari, alla sola condizione che venga garantita certezza circa lo *status* del minore<sup>312</sup>.

La pronuncia del 2019 rappresenta un passo in avanti nell'ottica della tutela del *best interest of the child*. In dottrina sembrerebbe pacifico ritenere che la doppia maternità (naturale e biologica) possa essere registrata all'atto di nascita anche quando il bambino abbia visto la luce in Italia.

Tuttavia, la Corte costituzionale con la successiva pronuncia n. 237 del 2019<sup>313</sup> ha generato alcune incertezze sul tema. La questione era stata sollevata a seguito di un rifiuto di un ufficiale di stato civile a ricevere la dichiarazione di nascita da parte di una coppia di due donne ricorse alla PMA eterologa all'estero. Il bambino era nato in Italia ma

---

<sup>311</sup> Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia*; sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassée c. Francia*; Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Queste pronunce si occupano della surrogazione di maternità, ma il ragionamento è riferibile anche alla PMA (senza gestazione per altri)

<sup>312</sup> Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

<sup>313</sup> Corte costituzionale 21 gennaio 2019, n. 237, in Giur. Cost., (ECLI:IT:COST:2019:237)

vantava anche la cittadinanza statunitense, acquisita dalla madre gestazionale. L'ordinamento italiano non consente di formare in Italia un atto di nascita che riconosce come genitori di un minore con cittadinanza straniera due persone dello stesso sesso. La questione è stata dichiarata inammissibile, e la Corte ha dichiarato che resiste a censura l'affermazione assunta dal giudice a quo, secondo la quale, nel nostro ordinamento, è escluso che due persone dello stesso sesso possano essere genitori. Il Giudice ha, inoltre, aggiunto che la genitorialità del nato a seguito di PMA è legata anche al secondo prestatore e alla responsabilità assunta dalla coppia che ha deciso di sottoporsi ad un trattamento di fecondazione artificiale. Principio desumibile dall'articolo 8 della legge n. 40/2004, il quale riconosce ai *“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”*, e dal successivo articolo 9<sup>314</sup> che, nei casi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità<sup>315</sup>.

La Corte costituzionale con la pronuncia n. 221/2019 ha affermato che l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale, inoltre la giurisprudenza della Corte EDU ha sancito che una legge nazionale che riservi all'accesso alla procreazione medicalmente assistita solo alle coppie eterosessuali non è fonte di un'illegittima disparità di trattamento verso le coppie omosessuali perché si tratta di due situazioni non paragonabili.

Alla luce delle considerazioni giurisprudenziali, risulta esservi una disparità di trattamento tra i figli di coppie omosessuali femminili che siano riaccolte alla PMA omologa in base al luogo della loro nascita: se nati all'estero, potranno ottenere il riconoscimento attraverso la trascrizione dell'atto straniero in Italia, se, diversamente, nati in Italia, non vi sarebbe la possibilità di riconoscere una doppia maternità, avendo come unica soluzione l'adozione in casi particolari nonostante il legame biologico con la madre intenzionale. Per tale ragione, è fondamentale comprendere se l'adozione in casi particolari garantisca un livello di tutela adeguato al minore, sia nei tempi di attesa sia perché non comporta alcun legame con la famiglia dell'adottante.

---

<sup>314</sup> “Gazzetta Ufficiale.”

[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), [www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004G0062/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004G0062/sg)

<sup>315</sup> Corte cost., sent. n. 237/2019, cons. dir. p.to 3.1.1.

La genitorialità che deriva dalla PMA prescinde dal legame genetico, perché fondata sulla consapevole assunzione della responsabilità genitoriale e sul consenso prestato nell'accesso a tale pratica<sup>316</sup>.

Conseguentemente a tale considerazione, la Corte d'Appello di Perugia, contestualmente alla sentenza n. 237/2019, con il decreto 18 novembre 2019 ha disposto la rettifica dell'atto di nascita di una bambina, nata in Italia a seguito di PMA eterologa praticata all'estero da parte di due donne, consentendo il riconoscimento da parte della partner della madre biologica, anche in assenza di un legame biologico-genetico. La Corte ha, altresì, attribuito alla bambina il cognome di entrambe le donne, essendo stata la fecondazione concordata nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, realizzando il diritto del figlio all'identità personale – che ha copertura costituzionale assoluta e che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro – e il paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale.

Il diritto all'identità personale, come diritto fondamentale riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, necessita di una salvaguardia anche se realizzato in violazione di norme ordinarie interne.

La Corte costituzionale, nel decidere, dovrebbe valutare se la negazione della possibilità di indicare la doppia genitorialità nell'atto di nascita determini «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile» ai danni del minore in violazione del diritto a uno *status filiationis* e al principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di discriminazioni legislative basate su condizioni personali e sociali<sup>317</sup>.

L'anima conservativa della sentenza rispetta la volontà della Giudice costituzionale di serrare le braccia davanti alla possibilità di introdurre la surrogazione di maternità nel nostro ordinamento, pratica il cui divieto è garantito da sanzioni penali.

---

<sup>316</sup> CASABURI, G., *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, cit.

<sup>317</sup> Così si era espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 494/2002 (cons. dir. p.to 5) nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, co. 1, c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato dall'art. 251, co. 1, del Codice civile. Il legislatore ha poi recepito le conclusioni della Corte con la l. n. 219/2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*) e il successivo d.lgs. n. 154/2013 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*). In merito, si vedano le considerazioni di B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?* in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197 ss.

Un approccio che sta ad indicare che è compito del legislatore compiere un bilanciamento degli interessi in gioco alla luce dell'evoluzione socioculturale e che la Corte non può intaccare la struttura della legge n. 40/2004.

La Corte costituzionale nella sentenza presa in esame parlando di valori e principi costituzionali che devono essere apprezzati fa riferimento al contesto culturale del 2004, quando è stata introdotta la legge sulla PMA, e non a quello in cui si è pronunciata.

La resistenza della Corte costituzionale rischia di non offrire, in questo momento, un'adeguata tutela ai diritti e valori in gioco<sup>318</sup>.

La conseguenza del mancato intervento sul tema dell'omogenitorialità è la possibilità che si vengano a creare gravi disparità di trattamento sul territorio del nostro Paese, essendo lasciata discrezionalità alla sensibilità degli ufficiali di stato civile o della giurisprudenza. Non vengono presi in considerazione neanche gli studi scientifici<sup>319</sup>, i quali sono andati a verificare se i genitori *same sex* sono in grado di garantire le migliori condizioni di vita per i figli. I dati raccolti hanno dimostrato che i figli nati da coppie omosessuali godono di un livello di benessere pari, se non anche superiore, a quello dei bambini concepiti tramite PMA da genitori eterosessuali<sup>320</sup>. Nessuno studio ha provato che la qualità di buon genitore derivi o sia connesso all'orientamento sessuale dei genitori medesimi.

La responsabilità genitoriale delle coppie omosessuali femminili è la stessa di quella assunta dalle coppie eterosessuali in caso di procreazione medicalmente assistita, medesima di quella della procreazione naturale.

Le condizioni di sviluppo dei figli non dipendono dall'orientamento sessuale dei genitori, «quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo. Se qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione

---

<sup>318</sup> PURICELLA, A., ““Figli Di Due Madri”, Ma Il Comune Di Taranto Non Si Pronuncia Da Un Anno E Mezzo: “Così La Nostra è Famiglia Sospesa.”” *La Repubblica*, 30 Mar. 2020, [https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/figli\\_di\\_due\\_madri\\_il\\_comune\\_di\\_taranto\\_non\\_si\\_pronuncia\\_da\\_un\\_anno\\_e\\_mezzo\\_cosi\\_la\\_nostra\\_famiglia\\_e\\_in\\_sospeso\\_-252704446/](https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/figli_di_due_madri_il_comune_di_taranto_non_si_pronuncia_da_un_anno_e_mezzo_cosi_la_nostra_famiglia_e_in_sospeso_-252704446/) Ultima consultazione in data 6 Giugno 2024

<sup>319</sup> STEFANELLI, S., *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it) Ultima consultazione in data 6 Giugno 2024

<sup>320</sup> Golombok, V. S., *Modern families: parents and children in new family forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, e Lingiardi, V., Carone, N., *La tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri. Alcune riflessioni sulle sfide per la ricerca con le famiglie omogenitoriali*, in Everri, M. (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri. Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Mimesis, Milano, 2016, p. 161 ss.

sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto»<sup>321</sup>.

Bisognerebbe comprendere che «l'omosessualità non è una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata»<sup>322</sup>.

## 6. IL DIVIETO ASSOLUTO DELLA MATERNITÀ SURROGATA

Il tema della surrogazione di maternità (o GPA gestazione per altri) si ricollega alla questione della procreazione medicalmente assistita, pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa: infatti, è l'utilizzo di una procedura di fecondazione artificiale, e, in particolare della inseminazione artificiale eterologa, a rappresentare un mezzo per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione materna.

In particolare, l'accordo di gestazione per altri, sancito con un contratto di surrogazione gestazionale, è concluso tra una donna, cosiddetta madre surrogata o gestante per altri, che sceglie, in maniera libera, autonoma e volontaria, di obbligarsi a portare avanti la gravidanza per conto altrui c.d. genitori intenzionali o committenti, così dando alla luce il minore rinunciando a qualsivoglia diritto genitoriale sul nascituro e un soggetto singolo o una coppia di genitori intenzionali che non possono procreare in maniera naturale e si impegnano ad assumere la piena custodia e la responsabilità genitoriale del nato fin dalla nascita.

