

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

“FEDERICO II”



Dottorato di Ricerca in Bioetica

(XXVI ciclo)

TESI DI DOTTORATO

ASPETTI PROBLEMATICI

DELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

TUTOR:

DOTTORANDA:

Ch.mo Prof. Carmine Donisi

Dott.ssa Claudia Casella

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

“La scelta di un giovane dipende dalla sua inclinazione, ma anche dalla fortuna di incontrare un grande maestro”.

Rita Levi-Montalcini, *La clessidra della vita*, 2008

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

FUNZIONE RIPRODUTTIVA E

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

	Pag.
1. Considerazioni introduttive	1
2. La funzione riproduttiva umana fra norme internazionali e principi costituzionali. Diritto soggettivo o libertà individuale?	3
3. Il diritto a procreare inteso nella sua accezione negativa, come <i>scelta di non procreare</i> : la sterilizzazione diretta – la contraccezione	10
4. ... l'interruzione volontaria della gravidanza	11
5. ... la pillola RU 486	13
6. Il diritto a procreare inteso nella sua accezione positiva, come <i>scelta di procreare</i> e il conseguente divieto di sterilizzazione coattiva o involontaria con finalità contraccettive. Esposizione di un caso emblematico (“Giulia”)	15
7. Limiti del diritto a procreare naturalmente	18
8. Responsabilità per violazione del diritto all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile	19
9. La procreazione con mezzi artificiali. Il dibattito in corso nella letteratura e nella giurisprudenza	25
10. Il danno da lesione del diritto al concepimento	33

CAPITOLO SECONDO

L'ACCESSO ALLE TECNICHE DI PMA:

I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI

11. Introduzione alla soluzione normativa adottata dal legislatore italiano: chi ha diritto a procreare “artificialmente”?	40
12. Le condizioni legali soggettive per l'accesso ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita (in sigla: PMA): il presupposto della maggiore età nel raffronto con l'istituto dell'emancipazione	42

13.	... la diversità sessuale e il tormentato problema dell'accesso alle tecniche anche per le coppie omosessuali e per le donne sole	44
14.	... il requisito del coniugio o della convivenza e il metodo c.d. <i>coparenting</i> o cogenitorialità	48
15.	... l'età potenzialmente fertile e il presupposto della "comune esistenza in vita" dei soggetti richiedenti	50
16.	Le condizioni legali oggettive per l'accesso ai trattamenti di PMA: la sterilità, l'infertilità, l'ipofertilità, le patologie sessualmente trasmissibili	53
17.	Le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche	55
18.	Le diverse possibili finalità dell'accertamento diagnostico sull'embrione ottenuto in laboratorio	57
19.	La diagnosi genetica preimpianto (d'ora in poi PGD) nella legislazione ordinaria e nella letteratura	58
20.	Le differenti posizioni giurisprudenziali	60
21.	... effetti legali ed implicazioni pratiche delle decisioni della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009, n. 151 e del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012	64
22.	I limiti soggettivi di ammissibilità della PGD	68
23.	... l'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (in sigla: CEDU)	70
24.	... l'esecuzione dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano. Le recenti "contrastanti" pronunce della Prima Sezione Civile del Tribunale di Roma	73
25.	I limiti oggettivi di ammissibilità della PGD – Proposizioni conclusive	78
26.	Uno sguardo comparatistico	82

CAPITOLO TERZO

IL PROBLEMA DELLA FECONDAZIONE ETEROLOGA

27.	Il divieto di fecondazione eterologa in Italia e le sue giustificazioni . .	90
28.	La sentenza CEDU del 1 aprile 2010	93
29.	Le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, Catania e Milano	96

30.	Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte costituzionale	98
31.	Le soluzioni alternative di tutela	106
32.	La disciplina della fecondazione eterologa nella legislazione estera	107

CAPITOLO QUARTO

LA TIPOLOGIA DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

33.	Le obiezioni sollevate in merito alla “madre su commissione”	111
34.	Le classificazioni della surrogazione di maternità e la c.d. “manipolazione del Dna mitocondriale”	113
35.	La punibilità di chi ricorre alla donazione di ovocita	116
36.	La locazione d’utero e la maternità surrogata in senso stretto: validità degli accordi di sostituzione	118
37.	... l’attribuzione della maternità	123
38.	... la possibilità di aggiramento della norma – Conseguenze	127
39.	... l’individuazione della paternità all’interno della surrogazione di maternità	129
40.	L’esperienza di altri Paesi	131
41.	Aspetti di diritto internazionale privato relativi alla trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante la tecnica della maternità surrogata all’estero	136

CAPITOLO QUINTO

SULL’AMMISSIBILITÀ

DELLA FECONDAZIONE *POST MORTEM*

42.	Il ricorso alla procreazione artificiale dopo la morte del <i>partner</i> : le posizioni di dottrina e giurisprudenza antecedenti all’entrata in vigore della legge n. 40/2004	144
43.	La carente disposizione legislativa: il momento in cui deve essere accertato il requisito della “comune esistenza in vita”	147

44.	Il ricorso alla fecondazione <i>post mortem</i> nonostante il divieto	150
45.	... lo <i>status</i> del figlio nato entro 300 giorni dalla morte del padre . . .	151
46.	... lo <i>status</i> del figlio nato dopo 300 giorni dalla morte del padre . . .	152
47.	... lo <i>status</i> del figlio nato da genitori non coniugati	153
48.	La fecondazione <i>post mortem</i> negli altri Paesi	154
CONCLUSIONI		156
BIBLIOGRAFIA		162

CAPITOLO PRIMO

FUNZIONE RIPRODUTTIVA E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. La funzione riproduttiva umana fra norme internazionali e principi costituzionali. Diritto soggettivo o libertà individuale? – 3. Il diritto a procreare inteso nella sua accezione negativa, come *scelta di non procreare*: la sterilizzazione diretta – la contraccezione – 4. ... l'interruzione volontaria della gravidanza – 5. ...la pillola RU 486 – 6. Il diritto a procreare inteso nella sua accezione positiva, come *scelta di procreare* e il conseguente divieto di sterilizzazione coattiva o involontaria con finalità contraccettive. Esposizione di un caso emblematico (“Giulia”) – 7. Limiti del diritto a procreare naturalmente – 8. Responsabilità per violazione del diritto all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile – 9. La procreazione con mezzi artificiali. Il dibattito in corso nella letteratura e nella giurisprudenza – 10. Il danno da lesione del diritto al concepimento.