Esistono due tipologie di gestazione per altri: tradizionale e gestazionale.

La gestazione tradizionale è anche detta surrogazione di maternità genetica o parziale, e prevede l'inseminazione naturale o artificiale della madre surrogata. L'ovulo che consegnerà alla creazione dell'embrione apparterrà alla gestante, mentre il seme dal padre intenzionale o da un donatore anonimo. Nel primo caso, il minore nascerà correlato geneticamente sia al genitore che ha fornito i gameti maschili, sia alla madre surrogata. Nel secondo caso, diversamente, il nascituro non sarà correlato geneticamente ad alcun genitore intenzionale, ma solo alla madre surrogata e al donatore del seme.

L'inseminazione potrà avvenire privatamente tra i genitori intenzionali e la madre surrogata oppure attraverso l'intervento medico.

---

<sup>321</sup> TANI, F., *Famiglie omoparentali: perché no?* in *Giornale italiano di psicologia*, 1- 2/2016, p. 175 ss. (spec. p. 179).

<sup>322</sup> FRUGGERI, L., *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in Gigli, A. (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?* Guerini Editore, Milano, 2011, p. 66 ss. (spec. p.76).

Invece, nella maternità surrogata gestazionale la madre surrogata non è correlata genericamente al nascituro perché i gameti maschili e/o femminili provengono dai genitori o da donatori esterni alla coppia. In questo caso è necessario l'intervento medico tramite il ricorso alla fecondazione in vitro.

Generalmente la richiesta di ricorso alla gestazione per altri viene effettuata in circostanze di problemi di fertilità o in tutti quei casi in cui la gravidanza non può essere portata avanti. Se prevista dalla legge, tale pratica può essere richiesta sia dalla coppia, sia esse omosessuali che eterosessuali, sia da singoli<sup>323</sup>.

Visti gli eventuali rischi di sfruttamento della madre surrogata e dei pericoli legati al traffico di minori, tale pratica procreativa è ancora oggi al centro di numerosi dibattiti di tipo etico giuridici. È disciplinata a livello statale, in ragione del margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri: in alcuni ordinamenti è ammessa e disciplinata, in altri è vietata, in altri ancora è tollerata, senza introdurre alcuna disciplina.

L'ordinamento italiano all'articolo 12, comma 6 della Legge n 40 de 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita vieta e sanziona penalmente con la reclusione dai 3 mesi ai 2 anni e con una multa fino a 1 milione di euro qualsiasi ricorso alla maternità surrogata.

Il divieto assoluto previsto dallo stato e la mancanza di norme uniformi a livello internazionale spingono coppie e singoli a recarsi all'estero per poter accedere a tale pratica al fine di realizzare il desiderio di diventare genitori, allorquando ciò sia vietato o non regolato nel proprio ordinamento, generando il fenomeno del c.d. "turismo procreativo"<sup>324</sup>.

Nel caso in cui una coppia o un singolo decidano di recarsi all'estero per sottoporsi ad una pratica di gestazione per altri, potrebbero sorgere problemi circa il riconoscimento della genitorialità sul nascituro nel Paese di origine dei genitori intenzionali. Ad oggi, la legge consente solo il riconoscimento della genitorialità nei confronti dei genitori biologici, mentre nel caso di gameti donati da soggetti terzi alla coppia il riconoscimento non opera automaticamente.

---

<sup>323</sup> RANDI, I., "Madre Surrogata: Chi è? Maternità Surrogata: Cos'è E Dove è Legale?" *Www.my-Personaltrainer.it*, [www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html](http://www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html) Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

<sup>324</sup> FERACI, O., "Aldricus | La Maternità Surrogata." *Aldricus | Il Portale Del Progetto EJNita*, 8 May 2021, <https://aldricus.giustizia.it/la-maternita-surrogata/> Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024



Molti paesi in tutto il mondo consentono la maternità surrogata, è permessa nel Regno Unito, nei Paesi Bassi, negli Stati Uniti, in Grecia, in Portogallo, in Albania, in Georgia, in Ucraina e in Russia.

In alcuni Paesi, la madre surrogata non ha diritto ad alcun compenso per portare avanti la gravidanza per altri, essendo consentita solo la gestazione per altri altruistica, ossia a titolo gratuito. In altri, diversamente, la madre surrogata può richiedere un pagamento in denaro per intraprendere la gestazione per altri, in questi casi viene definita gestazione per altri lucrativa.

La GPA è sicuramente un tema che è stato oggetto di numerosi dibattiti e controversie in tutto il mondo. Dal punto di vista della moralità della maternità surrogata per alcuni questa rappresenta uno “strumento” fondamentale per il soddisfacimento del desiderio di diventare genitori nei casi in cui questo non sia realizzabile con altri metodi, per altri, invece, è una pratica immorale e contraria ai diritti e alla dignità delle donne.

Nel 2016, a Parigi, le associazioni femministe hanno organizzato un convegno patrocinato dall'Assemblea nazionale nel quale hanno proposto l'abolizione in tutto il mondo della surrogazione di maternità, in quanto considerata contraria al principio di dignità e dei diritti fondamentali della donna e del nascituro<sup>325</sup>.

Il 26 luglio 2023 la Camera dei deputati ha approvato la proposta di legge di Fratelli d'Italia per rendere la gestazione per altri “reato universale”, un reato che può essere punito in Italia, anche se commesso all'estero. Si tratta di un'eccezione al principio di territorialità del diritto penale, in base al quale gli Stati perseguono solo gli atti che avvengono nel proprio territorio. Nel nostro ordinamento giuridico ci sono già alcuni reati universali come la pedofilia, il genocidio e più in generale i crimini contro l'umanità. Si tratta di crimini perseguiti ovunque, sempre che il reato sia previsto anche all'estero nel Paese in cui viene commesso.

Il progetto dovrà essere approvato in via definitiva dal Senato, e non ci sono molti dubbi sul fatto che verrà approvata, considerando l'ampia maggioranza in Parlamento di partiti di destra che sostengono la questione.

---

<sup>325</sup> RANDI, I., “Madre Surrogata: Chi è? Maternità Surrogata: Cos'è E Dove è Legale?”

[www.my-personaltrainer.it](http://www.my-personaltrainer.it),

[www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html](http://www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html) Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

Uno dei motivi sui quali si fonda la perseguibilità del reato di maternità surrogata è la qualificazione del divieto come principio di ordine pubblico, quali la dignità della gestante.

La scelta normativa di ergere la gestazione per altri a reato universale parrebbe sproporzionata e irragionevole, oltretutto discriminatoria, in quanto sacrificerebbe i diritti inviolabile del minore, tra cui quello alla bigenitorialità, al rispetto della vita privata e familiare e alla libera circolazione nel territorio europeo. Questo entrerebbe in contrasto con il principio della tutela del cosiddetto “*best interest of the child*”, il diritto del minore a instaurare relazioni affettive durature con coloro che hanno coscientemente deciso di metterlo al mondo attraverso una pratica di procreazione assistita e che si sono assunti la responsabilità genitoriale nei suoi confronti.

Inoltre, un tale riconoscimento indurrebbe il genitore intenzionale o la coppia che abbia fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata negli Stati in cui questa è consentita a rinunciare alla trascrizione dell’atto di nascita, rinunciando così ad un titolo giuridico necessario ai fini del riconoscimento dello status di genitore quantomeno adottivo<sup>326</sup>.

#### 7. IL RICONOSCIMENTO DEGLI ATTI DI NASCITA DI MINORI NATI ALL’ESTERO CON LA GPA E IL PROBLEMA DELLA STEP CHILD ADOPTION

Gli istituti della fecondazione eterologa e della maternità surrogata rilevano rispetto alla domanda di riconoscimento dello *status filiationis* del minore concepito e nato all’estero a seguito di tali pratiche proposte nello Stato di origine dei genitori intenzionali, quando in quel medesimo Stato queste siano vietate o regolate con condizioni più stringenti rispetto alla normativa applicata nello Stato di nascita del bambino.

Le norme italiane consentono il riconoscimento automatico del genitore biologico con conseguente trascrizione dell’atto di nascita nei registri civili. Sussistendo un vuoto normativo che permetta il riconoscimento del rapporto di genitorialità tra il minore e il genitore intenzionale non biologico. Quest’ultima ipotesi si verifica tipicamente nel caso delle coppie eterosessuali, quando la madre non è in grado di fornire l’ovulo alla donna portatrice, e delle coppie omosessuali.

La questione può richiamare in causa diverse norme di diritto internazionale privato a seconda che lo status del figlio sia contenuto in provvedimenti stranieri di natura amministrativa o giudiziaria; quindi, in certificati di nascita straniero o provvedimento

---

<sup>326</sup> AZZOLINI, V., *Gestazione per Altri (GPA) E Reato Universale: Cosa Dicono Gli Esperti*. 2 Aug. 2023, [www.valigiablu.it/gestazione-per-altri-gpa-reato-universale/](http://www.valigiablu.it/gestazione-per-altri-gpa-reato-universale/) Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

con cui si attribuisce prima o dopo la nascita la co-genitorialità legale ad entrambi i genitori intenzionali a prescindere dal legale genetico.

Il funzionamento di tali norme di diritto internazionale privato è condizione dal rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali c.d. CEDU, in particolare in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare enunciato all’articolo 8 della stessa Convenzione, la cui tutela viene considerata essenziale ai fini della salvaguardia della continuità transfrontaliera dello status del minore<sup>327</sup>.

La questione riguarda la compatibilità o contrarietà all’ordine pubblico internazionale del provvedimento giurisdizionale straniero che riconosce il rapporto di filiazione con anche il genitore d’intenzione, e se l’adozione in casi particolari possa essere lo strumento che consenta di instaurare il legame giuridico con tale genitore.

Sull’argomento, la Corte europea dei diritti dell’uomo si è pronunciata molteplici volte a partire dal 2014. È ormai consolidato il principio di diritto espresso nelle cause “gemelle” *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*<sup>328</sup>, nella quale la Corte ha riconosciuto la violazione del diritto all’identità personale, sancito dall’articolo 8 della CEDU<sup>329</sup>, dei minori nati all’estero a seguito di maternità surrogata in relazione al rifiuto opposto dalle autorità francesi di trascrivere i certificati di nascita di questi ultimi laddove uno dei genitori intenzionali sia anche il genitore generico dei nati. Inoltre, i giudici di Strasburgo ritenevano che eccedesse il margine di apprezzamento statale il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione tra il padre biologico e i figli nati mediante la maternità surrogata eseguita in un altro Stato.

I ricorrenti, due genitori committenti di nazionalità francese eterosessuali e regolarmente coniugati in Francia, avevano già ricevuto il riconoscimento del rapporto di filiazione negli stati Uniti dove i bambini erano nati, in particolare due provvedimenti emanati in California e Minnesota avevano accertato la capacità giuridica dei due soggetti quali genitori.

---

<sup>327</sup> FERACI, O., “Aldricus | La Maternità Surrogata.” *Aldricus | Il Portale Del Progetto EJNita*, 8 May 2021, <https://aldricus.giustizia.it/la-maternita-surrogata/> Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

<sup>328</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, ric. n. 65941/11, 26 giugno 2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%20n.%2065941/11%22%7D> Ultima consultazione in data 16 Giugno 2024

Circa il diritto dei figli nati da maternità surrogata ad ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità statali.

<sup>329</sup> *Convenzione Europea Dei Diritti Dell’Uomo*, [https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contentzioso\\_europeo/documentazione/Convention\\_ITA.pdf](https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contentzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.pdf)

Nell'ordinamento francese la pratica della maternità surrogata è vietata e punita ai sensi del Codice penale, per tale ragione i giudici nazionali avevano ritenuto illegittimi gli accordi di maternità stipulati dalle coppie e si erano rifiutati di iscrivere i certificati di nascita nel registro nazionale<sup>330</sup>.

La Corte ha, quindi, sancito l'obbligo per gli stati contraenti di conoscere lo status di figlio nato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata nel rispetto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ribadendo il diritto di autodeterminazione dei singoli e delle coppie anche sotto il profilo dei rapporti di filiazione.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano importante da ricordare è la pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>331</sup> circa la questione di compatibilità con la Convenzione del rifiuto di riconoscimento e di trascrizione nei registri di stato civile opposto dalle autorità italiane rispetto alla nascita a Mosca, in Russia, di un minore concepito mediante il ricorso alla maternità surrogata e "doppia eterologa", ossia non legato geneticamente a nessuno dei due genitori intenzionali visto l'utilizzo di gameti maschili e femminili provenienti da donatori terzi alla coppia, italiana ed eterosessuale, con il conseguente allontanamento del minore dai genitori intenzionali. Per motivi meramente procedurali, legati al mancato esaurimento dei ricorsi di diritto interno, la Corte non si è potuta pronunciare sulla domanda relativa alla riconoscibilità del rapporto di filiazione in Italia, ma sulla seconda doglianza, ossia sulla misura di allontanamento del minore dai genitori committenti si è doppiamente espressa. Con una prima decisione della seconda sezione del 27 gennaio 2015 ha stabilito che tale misura costituisse una violazione dell'articolo 8 della CEDU<sup>332</sup>, mentre la Grande Camera il 25 gennaio 2017, prendendo in considerazione il limitato tempo della permanenza del minore con i genitori intenzionali, ha escluso la violazione del suddetto obbligo convenzionale, riconoscendo alle autorità italiane l'aver operato un equo bilanciamento degli interessi in gioco.

Recentemente, il 10 aprile 2019 la Grande Camera della Corte di Strasburgo, con un parere consultivo reso sulla base del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU, ha trattato il

---

<sup>330</sup> "Corte Europea Dei Diritti Dell'Uomo - Mennesson E Labassee v. Francia: Diritto Dei Figli Nati Da Maternità Surrogata Ad Ottenere Il Riconoscimento Del Rapporto Di Filiazione Da Parte Delle Autorità St..." *Biodiritto*, 26 June 2014, [www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Mennesson-e-Labassee-v.-Francia-diritto-dei-figli-nati-da-maternita-surrogata-ad-ottenere-il-riconoscimento-del-rapporto-di-filiazione-da-parte-delle-autorita-statali](http://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Mennesson-e-Labassee-v.-Francia-diritto-dei-figli-nati-da-maternita-surrogata-ad-ottenere-il-riconoscimento-del-rapporto-di-filiazione-da-parte-delle-autorita-statali) Ultima consultazione in data 16 Giugno 2024.

<sup>331</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ric. n. 25358/12, 24 gennaio 2017, European Court of Human Rights

<sup>332</sup> *Convenzione Europea Dei Diritti Dell'Uomo*

profilo della tutela convenzionale della domanda di riconoscimento della responsabilità genitoriale legale in favore della madre non intenzionale-non genetica. Gli Stati membri hanno l'obbligo di offrire la possibilità di un riconoscimento dello *status* del genitore meramente intenzionale, secondo le modalità scelte e stabilite discrezionalmente dal singolo ordinamento, ma nel pieno rispetto dei requisiti di tempestività e effettività. Ciò non impone che tale riconoscimento assuma necessariamente la forma della trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita del bambino emesso all'estero nello Stato dove è stata eseguita la pratica della maternità surrogata, obbligatoria per quanto riguarda il genitore intenzionale biologico.

Principio che però non risulta essere vincolato né per lo Stato richiedente né, tanto meno, per gli altri Stati che non hanno ratificato il protocollo, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU.

Di seguito alcune delle pronunce della giurisprudenza italiana più significate sul tema.

La Corte d'appello di Bari il 13 febbraio 2009 si è pronunciata per la prima volta sul riconoscimento in Italia di uno *status filiationis* venutosi a creare all'estero, nel caso di specie due minori erano stati concepiti e successivamente nati nel Regno Unito e i ricorrenti richiedevano il riconoscimento del loro rapporto parentale in favore della madre intenzionale italiana. La Corte ha affermato che, ai fini della dichiarazione di efficacia in Italia dei "*parental orders*" emessi nel regno Unito, il divieto assoluto della maternità surrogata e il principio di prevalenza della maternità "biologica" su quella "giuridica/sociale" non possono costituire indici di contrarietà all'ordine pubblico. Per di più, la proprietà deve essere data all'interesse superiore del minore, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e adolescenza.

Nel 2014 la Corte di Cassazione con la sentenza n. 24001 ha confermato lo stato di adottabilità di un bambino nato in Ucraina da madre surrogata e non geneticamente legato a nessuno dei genitori intenzionali, eterosessuali e sposati con cittadinanza italiana, ma ha negato il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* per contrasto con l'ordine pubblico. *"Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a*

*tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”.*

Anche la Corte costituzionale ha ribadito, nella pronuncia n. 272 del 2017, che la maternità surrogata «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*».

Vista la delicatezza del tema e gli innumerevoli interventi, la giurisprudenza italiana sembra aver individuato due linee di tendenza. Da una parte, alla luce del principio enunciato dalla Corte Edu nel caso *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia* e in forza degli obblighi di tutela sanciti dall'articolo 8 della Convenzione, l'ordinamento italiano riconosce il rapporto di filiazione tra il minore e il solo genitore genetico; quindi, solo il partner di una coppia eterosessuale o omosessuale il cui gamete è stato utilizzato per eseguire la fecondazione. D'altra parte, è negato, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dello status parentale con il genitore intenzionale-non biologico i cui gameti non sono stati utilizzati/utilizzabili per la realizzazione della pratica. Al genitore intenzionale, in via alternativa, resta solo la possibilità di ricostituire in Italia il proprio legame affettivo con il nato da GPA la domanda all'autorità giudiziaria italiana dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d, della legge n. 184/1983 (Cass., sez. un., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193).

Tenuto conto del consolidamento giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 12193/2019, hanno negato il riconoscimento, sempre per contrasto con l'ordine pubblico, del provvedimento giurisdizionale canadese che attribuiva la co-genitorialità di due minori nati in Canada mediante la maternità surrogata in favore del genitore intenzionale non biologico.

Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero da maternità surrogata e il genitore intenzionale cittadino italiano trova ostacolo nel divieto di GPA previsto dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita.

Il divieto stabilito dall'articolo 12 della Legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, secondo le Sezioni Unite, deve essere inteso come principio di ordine pubblico, essendo a tutela di alcuni valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante che è costituzionalmente tutelata, e l'istituto dell'adozione disciplinato

dalla Legge n. 184/1983. Quest'ultimo, in Italia, rappresenta l'unico strumento idoneo e lecito a stabilire un rapporto di filiazione in situazioni in cui manchi qualsiasi legame biologico tra il minore interessato e i genitori intenzionali ma non biologici.

La tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito del bilanciamento del legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla Legge n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d).