1. Il 19 febbraio 2004, al termine di un percorso prolungatosi per più legislature¹, e che aveva visto il nostro Paese rimanere in posizione isolata rispetto al resto d'Europa, venne approvata la legge n. 40² in materia di Procreazione Medicalmente Assistita³ (d'ora in poi PMA), avente ad oggetto quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza⁴, e che, sino a quel momento, erano stati oggetto di soli provvedimenti amministrativi⁵.

¹ Per cenni sull'*iter* storico che ha portato alla situazione attuale, v. VILLANI R., *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004, 2 ss; SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004, 23.

² In G.U., 24 febbraio 2004, n. 45. Entrata in vigore il 10 marzo 2004.

³ In merito all'evoluzione terminologica dell'espressione “procreazione medicalmente assistita”, v. VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 4 ss.

⁴ Per gli aspetti psicologici, medici, bioetici relativi alla PMA, v. RIGHETTI P., GALLUZZI M., MAGGINO T., BAFFONI A., AZZENA A., *La coppia di fronte alla procreazione medicalmente assistita*, Franco Angeli, Milano, 2009, *passim*.

⁵ Per quanto concerne la situazione normativa *ante* l. n. 40/2004, v. VILLANI, *la procreazione assistita*, cit., 9 ss.

La legge è apparsa, fin dalla sua entrata in vigore, pressoché esclusivamente orientata per la tutela del concepito, che si manifesta in una serie di divieti e sanzioni che pervadono l'intero testo di legge e nella determinazione di criteri di accesso alla PMA di particolare rigidità⁶. Impostazione, questa, per la quale la dottrina più attenta ha manifestato, fin da subito, aspri dissensi. Davvero eloquente, al riguardo, è il lucidissimo saggio dal titolo *“Prime note sulla disciplina legislativa della procreazione medicalmente assistita”*, pubblicato (nel volume *“La Procreazione Medicalmente Assistita: attualità bioetica e attualità giuridica”*⁷) dal Professore Emerito di Diritto Civile della Facoltà giuridica dell'Ateneo fridericiano, Carmine Donisi, il quale, nell'esaminare l'aggrovigliata disciplina della PMA, testualmente osservava: “Raramente un provvedimento legislativo è stato fatto oggetto di tanti epiteti, come quello di cui ci stiamo occupando (...). Si è parlato, ad esempio, di legge “incivile”, di legge “medioevale”, di legge “oscurantista”, di legge “liberticida”, di legge “mostro”, di legge “iniqua”. E quel che preoccupa ancor di più è il fatto che le ingiurie provengono anche da prestigiosi esponenti del mondo scientifico e professionale. Bastino tre esempi, per tutti: un “obbrobrio” la legge n. 40 è stata definita dal Nobel per la medicina Rita Levi Montalcini; di legge “indecente” ha parlato ed in più occasioni Carlo Flamigni, docente di Ginecologia nell'Università di Bologna e componente del Comitato Nazionale per la Bioetica; addirittura “infame” essa è stata qualificata da Umberto Veronesi, direttore dell'Istituto Europeo di Oncologia”.

Di fronte a queste reazioni, evidenziava il Prof. Donisi, “a tutta prima il giurista sarebbe tentato di avanzare un interrogativo: non sarebbe stato preferibile, allora, affidare la regolamentazione di una materia così delicata anche per la complessità delle sue implicazioni, come la PMA, al c.d. diritto giurisprudenziale piuttosto che al legislatore? Dilemma, sia pur tardivo, questo, alimentato dalla riflessione su quanto più di un decennio fa scriveva in un celebre volume (*il*

⁶ VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1517.

⁷ DONISI C., *Prime note sulla disciplina legislativa della procreazione medicalmente assistita*, in *La Procreazione Medicalmente Assistita: attualità bioetica e attualità giuridica*, Atti di una giornata di studio, a cura di P. Amodio, Edizioni Partagées, Napoli, 2005, 63 ss.

diritto mite) il presidente della Corte costituzionale, Gustavo Zagrebelsky: “molte domande poste al diritto dal progresso tecnologico forse più opportunamente possono trovare una prima risposta in una procedura giudiziaria in cui si mettono a confronto prudentemente i principi coinvolti, piuttosto che in assemblee politiche dove il richiamo ai principi è spesso uno strumento di militanza di parte”.

Tuttavia, rilevava l’Autore, “pur se frutto di profonda saggezza ed esperienza, il suggerimento del presidente Zagrebelsky, almeno nel rovente settore della PMA, non avrebbe retto alla prova dei fatti. Basti considerare che – chiamati a risolvere alcuni dei problemi più delicati in materia (quello relativo alla legittimazione del marito ad esercitare l’azione del disconoscimento di paternità del figlio nato da fecondazione eterologa della moglie, effettuata anche con il suo consenso; quello inerente alla validità dell’accordo di c.d. maternità surrogata) – i giudici hanno emesso decisioni diametralmente opposte”.

Stando così le cose, si legge, infine, nell’articolo in esame, “non alle sentenze, ma alla legge andava affidato l’arduo compito di disciplinare la materia in questione”.

Ecco, allora, l’occasione, fornita da questo autorevole e non adulatorio richiamo, per riflettere su come il compito sia stato assolto dal nostro Parlamento, anche allo scopo di stabilire se le ingiurie riferite all’inizio abbiano qualche fondamento o invece siano dettate da ragioni d’ordine meramente “ideologico”.