La compatibilità tra il punto di diritto enunciato dalle Sezioni Unite e alcuni parametri costituzionali è stato messo in dubbio dalla sezione prima civile della Corte di cassazione con l'ordinanza del 29 aprile 2020. Con riferimento agli articoli 2, 3, 30, 31 (principi di uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità) e 117, comma 1, della Costituzione<sup>333</sup>, quest'ultimo in relazione all'articolo 8 della CEDU in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare, agli articoli 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, e all'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 6, della Legge n. 40 del 2004, della legge italiana di diritto internazionale privato (218/1995) e dell'art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), *«nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico»*.

Secondo la rimettente il diritto vivente in Italia non risulta essere adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore stabiliti a livello convenzionale, dal momento che l'adozione in casi particolari non creerebbe «un vero rapporto di filiazione». Tale forma di adozione porrebbe infatti «il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico»; non creerebbe legami parentali con i congiunti dell'adottante ed escluderebbe il diritto a succedere nei loro confronti; e non garantirebbe,

---

<sup>333</sup> Costituzione della Repubblica italiana 1° gennaio 1948, pubblicata in Gazz. Uff. 27 dicembre 1947, n. 298

comunque, quella tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione che è richiesta dalla Corte EDU nell'interesse del minore.

Risulterebbe irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità solo in capo al genitore biologico e non a quello "d'intenzione".

Con la sentenza n. 33 del 2020<sup>334</sup> la Corte costituzionale si è pronunciata circa il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sollevato dalla Corte di cassazione, dichiarando inammissibili le questioni sollevate. Ad avviso della Corte, le conclusioni delle Sezioni Unite non sarebbero contraddette dal parer della Corte EDU, che, pur affermando la necessità del riconoscimento del rapporto tra il minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità e il genitore d'intenzione, riconosce un margine di apprezzamento degli Stati contraenti sulla scelta delle modalità di tale riconoscimento. D'altra parte, l'adozione in casi particolari risulterebbe essere un procedimento più lungo e complesso rispetto al riconoscimento di un atto o provvedimento straniero e alla sua trascrizione nei registri di stato civile. Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, della Corte EDU e della Corte di cassazione, pertanto, le norme censurate dalla Sezione rimettente non lederebbero alcuno dei parametri costituzionali invocati: non l'art. 2, da cui non discenderebbe alcun diritto alla genitorialità, inteso come aspirazione a procreare e a crescere dei figli; non l'art. 3, per l'incomparabilità tra la condizione di sterilità o infertilità delle coppie eterosessuali cui è consentita la procreazione medicalmente assistita, e la condizione di fisiologica infertilità delle coppie omosessuali; non gli artt. 30 e 31 Cost., poiché la tutela dell'interesse del minore non potrebbe essere affidata alla pratica della surrogazione di maternità, offensiva della dignità della donna e lesiva delle relazioni umane; non, infine, gli artt. 117, primo comma, Cost. e 8 CEDU<sup>335</sup>, alla luce della sentenza della Corte EDU, grande camera, del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli contro Italia*, che ha ritenuto insufficiente, per l'accertamento di un legame di «vita familiare», la mera esistenza di un progetto genitoriale, in assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori. Non sussisterebbe, infine, alcuna discriminazione in base all'orientamento sessuale, atteso che la surrogazione di maternità è vietata tanto alle coppie eterosessuali, quanto a quelle omosessuali.

---

<sup>334</sup> Corte costituzionale 16 gennaio 2020, n. 33, in *Giuri. Cost.*, (ECLI:IT:COST:2020:33)

<sup>335</sup> *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*



Viene in rilievo l'interesse del minore, accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo, di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami con entrambi i genitori. Sicché indiscutibile è l'interesse a che tali legami vengano riconosciuti anche sotto il profilo giuridico, oltre che sociale, incidendo su tutti i fronti della vita dei bambini, dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniale e diritti ereditari. La consolidata giurisprudenza della CEDU ha affermato la necessità che, in considerazione dell'articolo 8 della stessa Convenzione, i bambini nati mediante maternità surrogata hanno diritto ad ottenere, anche nei Paesi nei quali tale pratica sia vietata o non disciplinata, un riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia. Gli interessi dei minori però dovranno essere in ogni caso bilanciati con gli altri interessi che vengono in gioco, quindi, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Tale riconoscimento giuridico può essere concretamente realizzato dagli Stati secondo mera discrezionalità, potendo questi scegliere i mezzi più appropriati con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore, sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato. Il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'articolo 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, secondo la Corte, costituisce sì una forma di tutela degli interessi del minore, ma non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali.

La Corte costituzionale ha, così, sollecitato il legislatore a introdurre una disciplina che garantisca adeguatamente il minore nato da GPA. *“Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella*

*ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*". Monito che finora non è stato preso in considerazione dal legislatore<sup>336</sup>.

La discussione giurisprudenziale circa la legittimità dell'adozione ex art 44 lett d) l. 184/83 da parte del partner omogenitoriale (c.d. stepchild adoption) deve ritenersi conclusa a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite n. 12193/19.

In caso di Stepchild adoption non vi sarebbe alcuna ragione che giustifichi la distinzione di questa con le altre varie forme di adozione e la pronuncia della Corte costituzionale n. 286/2016<sup>337</sup> ha imposto, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata e "obbligata", di assecondare la volontà dei genitori tanto più che gli stessi hanno chiesto unicamente di aggiungere il cognome dell'altro genitore, come previsto dal primo comma dell'art 299 cc e con ciò sancendo la doppia appartenenza, e chiedendo unicamente di avere per i due minori la medesima successione dei cognomi.

In riferimento all'argomento, più in piccola scala, viene in rilievo una pronuncia del Tribunale dei Minori di Genova n. 22069 del 10 luglio 2019.

La questione era stata instaurata a seguiti di ricorsi depositati dalle ricorrenti, due donne di nazionalità italiana unite civilmente nel 2017 dalla cui relazione sentimentali sono nati due figli concepiti con fecondazione assistita di tipo eterologo effettuata in Spagna. Il Tribunale, vista la particolarità della questione, ha disposto un CTU richiedendo "un'accurata osservazione e valutazione della struttura di personalità dei minori e delle ricorrenti (ciascuna sia come madre che come madre adottiva), ed all'osservazione psicologica delle relazioni tra i minori e ciascuno dei genitori".

Pur non rientrando nel tema della maternità surrogata la pronuncia è ugualmente rilevante perché conferma la correttezza dell'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza della stessa Corte a sezione semplice (Cass Sez. 1, Sentenza n. 12962) che aveva ritenuto che l'adozione ex art 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1994, costituisca «una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono

---

<sup>336</sup> FERACI, O., "Aldricus | La Maternità Surrogata." *Aldricus | Il Portale Del Progetto EJNita*, 8 May 2021, <https://aldricus.giustizia.it/la-maternita-surrogata/> Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

<sup>337</sup> Corte costituzionale 8 novembre 2016, n. 286, in *Giuri. Cost.*, (ECLI:IT:COST:2016:286)

cura, con l'unica previsione della "*condicio legis*" della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità "di fatto", derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico. La mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio "partner"».

Alla luce dell'analisi svolta dal CTU, «il riconoscimento legale delle coppie omosessuali della possibilità per il genitore non biologico di adottare il proprio figlio rappresenta un passo fondamentale e necessario a garantire questi bambini: tanto nel dare loro la sicurezza di una rete solida di relazioni affettive di fronte alle (eventuali) avversità, quanto nell'offrire loro il senso di completo riconoscimento, di una tutela definitiva rispetto al dubbio che la loro famiglia sia per qualche ragione una "famiglia di serie B"».

Anche le relazioni svolte sui minori hanno confermato la possibilità delle competenze della coppia genitoriale in questione, sono emersi aspetti che rimandano ad una esperienza di legami di attaccamento con le due madri caratterizzati da reciprocità affettiva, fiducia, responsività e giocosità. L'assenza della figura paterna non viene vista come una mancanza che possa interferire nella sua percezione di famiglia come luogo ove poter crescere e stare bene. L'unione concreta dei cognomi rappresenta un valore aggiunto e un rafforzamento del legame che li caratterizza.

L'intera disciplina del cognome è stata oggetto di recenti revisioni costituzionali, a riguardo la Corte costituzionale con la sentenza n. 286, relativamente all'attribuzione del cognome paterno per i figli nati all'interno del matrimonio, ha stabilito che "nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre".

Il giudice ha, inoltre, richiamato principi sanciti dalla CEDU secondo cui la «piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone

l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori».

In considerazione di ciò, è stata disposta l'adozione dei minori da parte di entrambi i genitori e la conseguente medesima assunzione dei cognomi.

Significativa è stata la recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la n. 38162 del 20 dicembre 2022, nella quale ha affermato l'impossibilità di trascrivere gli atti di nascita formati all'estero e riguardanti minori concepiti mediante la gestazione per altri, che riconoscerebbe al genitore intenzionale la medesima posizione di quello biologico. Questa conclusione elaborata anche alla luce del principio enunciato dalla stessa Corte secondo cui la tecnica della maternità surrogata offenderebbe in modo intollerabile la dignità della donna e minerebbe nel profondo le relazioni umane. D'altra parte, la Corte ha però assicurato il miglior interesse del minore, garantendogli il riconoscimento del suo legame con il genitore intenzionale mediante l'istituto dell'adozione in casi particolari.

La Corte ribadisce la contrarietà della maternità surrogata rispetto all'ordine pubblico, nel quale vi fa rientrare anche il superiore interesse del minore che, pur essendo preminente, non può diventare uno strumento legittimo per favorire comportamenti illegittimi o impedire la tutela di altre situazioni rilevanti per l'ordinamento.