2. A monte, rispetto alla questione relativa all’appropriatezza dei criteri (soggettivi ed oggettivi) di accesso alle varie tecnologie riproduttive e alle ripercussioni delle stesse sui soggetti coinvolti, si pone l’analisi della categoria del “diritto a procreare”, allo scopo di accertare se possa configurarsi, nel nostro sistema, un diritto al concepimento, e, nell’affermativa, quali ne siano i titolari, quale l’ambito di estensione e i diritti da bilanciare e se possa, infine, comprendere nel proprio oggetto la procreazione medicalmente assistita.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza, trovatasi innanzi al dilemma suesposto, in un primo momento è giunta a sostenere che "la Carta [costituzionale] non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità (...), non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole, in sé, si intende, tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato a dignità di diritto soggettivo..."⁸.

⁸ Si allude, in particolare, alle motivazioni espresse dal Tribunale di Monza il 27 ottobre 1989. Tale provvedimento (ampiamente commentato nel Capitolo quarto, par. 36) è reperibile in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1991, 611 ss. Sempre nel contesto della propensione della giurisprudenza più risalente a pronunciarsi in senso contrario alla configurabilità, in generale, del diritto a procreare, si cita, inoltre, la decisione del 23 novembre 2009 (rinvenibile in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 e ss.), con la quale il Tribunale di Milano ha stabilito che "non esiste nel nostro ordinamento interno una norma che consente di affermare l'esistenza di un diritto insopprimibile a procreare".

In senso conforme a tale orientamento giurisprudenziale, parte della letteratura osserva che l'interesse a generare prole si configura come elemento qualificativo di una sfera assolutamente privata del soggetto, caratterizzata da profili di intimità e assoluta riservatezza, che indurrebbero a ritenere più congeniale l'inserimento di tale facoltà fra le cc.dd. libertà fondamentali che i pubblici poteri si devono limitare a garantire, tutelandone il pacifico esercizio, evitando qualsiasi intromissione nella fase decisionale, anche ove la stessa risultasse meramente finalizzata ad orientare la scelta. Cfr., fra gli altri ZATTI P., *Natura e cultura nella procreazione artificiale*, in Ferrando G. (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, 1989, 177 ss.; LALLI C., *Libertà procreativa*, Liguori, Napoli, 2004, 67 ss.: "Difendere la libertà procreativa non significa negare che le scelte procreative possano avere conseguenze dannose per altri individui, né che esistano casi in cui sia legittimo porre dei limiti. Piuttosto significa che "chi vorrebbe limitare la scelta riproduttiva ha l'onere di mostrare che le azioni riproduttive in questione creerebbero un così rilevante danno (*harm*) da essere legittimamente limitate (Robertson 1994, p. 24). Solo l'accertamento della presenza di un "danno rilevante", dunque, giustifica una intrusione nello spazio di libertà procreativa di cui ogni individuo gode".

D'altro canto si rileva che, come statuito dalla stessa Carta costituzionale all'art. 3, comma 2 e all'art. 31 e da numerosi leggi speciali (nn. 405/1975, 194/1978, 833/1978), è fatto compito allo Stato di intervenire attivamente con azioni e/o specifiche provvidenze - informazione, educazione, sostegno economico, assistenza sociale e sanitaria, ecc. - a tutela della maternità e della salute riproduttiva dei cittadini ritenute evidentemente decisive per lo sviluppo della persona umana. Sulla scorta di tale premessa, un'interpretazione (minoritaria), sostiene che l'interesse in questione mal si presta ad essere classificato secondo la dicotomia tradizionale diritti positivi - libertà negative, presentando elementi tipici di entrambe le figure. Si individua, in particolare, un *tertium genus*, i "diritti di libertà", fra cui rientrerebbe anche quello in esame, che qualificherebbero le situazioni soggettive attive caratterizzate dalla facoltà attribuita all'individuo di compiere una scelta in piena autonomia senza che siano ammissibili interferenze da parte di terzi o da parte dello Stato a prescindere dall'eventuale presenza dei pubblici poteri in funzione di garanzia del concreto esercizio del diritto. Sul punto, fra gli altri, v. LECALDANO E., *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Bari, 2009, 135: "Il riconoscimento di un diritto a procreare richiederebbe una forte ingerenza dello Stato nelle faccende procreative che così facendo non potrebbe non limitare qualcuno dei diritti negativi dei suoi cittadini (...). Il diritto alla libertà procreativa è proprio la negazione di un diritto a procreare perché uno tra i modi in cui il primo può essere realizzato è proprio rifiutandosi completamente di procreare"; FARRI MONACO M., *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, in *Minori e Giustizia*, 2005, 2,

Tale orientamento ha sollevato, però, aspri dissensi. La dottrina più attenta, infatti, ha ritenuto di poter desumere, dalle norme internazionali e costituzionali relative al diritto a fondare una famiglia e al rispetto della vita privata e familiare, un vero e proprio diritto a procreare (naturalmente)⁹.

Allo scopo, ci si è riferiti all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, in cui al primo comma si stabilisce che "La famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e ha diritto alla protezione della società e dello Stato"; alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, che all'art. 12 afferma il principio secondo cui "Gli uomini e le donne in età di contrarre matrimonio hanno il diritto di sposarsi e di fondare la propria famiglia, in accordo con le leggi nazionali che governano l'esercizio di questo diritto" ed, infine, all'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, ai sensi del quale "Agli uomini e alle donne in età di contrarre matrimonio spetta il diritto di sposarsi e di formare una famiglia".

Ancora più esplicite sono state considerate, in questa prospettiva, le conclusioni a cui è giunta la Conferenza Internazionale dei diritti dell'uomo, tenutasi a Teheran nel 1968, al termine della quale si è affermato che "*les couplet ont un droit fondamental de decider librement et en toute responsabilité du nombre d'enfants qu'ils veulent avoir et du moment de leur naissance. Ils ont aussi le droit d'être instruits et informés de ces questions*"; nonché la Raccomandazione dell'Assemblea del Consiglio d'Europa del 1972, con la quale è stato riconosciuto alle coppie "*le droit de decider du nombre d'enfants qu'ils veulent avoir et du moment de leur naissance*".