A seguito di tale pronuncia, il Ministero dell'Interno ha emanato la circolare n. 3 del 19 gennaio 2023 con la quale ha richiesto a tutti i prefetti di vigilare sull'attuazione di tale decisione, ma il Prefetto di Milano, andando oltre alla richiesta ministeriale, ha sollecitato il Sindaco a sospendere la trascrizione di tutti gli atti di nascita di bambini nati da coppie dello stesso sesso a prescindere dalla tecnica procreazione impiegata.

In considerazione di ciò, il Prefetto di Milano prevede che i bambini nati all'estero a seguito di maternità surrogata potranno essere riconosciuti all'anagrafe italiana dal solo genitore biologico. Per quanto attiene ai bambini nati tramite tale tecnica da due donne, potranno essere riconosciuti solo dalla donna che ha partorito.

In attesa di un intervento a livello legislativo che elimini qualsiasi tipo di disparità di trattamento dei figli nati da coppie omoaffettive o eterosessuali che abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri, l'unico auspicio è quello che i Sindaci italiani riprendano

l'attività di trascrizione e iscrizione degli atti di nascita di bambini di cui ne venga fatta richiesta<sup>338</sup>.

Sulla questione è intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha dichiarato irricevibili i ricorsi proposti avverso l'Italia in merito al rifiuto di trascrizione di atti di nascita formati all'estero a seguito di una gestazione per altri, sia al rifiuto dell'indicazione della madre d'intenzione del minore nato in Italia seguito del ricorso, all'estero, alla tecnica della procreazione medicalmente assistita.

I giudici di Strasburgo, ribadendo gli orientamenti precedenti, pur ribadendo la necessità del riconoscimento del rapporto tra il minore e il genitore non biologico, ha sottolineato che la scelta dei mezzi con cui soddisfare questa esigenza rientra nell'ambito della discrezionalità di ciascun Stato, tra i quali si annovera il ricorso all'adozione del minore. In conclusione, la Corte ha rilevato che l'Italia non viola alcun obbligo discendente dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto riconosce la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari.

Per quanto attiene, infine, l'equiparazione tra filiazione e adozione, la Corte costituzionale con la sentenza n. 79 del 2022 ha riconosciuto che l'adozione in casi particolari fa sorgere rapporti parentali con i familiari dell'adottante, al punto che "l'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante". Il caso in questione riguardava un'adozione da parte di una coppia dello stesso sesso, a seguito di una maternità surrogata, nel quale l'adottante aveva richiesto di estendere i rapporti anche nei confronti dei parenti. Non verrà, in nessun caso, in rilievo l'orientamento sessuale dell'adottante o del partner, non incide sull'idoneità dell'individuo di assumersi la responsabilità genitoriale, come più volte affermato dalla Corte costituzionale e della Corte di cassazione<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> LO GIUDICE, L.V., "I Diritti Dei Figli Nati Da PMA O GPA: Il "Caso Italia" Sulla Trascrizione E Iscrizione Degli Atti Di Nascita." *Unione Dei Diritti Umani*, 1 Apr. 2023, [www.unionedirittiumani.it/newsletter/i-diritti-dei-figli-nati-da-pma-o-gpa-il-caso-italia-sulla-trascrizione-e-iscrizione-degli-atti-di-nascita/#:~:text=In%20sintesi%2C%20](http://www.unionedirittiumani.it/newsletter/i-diritti-dei-figli-nati-da-pma-o-gpa-il-caso-italia-sulla-trascrizione-e-iscrizione-degli-atti-di-nascita/#:~:text=In%20sintesi%2C%20) Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

<sup>339</sup> "Trascrizione Di Atti Nascita a Seguito Di Procreazione Tramite La Maternità Surrogata." [www.comune.mirandola.mo.it](http://www.comune.mirandola.mo.it), [www.comune.mirandola.mo.it/servizi/servizi-demografici/trascrizione\\_atti\\_nascita\\_a\\_seguito\\_di\\_gpa](http://www.comune.mirandola.mo.it/servizi/servizi-demografici/trascrizione_atti_nascita_a_seguito_di_gpa) Ultima consultazione in data 17 Giugno 2024

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nel corso della presente trattazione si è cercato di mettere in luce i profili di incostituzionalità e di irragionevolezza della Legge n. 40 del 2004, alcuni dei nodi sono stati sciolti dalla giurisprudenza, altri sono, ancora oggi, da sbrogliare.

Una legge che costituisce uno dei provvedimenti legislativi più controversi della storia repubblicana, frutto di un dibattito parlamentare durato quasi cinquant'anni.

Evidente è la forte influenza che la dottrina cattolica ha avuto nella formulazione della legge del 2004, qualificabile come una normativa ideologicamente orientata, un'ideologia incentrata sulla sacralità della vita umana a partire dal momento del concepimento, pretendendo per il concepito una tutela assoluta non alienabile né bilanciabile con altri interessi.

Posto che la Chiesa è libera di indirizzare i fedeli a conformare la loro esistenza ai loro precetti, quello che sorprende è che una legge come quella sulla procreazione medicalmente assistita abbia fatto proprie queste concezioni alla luce del fatto che l'ordinamento giuridico italiano e la morale sociale si siano discostanti da queste in riferimento a temi quali la contraccezione, la famiglia di fatto, l'aborto o l'omosessualità. Se al momento della stesura del testo normativo al primo posto vi era la tutela assoluta del processo riproduttivo e del concepito, a favore del principio della naturalità della procreazione, oggi prevale il principio della procreazione responsabile, in ragione anche del fatto che la concezione della famiglia, dopo la riforma dei diritti di famiglia del 1975, è completamente mutata; la responsabilità genitoriale esula dalla presenza o meno di un vincolo matrimoniale, dall'orientamento sessuale della coppia, nonché dalle modalità di concepimento del figlio.

A questo si deve aggiungere l'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto sì rilievo costituzionale al concepito, ma d'altra parte lo ha subordinato al rispetto dei diritti garantiti alla donna, attuando così un necessario bilanciamento tra i due valori costituzionalmente tutelati.

Il legislatore, assegnando all'embrione una prevalenza assoluta sugli altri diritti costituzionali, non ha attuato un bilanciamento equo dei principi costituzionale in gioco, determinando un conflitto con la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e

mortificando il principio di autodeterminazione del singolo, soprattutto nel caso in esame nella scelta di avere dei figli.

La Legge n. 40/2004 sembra, difatti, riaffermare una concezione paternalistica dello Stato, e non invece, come avrebbe dovuto e come afferma di fare, la volontà di stabilire delle regole precise dirette a garantire che le pratiche di fecondazione assistita siano realizzate con la finalità di garantire il maggior vantaggio possibile dei soggetti coinvolti che decidono di ricorrervi.

Dietro alle scelte del legislatore, si nasconde la comprensibile preoccupazione di evitare pratiche eugenetiche che minino la felicità e la crescita equilibrata del nascituro, ma ciò non toglie che la legge, così formulata, violi il principio di laicità. Il legislatore non può, in alcun modo, compiere scelte in modo discrezionale e sulla base di una sua opinione morale, ma deve compiere un ragionevole bilanciamento tra i valori che emergono.

Le numerose incoerenze e irragionevolezzae rivelate dalla normativa oggi in vigore dovrebbero indurre il legislatore ad intervenire con le modifiche opportune, in modo da rendere la Legge n. 40/2004 più equilibrata e diretta alla realizzazione del desiderio di diventare genitori dei soggetti richiedenti, mantenendo al contempo alcune disposizioni condivisibili, basti pensare al divieto di clonazione umana, la surrogazione di maternità retribuita o la commercializzazione di gameti o embrioni.

Tuttavia, in assenza di una soluzione legislativa, oggi particolarmente urgente non solo per la tutela dei diritti fondamentali coinvolti, bensì anche alla luce del monito rivolto dal giudice sovranazionale, che sia in grado, secondo una visione laica e secolarizzata, di contemperare gli altri interessi di volta in volta confliggenti, rispettando i diversi principi costituzionali, fra cui quello di ragionevolezza, proporzione e non discriminazione, incombe sempre di più sui giudici, compresi quelli ordinari, il dovere di occuparsi di temi che riguardano estreme decisioni sulla vita o sulla morte, essendo questi ultimi «chiamati a mantenere, con le loro sentenze, equilibri costituzionali, che gli istituti della politica faticano a conservare, a colmare vuoti, di norme in cui rischia di sprofondare la stessa idea, e non solo la effettività, dello Stato di diritto»<sup>340</sup>.

Detto in altre parole, in un'era caratterizzata da incertezza del diritto, i giudici sono chiamati a ricoprire il ruolo di difensori della Costituzione in un sistema che risulta essere molto complesso e che travalica l'ordinamento interno ed è caratterizzato dalla presenza di cataloghi di diritti fondamentali dell'uomo e da una tutela sovranazionale degli stessi,

---

<sup>340</sup> MANZELLA, *La qualità della magistratura*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2008, p. 20.

con una necessaria e costante interazione tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e giudici comuni.

Dall'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40, la giurisprudenza, interna e non solo, ha operato un progressivo smantellamento dell'impianto normativo, intervenendo su molti dei profili di irragionevolezza trovando soluzioni conformi alla Costituzione italiana dal punto di vista del bilanciamento dei diritti di pari rango costituzionale.