42: "La questione che si pone è se e fino a che punto sia legittima una libertà nei modi e nei tempi della procreazione, ovvero il riconoscimento di un qualche diritto alla libertà procreativa, e non già di procreare comunque, agli esseri umani".

⁹ Tra gli studiosi favorevoli alla configurabilità di un diritto fondamentale a procreare, v. GORASSINI A., *Procreazione*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, 1971, 952; DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, 2, I, Utet, 1999, 52; BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999, 17; BALDINI G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, ESI, 2006, 28; CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, 2000, 60 ss.; IAGULLI P., *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale*, Giappichelli, Torino, 2001, 3 ss.

Oltre che a livello internazionale, anche alla luce dei principi vigenti nel nostro ordinamento si è, del resto, tentato di giustificare la configurabilità del diritto a procreare.

In particolare, secondo alcuni Autori, il diritto a generare andrebbe ricondotto nell'ambito dell'art. 2 Cost.¹⁰. I diritti inviolabili dell'uomo, secondo una diffusa impostazione, non sarebbero, infatti, solo quelli che la Carta Costituzionale enuncia negli artt. 3 ss., ma tutti quei diritti che ineriscono strettamente alla persona e che, pur non menzionati espressamente nella Costituzione, trovano comunque in essa la propria fonte¹¹.

Le disposizioni di cui agli artt. 29, 30, 31 Cost., tutelando espressamente la famiglia e la filiazione, rappresenterebbero, inoltre, un'ulteriore conferma del riconoscimento del diritto fondamentale a procreare, in quanto, ad avviso dei fautori della teoria in esame, il diritto di costituire una famiglia e la conseguente tutela della filiazione (anche al di fuori del contesto familiare) non possono essere disgiunte dal loro presupposto di fatto: l'evento riproduttivo¹².

In senso favorevole al citato indirizzo dottrinale si è pronunciato, recentemente, anche il Tribunale di Milano con la sentenza del 24 maggio 2013, n. 7085. Il diritto al concepimento – si legge in tale decisione – “fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo”¹³.

¹⁰ CORTI I., cit., 80 ss.; nonché COSSU C., *La filiazione legittima e naturale*, in *La famiglia*, III (a cura di Cendon P.), Utet, 2000, 4.

¹¹ Per tutti, v. SANDULLI A., *Rapporto etico-sociali*, sub. art. 29, in Cian, Oppo, Trabucchi (a cura di), *Comm. al Diritto Italiano della Famiglia*, Cedam, 1992, 22; nonché PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, Esi, 1994, 138 e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 2006, 719.

¹² Così BALDINI G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in BALDINI G. e CASSANO G., *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 8 ss.

¹³ In adesione, vedi anche: l'ordinanza del 9 maggio 2000, cui ha fatto seguito la sentenza del 26 maggio 2000 (entrambe commentate da FAVILLI C., *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475 ss.), con la quale il Tribunale di Bologna ha sostenuto che il diritto a procreare “anche se nessuna norma internazionale o costituzionale lo contempla esplicitamente, deve essere considerato un diritto fondamentale, espressione della libertà ed autonomia della persona, costituzionalmente garantito come può desumersi dal combinato disposto degli artt. 2, 29, 30, 31 Cost.”; l'ordinanza del 17 febbraio 2000, con la quale il Tribunale di Roma ha considerato la procreazione “oltretutto come espressione di un desiderio e

Definito, con specifico riguardo al nostro ordinamento giuridico, il fondamento normativo del diritto a procreare naturalmente, altri problemi si pongono con riferimento all'individuazione del titolare del diritto in esame: la coppia o il singolo?

Un primo orientamento, ponendo l'accento sulla funzione riproduttiva come monopolio naturale della coppia, riserva solo a questa il diritto di generare prole. Tale impostazione muove, in particolare, dall'assunto che la tutela degli interessi del concepito prima e del nato poi - allo sviluppo, alla vita, alla salute, all'identità genetica, alla doppia figura genitoriale - nonché la salvaguardia del modello tradizionale di famiglia, costituiscono i fini cui deve tendere l'intervento giuridico¹⁴.

L'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario, sulla base dei principi di libertà e autodeterminazione individuale, amplificati in ambito procreativo dal superamento delle limitazioni naturalistiche, sostiene, invece, che l'autonomia procreativa non possa essere sottratta alla competenza individuale al fine di tutelare un preteso interesse del figlio ad una famiglia completa e stabile, atteso che la doppia figura genitoriale può costituire oggetto di un interesse meritevole di tutela, ma non certo di un diritto soggettivo assoluto e considerato che nessun divieto sussiste, né potrebbe ipotizzarsi, nei confronti della donna nubile che autonomamente decida di avere un figlio mediante rapporto sessuale occasionale¹⁵.

di un lecito istinto di riproduzione-conservazione, anche quale diritto fondamentale della persona a dare la vita e a trasmettere il proprio patrimonio genetico ad un altro essere umano” ed, infine, l’ordinanza del 13 gennaio 2010, con la quale il Tribunale di Salerno ha qualificato “il diritto al figlio come un diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili «della donna» ai sensi dell’art. 2 Cost.”.

¹⁴ Cfr. COSTANTINO M., *L'identità del bambino e del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 767, “la libertà (o il diritto) di avere figli è essenzialmente della coppia e riguarda la coppia formata da una donna e da uomo”.

¹⁵ In dottrina, fra gli altri, si veda: BALDINI G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, Napoli, 2006, 56 e ss. Sul fronte giurisprudenziale, invece, si annoverano i citati provvedimenti. Ci si riferisce, in particolare, all’ordinanza del 17 febbraio 2000 del Tribunale di Roma, in cui si legge che: “il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della *persona* umana”; alla sentenza del 26 giugno 2000, con la quale i Giudici di Bologna considerarono il diritto a procreare come un diritto fondamentale, espressione della libertà ed autonomia della *persona*; all’ordinanza del 13 gennaio 2010, con la quale il Tribunale di Salerno ha qualificato “il diritto al figlio come un diritto soggettivo da scriversi tra quelli inviolabili “della *donna*” ai sensi dell’art. 2 Cost.” ed, infine, alla sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano il 24 maggio 2013, nella

Considerata la funzione riproduttiva oggetto di un diritto fondamentale della persona, resta, però, da definire l'ambito di operatività della situazione giuridica in discorso. Quesito che si traduce nell'accertare se l'individuo sia legittimato ad esercitare il diritto a procreare nella sua duplice estrinsecazione – affermativa e negativa – di diritto a divenire genitore e di rifiuto a generare prole, oppure se, in nome di un presunto diritto che si vuole assoluto, alla vita e allo sviluppo dell'embrione, gli debba essere inibito l'esercizio dello stesso nella sua manifestazione negativa. Problema, questo, che ha trovato soluzione nell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 9 maggio 2000, cui ha fatto seguito la sentenza del 26 giugno 2000. La fattispecie in questione riguardò una coppia che, a causa di una grave patologia di cui soffriva la donna, decise di ricorrere alla fecondazione artificiale. In seguito all'applicazione delle tecniche medico-riproduttive, si creò un certo numero di embrioni, alcuni dei quali furono trasferiti - senza utile effetto - nell'utero materno, mentre altri furono crio-conservati in vista di un futuro, possibile ulteriore impianto. Successivamente al cattivo esito sortito da quel tentativo di gravidanza, i coniugi decisero di separarsi consensualmente, a causa di numerosi dissidi insorti tra loro. La moglie, nonostante l'intervenuta crisi irreversibile del rapporto coniugale, chiese al proprio consorte di acconsentire a che le fossero impiantati i rimanenti embrioni e, in conseguenza del deciso rifiuto da questo opposto, avviò un procedimento giudiziario - nelle forme del ricorso di cui all'art. 700 del codice di rito - affinché fosse ordinato al Centro medico di procedere all'impianto, anche in presenza di una esplicita volontà negativa manifestata dal marito.

I giudici del Tribunale di Bologna, anche se chiamati ad occuparsi della questione riguardante il consenso alla procreazione medicalmente assistita, colsero l'occasione per pronunciarsi sul più ampio tema del diritto a procreare. Nel provvedimento cautelare si legge, in particolare, che tale diritto, “anche se nessuna norma internazionale o costituzionale lo contempra esplicitamente, deve

quale testualmente si legge: “il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della *persona* umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerente al nucleo dell'individuo”.

essere considerato un diritto fondamentale, espressione della libertà ed autonomia della persona, costituzionalmente garantito, come può desumersi dal combinato disposto degli artt. 2, 29, 30, 31 della Costituzione della Repubblica Italiana (...). Tutela di diritti che presuppongono tutti l'evento riproduttivo e quindi conferiscono valenza costituzionale al diritto alla procreazione”.

Il medesimo Tribunale affermò, poi, che “il diritto alla procreazione va necessariamente apprezzato sia che lo stesso venga espresso in via positiva sia che si evidenzi in una volontà negativa”; che “proprio partendo dalla constatazione che non esiste un criterio di prevalenza codificato, deve affermarsi l'eguale dignità costituzionale sia del diritto alla maternità della donna sia del diritto dell'uomo a non divenire padre” e, infine, che “a fronte della situazione di conflitto evidenziata, i criteri di risoluzione dello stesso vanno necessariamente ricercati nel principio di procreazione responsabile e consapevole, di cui la l. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza è principale interprete, sia nell'avvenuto concepimento ovvero nell'ambito della procreazione artificiale, nella situazione prodromica e potenziale rispetto a detto evento”.

Date queste premesse, il Tribunale di Bologna respinse l'istanza proposta dalla donna, sostenendo che l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe costituito “una palese ed inammissibile violazione del diritto fondamentale alla procreazione come atto consapevole, libero e responsabile” del padre.

Ben può dedursi, allora, che l'autonomia procreativa della persona è tale da poter ricomprendere in essa anche il rifiuto di generare prole e, quindi, che la ricerca della genitorialità non può essere imposta o vietata; né il diritto può razionalmente adottare regole che penalizzino chi sceglie di non avere figli o incidano (anche indirettamente) sul desiderio di divenire genitore.

Proviamo a verificare alcune applicazioni di questa impostazione di fondo.

3. Di certo, il nostro ordinamento, come pure ogni ordinamento che si ispiri ad un disegno di centralità della persona umana e dei suoi diritti inviolabili, non potrebbe vietare la sterilizzazione volontaria, che risponde ad una decisione

dell'individuo rivolta alla tutela della propria salute, che oltrepassa la stretta dimensione dell'integrità fisica.

Ciò nonostante, è doveroso precisare che ancor oggi si levano voci contrarie. È infatti lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica ad affermare che “quando non abbiano dirette motivazioni terapeutiche le sterilizzazioni volontarie possono incontrare legittime obiezioni di carattere sia medico che etico, tali da giustificare il rifiuto del medico alla prestazione professionale¹⁶”. In effetti, la matrice di questa corrente di pensiero può ravvisarsi nel magistero della Chiesa cattolica, secondo cui “la regolazione delle nascite rappresenta uno degli aspetti della paternità e maternità responsabili. La legittimità delle intenzioni degli sposi non giustifica il ricorso a mezzi moralmente inaccettabili (si citano, a titolo di esempio, la sterilizzazione diretta¹⁷ o la contraccezione)”¹⁸.