Il giudice costituzionale italiano con le sentenze n. 151/2009, n. 162/2014 e n. 96/2015 ha mostrato coraggio nell'intervenire su alcuni dei punti centrali della legge i quali apparivano privi di un adeguato fondamento costituzionale, l'obbligo di produzione di un numero di embrioni non superiore a tre e al contestuale divieto di crioconservazione, il divieto di fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali e la diagnosi genetica preimpianto da parte delle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro.

Se notevoli sono stati i passi in avanti compiuti dalla giurisprudenza, la materia della procreazione medicalmente assistita nel nostro ordinamento, in particolar modo i divieti imposti, presenta ancora numerosi punti di irragionevolezza e illiceità.

Le esigenze procreative della coppia, in molte pronunce della Corte costituzionale, sono venute ad assumere un ruolo primario nel bilanciamento con altri diritti pur fondamentali in stretto collegamento con un altro diritto fondamentale, ossia la tutela della salute, il quale non potrà che essere tenuto in considerazione dal legislatore in quanto strettamente connesso al diritto ad avere un figlio sano.

Sarebbe auspicabile, anche se più problematico rispetto ai punti già trattati, la presa di posizione circa l'ammissibilità o meno alle pratiche di PMA anche alle coppie non stabili, persone singole o coppie omosessuali o, ancora, se riconoscere tra le pratiche di procreazione medicalmente assistita la tecnica della gestazione per altri.

Soprattutto in considerazione del fatto che la loro legittimazione non verrebbe ostacolata dal costume sociale e dal contesto internazionale, in ragione della tutela del diritto all'autodeterminazione, alla libertà procreativa e alla genitorialità.

Alla luce di quanto esposto, risulta necessaria una "sistemazione" della Legge n. 40 non solo per eliminare i punti controversi e irragionevoli caratterizzanti il testo originario ma anche e soprattutto per risolvere le incongruenze che si sono venute a creare a seguito degli interventi della Corte costituzionale, delle Corti di Giustizia dell'Unione Europea, della CEDU e dei giudici di merito.



Una riscrittura ex novo che realizzi un bilanciamento tra gli interessi dei soggetti coinvolti nei processi di fecondazione assistita, con l'obiettivo di creare un sistema funzionale e costituzionalmente conforme che garantisca ragionevolezza, proporzionalità, uguaglianza e non discriminazione<sup>341</sup>.

Una rivoluzione legislativa che richiederà ancora molto tempo, ciò che però è necessario è «aumentare la consapevolezza e la conoscenza dei cittadini, oltre che naturalmente aumentare l'offerta dei servizi su tutto il territorio nazionale»<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> FUSCO, M., “Cosa Resta Della Legge 40 : Bilanci E Prospettive a Dieci Anni Dall’entrata in Vigore Della Normativa Italiana Sulla Procreazione Assistita.” *OpenEdition Books*, Mimesis Edizioni, 2015, <https://books.openedition.org/mimesis/1503> Ultima consultazione 20 Giugno 2024.

<sup>342</sup> BONANNI, A., “Vent’anni Di Fecondazione Assistita in Italia. Quali Criticità Restano Dopo La Legge 40.” *La Stampa*, 19 Feb. 2024, [www.lastampa.it/politica/2024/02/19/news/fecondazione assistita 20 anni legge 40-14082585/](http://www.lastampa.it/politica/2024/02/19/news/fecondazione%20assistita%20anni%20legge%2040-14082585/) Ultima consultazione in data 20 Giugno 2024.

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, G., *Introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, *Speciali digitali*, 2020, p.7

ANGELINI, F., *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, p. 1 ss.

APA, S., *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017 [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)

ARCERI, A., *Art. 1 comma 11, l. 76/2016 in Codice dell'unione civile e delle convivenze* a cura di SESTA, M., con il coordinamento di BUGETTI, M.N., Milano, 2017, p. 312 ss

AZZOLINI, V., *Gestazione per Altri (GPA) E Reato Universale: Cosa Dicono Gli Esperti*. 2 Aug. 2023, [www.valigiablu.it/gestazione-per-altri-gpa-reato-universale/](http://www.valigiablu.it/gestazione-per-altri-gpa-reato-universale/)

BADINTER, E., *L'amore in più. Storia dell'amore materno*, ed. it., Milano, 1981; *Ariès, Padri e figli nell'Europa medioevale e moderna*, ed. it., Bari, 1981.

BALDINI, G. *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione tra "sistema CEDU", ordinamento comunitario e ordinamento interno, Riflessioni su valore e portata delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima e dopo la ratifica del trattato di Lisbona*

BALDINI, G., *"Fecondazione Assistita E Diagnosi Preimpianto: Il Testo Della Consulta E Un Primo Commento."* *Altalex*, 8 June 2015, [www.altalex.com/documents/news/2015/06/08/fecondazione-assistita-e-diagnosi-preimpianto](http://www.altalex.com/documents/news/2015/06/08/fecondazione-assistita-e-diagnosi-preimpianto)

BALESTRA, L., *La tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in CAMASSA, E., CASONATO, C., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 69.

BASSAN, E. *Il Consenso Informato in Procreazione Medicalmente Assistita (Parte I): Contenuti E Criticità*, 24 Mar. 2021, [www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/](http://www.avvocatoelenabassan.it/2021/03/24/il-consenso-informato-in-procreazione-medicalmente-assistita-contenuti-e-criticita-parte-i/)

BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 1156 ss.

BENELLI, E, BONATI, M., Scienzainrete. “*La Procreazione Assistita è Un Diritto? Sì, No, Forse.*” <https://www.scienzainrete.it/Articolo/Procreazione-Assistita-Diritto-Sì-No-Forse/Eva-Benelli-Maurizio-Bonati/2024-02-09>

BENELLI, E., BONATI M., *Fecondazione Assistita, Maternità Surrogata, Famiglie Omogenitoriali: Ma Cosa C'è Di Male? Ma Cosa C'è Di Strano!* 28 Apr. 2023, [www.scienzainrete.it/articolo/fecondazione-assistita-maternità-surrogata-famiglie-omogenitoriali-ma-cosa-c-di-male-ma](http://www.scienzainrete.it/articolo/fecondazione-assistita-maternità-surrogata-famiglie-omogenitoriali-ma-cosa-c-di-male-ma)

BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.

BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992

BONANNI, A., “*Vent’anni Di Fecondazione Assistita in Italia. Quali Criticità Restano Dopo La Legge 40.*” *La Stampa*, 19 Feb. 2024  
[www.lastampa.it/politica/2024/02/19/news/fecondazione-assistita-20-anni-legge-40-14082585/](http://www.lastampa.it/politica/2024/02/19/news/fecondazione-assistita-20-anni-legge-40-14082585/)

BONCIOLI. M., *Problemi Ed Implicazioni Della PMA Nel Post Mortem*, <http://www.pma-italia.it/medias/297-martina-boncioliproblemi-ed-implicazioni-della-pma-nel-post-mortem.pdf>

BORINI, A., FLAMIGNI, C., *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'Oro, 2012, p. 49, il quale la ammette anche nei casi di ripetuti fallimenti di precedenti trattamenti di PMA omologa.

CAGGIANO, I.A., Genitorialità scomposta ed interesse del minore, alcune considerazioni a margine del superiore interesse del minore, in *Foro it*, 3, I, p. 1068

CAMPIGLIO, C., *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", 2004, p. 532

CANESTRARI, *Legge 40: procreazione e punizione*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, (a cura di) CAMASSA, E., CASONATO, C., Trento, 2005, p. 74 sottolinea «le difficoltà di tipizzare i presupposti patologici o fisiologici per accedere alle metodiche di PMA: in sede scientifica permangono invero divergenze significative sulle nozioni di sterilità e di infertilità»

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

CANESTRARI, S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita?* cit., p. 62-1098 ss.

CANOVA, L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 669 ss.

CARLOTTO, I., *Figli di un Dio minore? Il diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutela*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2014, p. 69

CARRATO, A. *La Procreazione Medicalmente Assistita E Le Tematiche Connesse Nella Giurisprudenza Costituzionale*. Mar. 2021

CASABURI, G., *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, cit.

CASINI, C., DI PIETRO, M.L., CASINI, M., *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, p. 516 ss.,

CATANIA, E. *L'impatto Della CEDU Nella Legislazione Sulla Procreazione Medicalmente Assistita Negli Stati Europei | Il Portale Giuridico Online per I Professionisti - Diritto.it*. 17 Jan. 2014, [www.diritto.it/1-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/](http://www.diritto.it/1-impatto-della-cedu-nella-legislazione-sulla-procreazione-medicalmente-assistita-negli-stati-europei/)

CAUTELA, A. “Legge N. 40/2004: L’evoluzione Della Giurisprudenza Costituzionale Sulla Normativa in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita.” *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, no. 2, 2018, pp. 106–139.

CELOTTO, A., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione*, cit., p. 23 ss.

CHIEFFI, L., *Aborto e Costituzione*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, Paravia – Bruno Mondadori Editori, Torino, 2000

CHIEFFI, L., GIUSTINIANI, P., *Percorsi tra bioetica e diritto: alla ricerca di un bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010

CIANCIO, S., “*Procreazione Assistita: Chiese a Confronto*”, *Tigor: rivista di scienze della comunicazione di argomentazione giuridica*, 2017, <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/4196fcf7-f0bc-43e7-9553-97ed4be84738/content>

COLLURA, G., *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 627 ss.

CONDÉ, N. “*15 Anni Di Legge 40: Abbiamo Bisogno Di Nuove Norme Sulla Fecondazione Assistita.*” *Wired Italia*, 9 Mar. 2019, [www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/](http://www.wired.it/scienza/medicina/2019/03/09/legge-40-fecondazione-assistita/)

COSCIONI, L. “*Prima Della Legge 40, La Normativa Che Si Applicava in Italia.*” *Associazione Luca*

<https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/rassegna-stampa/prima-della-legge-40-la-normativa-che-si-applicava-italia>

D'ALOIA, A., TORRETTA, P. *La procreazione come diritto della persona, estratto dal volume: "Trattato di biodiritto"* diretto da Rodotà, S., Zatti, P. 2011, p. 1342 e ss

D'AMICO, M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit., p. 32 ss.

D'AVACK, L. *Il diritto alle proprie origini, tra segreto, anonimato e verità, nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 826

DE ALBUQUERQUE, P.P., *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-20125)*, Torino, 2016, p. 114-115; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006

DE RUBEIS, D., *Inseminazione eterologa: consenso del marito, disconoscimento di paternità e tutela del bambino*; in *Giur. it.*, 1998, p. 68 ss.

DE SANTIS, V. "DIRITTO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI COME ASPETTO DELLA RELAZIONE MATERNA. ADOZIONE, PMA ETEROLOGA E COGNOME MATERNO",

<https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/03/De-santis.pdf>

DE TOMMASI, M. C., *Tendenze attuali in tema sulla definizione di paternità artificiale*; in *Dir. e giur.*, 1997, p. 152 ss.

DELL'UTRI, *La fecondazione eterologa nel sistema dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 402; D'AMICO, M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, cit.

DI NELLA, M., *I Diritti Del Nascituro E La "Maternità Perduta."* [www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/](http://www.dinellalex.com/i-diritti-del-nascituro-e-la-maternita-perduta/)

DI STEFANIA, F., “Verso Una Teoria Del Diritto Alla Procreazione” [Www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)  
[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-  
documento.cfm?Artid=46061&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46061&content=&content_author=)

DI TODARO, F., “Procreazione Assistita: Parla La Prima Nata in Italia.” *Fondazione Umberto Veronesi*, [www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/ginecologia/dico-si-alla-pma-ma-i-figli-non-possono-arrivare-a-qualsiasi-eta](http://www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/ginecologia/dico-si-alla-pma-ma-i-figli-non-possono-arrivare-a-qualsiasi-eta)

DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 118

DOLCINI, E. “Fecondazione assistita e diritto penale”, 2008, p.29

DOLCINI, E., *La fecondazione assistita “eterologa”. Una questione aperta*, cit., p. 15 ss.

DONATI, F, MILAZZO, P., “*Materiali - Associazione Italiana Dei Costituzionalisti.*”

FATTIBENE, R., IADICICCO, M.P., Il diritto alla vita del concepito e l’interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale, in *La nascita. I mille volti di un’idea*, a cura di PROMODO, R., Giappichelli, Torino 2006, 209 ss.

FATTIBENE, R, IADICICCO, M. P., *L’aborto nella giurisprudenza costituzionale*, <http://www.unibioetica>

FERACI, O., “Aldricus | La Maternità Surrogata.” *Aldricus | Il Portale Del Progetto EJNita*, 8 May 2021, <https://aldricus.giustizia.it/la-maternita-surrogata/>

FERRANDO, G., *Come cambiare una legge ingiusta*, cit., p. 51

FERRANDO, G., estratto da *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.1/2014

FERRANDO, G., *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in Auletta, T., (a cura di) *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent’anni dalla riforma*, Torino, 2007, 285 ss.

FINOCCHIARO, M., *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, op. cit., p. 36 ss.

FLAMIGNI, *Appunti sulle tecniche di procreazione assistita*, in SANTOSUOSSO (a cura di), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, p. 138.

FORDER, C., *La procreazione assistita*, cit., p 366.

FRUGGERI, L., *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in Gigli, A. (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?* Guerini Editore, Milano, 2011, p. 66 ss. (spec. p.76).

FUSCO, M., "Cosa Resta Della Legge 40 : Bilanci E Prospettive a Dieci Anni Dall'entrata in Vigore Della Normativa Italiana Sulla Procreazione Assistita." *OpenEdition Books*, Mimesis Edizioni, 2015, <https://books.openedition.org/mimesis/1503>

GALLO, F., RE, F. "La Legge Sulla Procreazione Medicalmente Assistita: Dall'emanazione Alla Demolizione OPINIONS OPINIONI." *Biochimica Clinica*, vol. 41, no. 4, 2017, [www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/05/1372-371-374-GALLO.pdf](http://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/05/1372-371-374-GALLO.pdf) , [https://doi.org/10.19186/BC\\_2017.050](https://doi.org/10.19186/BC_2017.050)

GIUSTINIANI, P., *Bioetica e laicità dello Stato*, in *Bioetica. Percorsi e incroci*, a cura di FAVO, P., STAGLIANÒ, A., Esi, Napoli 2008, 122 ss.

GIUSTINIANI, P., *Sulla procreazione assistita*, Volume 23 di Bioetica e valori, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005, p. 55

GRASSO, G., *Prima affermazione di una paternità negata: la fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cc.*; in *Dir e giur.*, 1997, p. 169 ss.

GROSSO, P., *Fecondazione artificiale in vitro e problemi di rilevanza giuridico-penale*

HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 638 ss.



IANNICELLI, M. A., *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 73 e ss

IAQUINTA, C. “Fecondazione Assistita: Tecniche, Tempi E Costi in Italia.” *InSalute*, 22 Apr. 2022, [www.blogunisalute.it/fecondazione-assistita-italia-costi/](http://www.blogunisalute.it/fecondazione-assistita-italia-costi/)

IGNELZI, C., “*Infertilità E Sterilità Maschile E Femminile: Cause E Differenze.*” *Nurse24.It*, 31 May 2019, [www.nurse24.it/dossier/salute/sterilita-infertilita-maschile-femminile-cause.html](http://www.nurse24.it/dossier/salute/sterilita-infertilita-maschile-femminile-cause.html)

LAMAEQUE, E., *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 632-633 e p. 636-637; ID., *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 370-371; I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 796

LIPARI, N., *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rassegna parlam.*, 2005, p. 357

LO GIUDICE, L.V., “*I Diritti Dei Figli Nati Da PMA O GPA: Il “Caso Italia” Sulla Trascrizione E Iscrizione Degli Atti Di Nascita.*” *Unione Dei Diritti Umani*, 1 Apr. 2023, [www.unionedirittiumani.it/newsletter/i-diritti-dei-figli-nati-da-pma-o-gpa-il-caso-italia-sulla-trascrizione-e-iscrizione-degli-atti-di-nascita/#:~:text=In%20sintesi%2C%20](http://www.unionedirittiumani.it/newsletter/i-diritti-dei-figli-nati-da-pma-o-gpa-il-caso-italia-sulla-trascrizione-e-iscrizione-degli-atti-di-nascita/#:~:text=In%20sintesi%2C%20)

LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 596 ss.

LOSAPPIO, G., *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 2051.

MANETTI, M., *La Questione Dell’embrione Nel Quadro Dei Principi Costituzionali | Costituzionalismo.it* 6 June 2005, [www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembrione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/](http://www.costituzionalismo.it/la-questione-dellembrione-nel-quadro-dei-principi-costituzionali/)

MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, cit., p. 353.

MANZELLA, *La qualità della magistratura*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2008, p. 20.

MARTINI. A., *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006.

MASCIA, A., “*Nel Caso Costa E Pavan La C.E.D.U. Ha Accertato La Violazione Del Diritto Fondamentale al Rispetto Alla Vita Privata E Familiare Garantito Dall’articolo 8 Della Convenzione a Causa Del Divieto Imposto Ad Una Coppia Portatrice Di Una Malattia Genetica Di Ricorrere Alla Diagnosi Pre-Implanto per Una Fecondazione in Vitro.*” *Diritti Fondamentali, Quale Tutela?* 30 Sept. 2012, [www.antonellamascia.wordpress.com/2012/09/30/nel-caso-costa-e-pavan-la-c-e-d-u-ha-accertato-la-violazione-del-diritto-fondamentale-al-rispetto-alla-vita-privata-e-familiare-garantito-dallarticolo-8-della-convenzione-a-causa-del-divieto/](http://www.antonellamascia.wordpress.com/2012/09/30/nel-caso-costa-e-pavan-la-c-e-d-u-ha-accertato-la-violazione-del-diritto-fondamentale-al-rispetto-alla-vita-privata-e-familiare-garantito-dallarticolo-8-della-convenzione-a-causa-del-divieto/)

MASTROPIETRO, *Procreazione assistita*, p. 1379 s.

MAZZONI, C.M., PICCINNI, M., *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica-P. Zatti (a cura di), Milano, 2016, p. 79

MINERVINI, S., *La procreazione medicalmente assistita*, Matelica, Halley, 2007

NICOLUSSI, A., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un’analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2012, p. 8

OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, cit., p. 50.