A dispetto di queste posizioni dissenzienti si può, tuttavia, ritenere – come del resto affermato anche dalla Corte di Cassazione¹⁹ - che la sterilizzazione volontaria consensuale possa – in linea di principio – considerarsi lecita. E ciò in ragione del fatto che una scelta di rinunciare definitivamente o temporaneamente alla capacità di procreare – sia per l'uomo che per la donna – non menoma la propria salute intesa come benessere non soltanto fisico, ma anche psichico e costituisce espressione di quel principio di autodeterminazione che viene

¹⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, cit., 8. Al riguardo va osservato che il Codice di deontologia medica all'art. 18 (*Trattamenti che incidono sulla integrità psico-fisica*) si limita a stabilire che “i trattamenti che incidono sulla integrità e sulla resistenza psico-fisica del malato possono essere attuati, previo accertamento delle necessità terapeutiche, e solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze”.

¹⁷ Con tale locuzione, tradizionalmente, di fa riferimento a tutte le pratiche atte ad impedire in modo *definitivo e irreversibile* la capacità di procreare. Al riguardo, per tutti, v. PADOVANI T., voce “Sterilizzazione”, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1085. Peraltro, sul punto PUCCINI C., *Istituzioni di medicina legale*, Milano Ambrosiana, 2003, VI ed., 902, osserva che “reintervenendo con tecniche micro-chirurgiche (plastiche tubariche), è possibile ottenere la ricostruzione delle tube in oltre la metà dei casi, permettendo a queste pazienti di avere gravidanze normali”. Sulle tecniche chirurgiche si rinvia a D'ANTONA – DELL'OSSO – GUERRINI-MARTINI, *La sterilizzazione volontaria. Aspetti giuridici, tecnici e medico legali*, Milano, Giuffrè, 1980, 33 ss.

¹⁸ Catechismo della Chiesa Cattolica, pt. III, sez. II, art. 6, 2399.

¹⁹ Il riferimento giurisprudenziale d'obbligo risulta, ancor oggi, costituito dalla sentenza n. 7425 del 18 marzo 1987 della Cassazione penale, sezione V, che ammette la liceità della sterilizzazione con riferimento all'art. 32 Cost. a tutela della salute, riconoscendo, in particolare, che tale trattamento può giovare anche “all'equilibrio psichico dell'individuo che volontariamente vi si sottopone”.

espressamente garantito dall'art. 32 Cost. Il logico corollario di simile premesse è che una sterilizzazione volontaria non può ritenersi contraria al buon costume. Solamente, ove ricorressero particolari situazioni – ad esempio, adesione ad una setta che imponesse ai propri adepti la sterilizzazione insieme ad altre mutilazioni rituali – l'atto di disposizione potrebbe considerarsi *contra bonus mores*.

4. Un aspetto centrale, oltre che cruciale, del diritto a procreare inteso (anche) come *scelta di non procreare* è rappresentato dall'interruzione volontaria della gravidanza.

La legge 22 maggio 1978, n. 194, all'art. 4 afferma che, entro i primi novanta giorni, il sussistere di un serio pericolo per la sua salute fisica e psichica costituisce valido motivo affinché la donna possa chiedere di non portare a termine la gravidanza. Tale rischio deve essere valutato, 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, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito.

Non si può negare che si tratta di ipotesi molto diverse tra di loro; e alcune di esse, soprattutto quelle che richiamano il contesto sociale e familiare della donna, sembrano sfuggire ad ogni effettiva possibilità di verifica e di controllo. A questa stregua, la norma citata viene, di fatto, abitualmente intesa come espressione della piena libertà decisionale della gestante, almeno nei primi novanta giorni, di porre fine alla sua gravidanza.

Decorso tale termine, l'embrione acquisisce un diritto alla protezione che è considerato più forte del diritto di scelta riconosciuto alla donna, salvo nel caso in cui l'aborto sia necessario ad evitare un grave pericolo della stessa oppure venga riscontrata una rilevante anomalia o malformazione del feto, idonea a provocare un pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6 lett. a). In questo caso, i presupposti che legittimano l'interruzione della gravidanza devono essere accertati non sulla base delle mere dichiarazioni fornite dalla gestante, ma attestati

da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento (art. 7, comma 1).

La maggiore intensità del rischio richiesto per la liceità della pratica abortiva è il riflesso di un rafforzato grado di protezione accordato all'esistenza umana nel suo progredire ed avvicinarsi all'inveramento della "persona"²⁰.

Emblematica, in proposito, pur nella sua paradossalità, è la vicenda - venuta recentemente alla ribalta della cronaca - di "Marlise", una donna americana 33enne incinta di 14 settimane, che a causa di una embolia polmonare era stata dichiarata in stato di morte cerebrale. Le condizioni del feto, sulla base di quanto è dato conoscere, non apparivano chiare: Marlise era rimasta sicuramente senza ossigeno per qualche minuto prima dell'arrivo dei soccorsi, e con lei anche il feto, per cui è probabile che quest'ultimo fosse affetto da gravissime anomalie che avrebbero potuto comprometterne lo sviluppo.

Dopo la morte del fratello, quattro anni prima, la giovane donna aveva chiaramente espresso la volontà di rifiutare un eventuale "accanimento terapeutico". Ma l'ospedale, a dispetto del volere dei familiari, si rifiutava di staccare Marlise dal respiratore artificiale perché una legge del Texas datata 1999 statuisce che nessuno può rifiutare un trattamento che tiene in vita una donna incinta.

Il conflitto tra gli operatori sanitari e la famiglia della donna è stato risolto dalla Corte americana che ha accolto l'istanza della famiglia²¹ di Marlise ed ha ordinato all'ospedale, dove la donna era ricoverata da due mesi in coma irreversibile, di interrompere il sostegno delle macchine salva-vita, sostenendo che lo *status* di Marlise era quello di defunta e che pertanto non esisteva alcun obbligo di tenerla in vita pur se incinta di 22 settimane²².

²⁰ Di questo avviso, OPPO G., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 528-529.

²¹ Lynne Machado, la madre della ragazza, aveva dichiarato: "Non è questione di essere pro-choice o pro-life, è in gioco la volontà di nostra figlia che lo stato del Texas non intende rispettare".

²² Il "caso Marlise" è tratto dal sito internet <http://www.repubblica.it> (consultato in data 28/01/2014), alla voce "*Texas sarà staccata la spina a Marlise Munoz. La famiglia vince battaglia con l'ospedale*". V. anche "*Usa: staccata spina a Marlise Munoz. Donna cerebralmente morta e incinta ricoverata in Texas*", in <http://www.ansa.it> (consultato in data 28/01/2014). Tale vicenda ha diviso l'opinione pubblica americana e riportato alla mente anche il caso dell'italiana Carolina

A memoria di medici e giuristi, si tratta di una vicenda particolare che non ha precedenti, anche se, in passato, si sono verificati dei casi (noti come “*mamme in coma*”) in cui donne cerebralmente morte sono riuscite a portare avanti la gravidanza, alcune addirittura a condurla a termine e a mettere al mondo dei bambini che poi hanno avuto uno sviluppo normale, senza conseguenze dovute alle condizioni cliniche delle madri²³.

Un giudizio critico nella vicenda in esame è stato, pertanto, espresso nei confronti del marito della signora Marlise, che accusando i medici di usare la moglie come un “contenitore”, si sostiene non abbia doverosamente tenuto conto della possibilità di salvare la bambina che la donna portava in grembo²⁴. A questo proposito, si potrebbe, però, rilevare che tutelare la “vita prenatale” non significa esporre una donna in stato di morte cerebrale ad un inutile accanimento diagnostico-terapeutico (e alle conseguenti sofferenze ingiuste connesse al prolungamento artificiale della vita mediante l’impiego di tecnologie sempre più invasive)²⁵, in nome di quella sacralità del feto che ossessiona i detrattori dell’interruzione volontaria di gravidanza. Un feto che si è scoperto essere affetto da gravi anomalie e che sarebbe stato destinato comunque a vivere una vita di sofferenze, per quanto probabilmente molto breve.

Meritevole di assenso risulta, pertanto, ad avviso di chi scrive, la decisione della Corte americana, frutto di un ponderato bilanciamento tra due vite, quella concepita e nascente e quella già dotata di autonomia fisica oltre che giuridica.

5. Nel contesto dell’interruzione volontaria della gravidanza una nuova e recente tappa è segnata dalla delibera n. 120 del 30 luglio 2009, con la quale il Consiglio

Sepe, la donna che era rimata ferita durante una lite ad agosto 2013 e che aveva dato alla luce una bimba il 19 dicembre dopo quattro mesi di coma vegetativo, poi deceduta lo scorso 4 gennaio.

²³ A questo proposito, v. “*Mamme in comma: Sergio Pintaudi, professor Miracolo*”, in <http://www.panorama.it> (consultato in data 28/10/2013).

²⁴ CORRADI M., “*Quel battito che bussa alla coscienza*”, in <http://www.avvenire.it> (consultato in data 28/01/2014).

²⁵ Sul delicatissimo tema relativo alla fisionomia dell’ostinazione irragionevole, v. DONISI C., *Aspetti giuridici del c.d. accanimento terapeutico*, in *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche*, a cura di C. Buccelli, Napoli, 2013, 253 ss.

di Amministrazione dell'Agenzia italiana del farmaco (in sigla: AIFA) ha autorizzato l'immissione in commercio della pillola RU 486²⁶. La delibera condiziona l'uso del farmaco al "rigoroso rispetto della legge n. 194/1978" e dispone il ricovero della donna in una struttura sanitaria fino alla "certezza dell'avvenuta interruzione della gravidanza"; rende la pillola assumibile solo nelle strutture sanitarie e non commerciabile in farmacia; richiede una stretta sorveglianza da parte del personale sanitario, una corretta informazione sul trattamento, sui farmaci da associare, sui metodi alternativi, sui possibili rischi; postula un attento monitoraggio del percorso abortivo per ridurre al minimo i rischi; esclude il trattamento in day-hospital; limita l'uso della pillola entro la settima settimana di gestazione.

Le prime critiche al provvedimento in argomento provengono dalla dottrina cattolica²⁷, preoccupata che la nuova mentalità abortiva porti a considerare l'interruzione della gravidanza come un mezzo anticoncezionale; si ritiene che il ricorso alla pillola non agevoli una riflessione e un possibile ripensamento; si attribuisce al nuovo strumento il rischio di lasciare sola la donna nella decisione e di accentuare inoltre i profili di una cultura centrata sull'individuo, verso una libertà assoluta della donna, sciolta da ogni rapporto con altre libertà e altri diritti (in particolare con i diritti di una nuova vita umana che ha la dignità di persona).

Alla maggior parte di queste critiche la dottrina laica replica facendo riferimento ai principi che collegano strettamente l'uso della pillola alle norme dettate dalla l. n. 194/1978 e quindi ai richiamati postulati che considerano l'interruzione volontaria della gravidanza come interventi da attuarsi in strutture

²⁶ Tale farmaco è considerato dagli organismi mondiali di sanità un puro e semplice contraccettivo ma, per il suo funzionamento antiannidamento o di contrasto alla fecondazione, viene qualificato dall'integralismo (c.d. "pro-life"), come un farmaco abortivo. È in uso da molti anni in tutto il mondo e, come i normali contraccettivi farmacologici ha subito, con gli anni, un miglioramento progressivo circa gli effetti collaterali. In Italia, è diventato altamente sconsigliabile soprattutto per la tortuosità del percorso che deve fare chi ne ha bisogno, a partire dalla necessità della prescrizione medica sulla quale molti medici e farmacisti "fanno obiezione". Negli Stati Uniti e in molti Paesi europei (tutti tranne Italia e Spagna) è, invece, un farmaco da banco.