OPPO, G., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*

PATRONI GRIFFI, A. *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti) n. 3/2015*, data di pubblicazione: 24/07/2015, “*Rivista AIC - Home.*”

[Www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Patroni%20Griffi.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Patroni%20Griffi.pdf)

PENASA, S., *La Corte Europea Dei Diritti Dell'Uomo Di Fronte al Fattore Scientifico: Analisi Della Recente Giurisprudenza in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita E Interruzione Volontaria Di Gravidanza. (in Corso Di Pubblicazione Nella Revista Europea de Derechos Fundamentales - Numero Monografico "La Protección Jurídica Del Menor" -Instituto de Derecho Público -2013)* 3 Apr. 2013

PEZZA, C., "Fecondazione Eterologa, Sì al Disconoscimento Di Paternità Se Il Marito Non Sa Nulla." *Master Lex*, 2 Apr. 2017, [www.masterlex.it/fecondazione-eterologa-si-al-disconoscimento-paternita-marito-non-sa-nulla/#:~:text=Secondo%20il%20disposto%20dell](http://www.masterlex.it/fecondazione-eterologa-si-al-disconoscimento-paternita-marito-non-sa-nulla/#:~:text=Secondo%20il%20disposto%20dell)

POGGI, A. "1.1. La Sentenza Della Corte costituzionale N. 162 Del 2014." *Bioetica News Torino*, 26 Luglio 2016

PROSPERI, F., *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2013, 289.

PURICELLA, A., "“Figli Di Due Madri”, Ma Il Comune Di Taranto Non Si Pronuncia Da Un Anno E Mezzo: “Così La Nostra è Famiglia Sospesa.”” *La Repubblica*, 30 Mar. 2020, <https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/figli-di-due-madri-il-comune-di-taranto-non-si-pronuncia-da-un-anno-e-mezzo-così-la-nostra-famiglia-e-in-sospeso-252704446/>

RANDI, I., "Madre Surrogata: Chi è? Maternità Surrogata: Cos'è E Dove è Legale?" *Www.my-Personaltrainer.it*, [www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html](http://www.my-personaltrainer.it/benessere/madre-surrogata.html)

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

RISICATO, L., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, cit., p. 41 ss.

RIZZO, V., *Profili costituzionali della paternità assistita*

RODOTÀ, S., riportato da C. Casonato, “*Introduzione al biodiritto*”, Giappichelli, Torino, 2012

ROMBOLI, R., “*Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*”, <https://giurcost.org/contents/giurcost/studi/Romboli2.pdf>

ROSANI, D., *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l’esperienza estera*, cit., p. 213-214

SANTOSUOSSO, F., *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, p. 4, Giuffrè, 2004

SESTA, M., *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in questa Rivista, 2021, 763 ss.

SOLENNE, V., “*Legge 40 Sulla Procreazione Assistita: La Condanna Dell’ONU All’Italia.*” *Pandslegal*, 29 Maggio 2019, [www.pandslegal.it/biotecnologie/legge-40-procreazione-assistita/](http://www.pandslegal.it/biotecnologie/legge-40-procreazione-assistita/)

STEFANELLI, S., *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it)

TANI, F., *Famiglie omoparentali: perché no?* in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, p. 175 ss. (spec. p. 179).

TARRICONE, R., “*PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: NORMATIVA E DIRITTI DEL CONCEPITO.*” *Diritto al Punto*, 28 Apr. 2021, [www.dirittoalpuntopodcast.com/post/procreazione-medicalmente-assistita-normativa-e-diritti-del-concepito#:~:text=Ebbene%20s](http://www.dirittoalpuntopodcast.com/post/procreazione-medicalmente-assistita-normativa-e-diritti-del-concepito#:~:text=Ebbene%20s)

TEBANO, E. “*Maternità Surrogata, Si Vota Alla Camera: Cosa Cambia Se Diventa Reato Universale?*” *Corriere Della Sera*, 18 July 2023, [www.corriere.it/politica/23\\_luglio\\_18/cos-maternita-surrogata-o-gestazione-altri-cosa-cambia-se-diventa-reato-universale-3a89682a-2562-11ee-8ad9-e291f4ec7ab7.shtml](http://www.corriere.it/politica/23_luglio_18/cos-maternita-surrogata-o-gestazione-altri-cosa-cambia-se-diventa-reato-universale-3a89682a-2562-11ee-8ad9-e291f4ec7ab7.shtml)

TEBANO, E., “*Come è Nata E Quali Sono I Limiti Della Legge 40 al Centro Dello Scontro Sulle Famiglie Arcobaleno.*” *Corriere Della Sera*, 17 Nov. 2023, [https://27esimaora.corriere.it/23\\_novembre\\_17/come-nata-quali-sono-limiti-legge-40-centro-scontro-famiglie-arcobaleno-ca34107a-8524-11ee-b89b-1358166ec0cb.shtml](https://27esimaora.corriere.it/23_novembre_17/come-nata-quali-sono-limiti-legge-40-centro-scontro-famiglie-arcobaleno-ca34107a-8524-11ee-b89b-1358166ec0cb.shtml)

TOMARCHIO, G., *Nascere sotto il codice: una riflessione giuridica sulla legge 40 per la procreazione medicalmente assistita*, 2005, p. 13

VACCA, I. “*Pma E Diagnosi Genetica Preimpianto per Malattie Rare in Italia: L’elenco Dei Centri Pubblici E Privati.*” *Osservatorio Malattie Rare*, 17 Mar. 2022, [www.osservatoriomalattierare.it/news/attualita/17881-centri-italiani-per-pgd-diagnosi-genetica-preimpianto-per-malattie-genetiche](http://www.osservatoriomalattierare.it/news/attualita/17881-centri-italiani-per-pgd-diagnosi-genetica-preimpianto-per-malattie-genetiche)

VALLINI, A., *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 103 ss.

VALSECCHI CRISTINA, M., “*Procreazione Medicalmente Assistita, Il Punto Sulle Linee Guida in Italia.*” *Procreazione Medicalmente Assistita, Il Punto Sulle Linee Guida in Italia | Univadis*, [www.univadis.it/viewarticle/procreazione-medicalmente-assistita-punto-sulle-linee-guida-2024a10000i2](http://www.univadis.it/viewarticle/procreazione-medicalmente-assistita-punto-sulle-linee-guida-2024a10000i2)

VARRONE, L., “*I “Correttivi” Alla L. N. 40/2004 in Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita Ad Opera Della Giurisprudenza Costituzionale.*” *Www.aiafrivista.it*, [www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale](http://www.aiafrivista.it/1-40-2004-procreazione-assistita-giurisprudenza-costituzionale)

VILLANI, R., *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 123.

VINCI, D., “I Diritti Del Nascituro.” *AssistentiSociali.org*, [www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale- -diritti-del-nascituro.htm](http://www.assistentisociali.org/famiglia/potesta-genitoriale--diritti-del-nascituro.htm)

VIOLINI, L., *La Corte e l'eterologa; i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, Rivista «Associazione italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio costituzionale, luglio 2015; Morrone, A., *Ubi scientia ibi iura*, «Consulta online», 2014.

VIVIANI, A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 16-17.

ZAGARIA, F., *FECONDAZIONE ETEROLOGA, STATUS FILIATIONIS E DIRITTO DEL FIGLIO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI*, <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Zagaria.pdf>

## FONTI

Cassazione Civile, I Sezione, 15 marzo 2019 (dep. 15 maggio 2019), n. 13000, Pres. M. Acierno, Rel. E. Campese

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 4 novembre 1950, pubblicata in Gazz. Uff. 24 settembre 1955, n. 221

Corte costituzionale 1° aprile 2009, n. 151, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2009:151)

Corte costituzionale 13 gennaio 2005 n. 46, 47, 48, 49 in Giur. Cost., (ECLI:IT:COST:2005:46), (ECLI:IT:COST:2005:47), (ECLI:IT:COST:2005:48), (ECLI:IT:COST:2005:49)

Corte costituzionale 16 gennaio 2020, n. 33, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2020:33)

Corte costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in Giur. cost., (ECLI:IT:COST:1975:27)

Corte costituzionale 18 giugno 2019, n. 221, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2019:221)

Corte costituzionale 21 gennaio 2019, n. 237, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2019:237)

Corte costituzionale 22 novembre 2017, n. 272 , in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2017:272)

Corte costituzionale 30 gennaio 1997, n. 35, in Giur. Cost., (ECLI:IT:COST:1997:35)

Corte costituzionale 7 maggio 2014, n. 164, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2014:164)

Corte costituzionale 8 novembre 2016, n. 286, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2016:286)

Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162, in Giuri Cost., (ECLI:IT:COST:2014:162)

Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2014:162)

Corte costituzionale, 14 maggio 2015, n. 96, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2015:96)

Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 229, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2015:229)

Corte costituzionale, 22 settembre 1998, n. 347, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:1998:347)

Corte costituzionale, 26 maggio 2020, n. 127, in Giuri. Cost., (ECLI:IT:COST:2005:127)

Corte EDU, Sez. I, 1° aprile 2010, *S.H. and others v. Austria*, n. 57813/00

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ric. n. 25358/12, 24 gennaio 2017

Corte europea dei diritti dell'uomo sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassée c. Francia*

Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, caso Costa e Pavan contro Italia, punto n. 64

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10, Strasburgo

Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, sentenza 15 marzo 2012, ricorso 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*

Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia*



Costituzione della Repubblica italiana 1° gennaio 1948, pubblicata in Gazz. Uff. 27 dicembre 1947, n. 298

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 10 dicembre 1948, pubblicata in Gazz. Uff. 13 aprile 2017, n. 87

Legge 19 Febbraio 2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, pubblicata in Gazz. Uff. 24 febbraio 2004, n. 45

Legge 22 maggio 1978, n. 194 “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza*”, pubblicata in Gazz. Uff. 22 maggio 1978

Legge 29 gennaio 1942, n. 64, “*Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza*”, pubblicata in Gazz. Uff. 27 febbraio 1942

Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici 16 dicembre 1966, pubblicata in Gazz. Uff. 7 dicembre 1977, n. 333

TAR Lazio, sez. III, 23 maggio 2005, n. 4047

TAR Lazio, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452