²⁷ LORENZETTI L., *RU 486 farmaco di morte, che aggira la legge*, in *Famiglia Cristiana*, 2009, 32, 126; Card. A. BAGNASCO, presidente della CEL, in *Avvenire*, 2 agosto 2009; NEGROTTI E., *Viene messa in crisi l'impalcatura della 194*, intervista a Gambino, in *Avvenire*, 2 agosto 2009.

sanitarie, con tutte le garanzie, solo dopo colloqui con funzione dissuasiva e pertanto solo dopo l'assunzione di una decisione responsabile²⁸.

6. Cambiando prospettiva, la procreazione è una scelta che non può essere vietata. Il nostro ordinamento non ammette, infatti, politiche o misure di sterilizzazione coattiva o involontaria²⁹, salvo che per situazioni di disabilità grave.

Di fronte a richieste che riguardino persone con dubbie o manifeste carenze psico-fisiche, la considerazione posta in dottrina, e qui condivisa, è la seguente: le incertezze sulla possibilità di interventi di sterilizzazione diretta su soggetti incapaci si pongono solo se detto intervento sia richiesto/proposto con la finalità di prevenire la gravidanza. È del tutto evidente, invece, che qualora la sterilizzazione sia la conseguenza inevitabile di interventi destinati alla cura della persona minata da patologia somatica – si è di fronte a problematica del tutto

²⁸SPALLAROSSA M.R., *La procreazione responsabile*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1373 ss.

²⁹ Tuttavia, è dato rilevare come, nel corso del tempo, diverse siano state le ragioni che hanno condotto a episodi di sterilizzazione coattiva. Si fa riferimento, in particolare, a casi di sterilizzazione demografica (diretta a contenere lo sviluppo demografico mediante la riduzione delle capacità procreative nei consociati) e pietosa, rivolta cioè a soggetti che, per cause accertate e gravi, potrebbero procreare esseri umani affetti da gravi menomazioni (così, MANTOVANI F., *Problemi giuridici della sterilizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 841). Un vero e proprio abominio ha rappresentato la sterilizzazione coattiva e eugenetica che è stata praticata in Germania nel periodo nazista. La “legge sulla prevenzione delle malattie ereditarie” portò dagli anni trenta fino alla caduta del nazismo a centinaia di migliaia di sterilizzazioni coattive. I soggetti sottoposti a tale intervento erano affetti da patologie (deficit mentale congenito, schizofrenia, psicosi maniaco-depressiva, epilessia, morbo di Huntington, cecità e sordità ereditarie, gravi malformazioni fisiche) ovvero rientravano nelle seguenti categorie: gli alcolisti cronici, gli antisociali, i nomadi e c.d. “bastardi della Renania” (figli nati dopo la prima guerra mondiale da rapporti tra tedeschi e membri delle truppe nordafricane di occupazione). È interessante, peraltro, osservare che non solamente in Germania nel secolo scorso sono state introdotte leggi che prevedevano casi di sterilizzazione coatta per persone affette da determinate patologie fisiche o psichiche o addirittura per certe tipologie di criminali. È questo il caso degli USA, dove nel 1926 ben 23 Stati prevedevano leggi che stabilivano la sterilizzazione per motivi eugenetici o terapeutici (*Eugenic sterilization and a qualified Nazi analogy: The United States and Germany, 1930-45* in *Annals of Internal Medicine*, vol. 132, 2000, 4, 312 ss.). Queste e ulteriori notizie storiche possono rinvenirsi in AMBROSETTI E.M., *Sterilizzazione e diritto penale*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 783 ss.; PORTIGLIATTI BARBOS M., voce “Sterilizzazione”, in *Digesto* IV ed., Disc. pen., XIV, Torino, Utet, 1999, 5 ss.; VELLA G., *Breve panoramica storico-sociale sul fenomeno della sterilizzazione*, in A.A.V.V., *Il problema della sterilizzazione volontaria: studio e ricerca interdisciplinare*, Milano, Franco Angeli, 1983, 11 ss.

diversa. La persona incapace non potrebbe, infatti, essere abbandonata ad un destino di sofferenza e/o di morte precoce in carenza di una sua consapevole accettazione dell'indispensabile intervento quando tale carenza derivi dal suo deficit psico-intellettuale. Se la necessità del provvedimento terapeutico è indifferibile, il medico interverrà tempestivamente anche senza il consenso; se la decisione è procrastinabile si dovrà avviare la procedura per la nomina di un amministratore di sostegno che, su mandato del giudice tutelare, sarà autorizzato a condividere con il medico le scelte del caso.

Diversa è la situazione quando si tratti di praticare interventi che comportano la sterilizzazione permanente con la precisa finalità di precludere all'incapace la possibilità di procreare. La tematica è stata affrontata esaustivamente dal Comitato Nazionale per la Bioetica che ha espresso parere negativo circa la liceità, sotto il profilo etico, di poter condurre interventi di sterilizzazione su soggetti disabili finalizzati ad inibire la procreazione³⁰.

Con riferimento a tale contesto è interessante ricordare il caso di "Giulia", affetta da *trisomia 21* (o *sindrome di Down*), per la quale venne chiesta una consulenza medico legale con il quesito specifico sulla possibilità di procedere alla sterilizzazione permanente.

Le notizie fornite dal pediatra che la seguiva fin dalla nascita e la visita diretta dell'interessata avevano consentito ai medici legali di verificare che il deficit psico-intellettuale correlato alla sindrome era certamente presente ed apprezzabile, ma era altrettanto evidente che la dedizione e la profusione di un amorevole e costante impegno educativo della famiglia, efficacemente associato all'intervento socio-educativo della scuola e dei servizi, avevano consentito di sviluppare al meglio le potenzialità di Giulia che frequentava con regolarità la scuola, sapeva leggere e scrivere, praticava con successo attività sportive, partecipava a gruppi in casa/famiglia finalizzati all'acquisizione di spazi di autonomia, aveva amici e, da qualche tempo, coltivava un sentimento amoroso nei confronti di un compagno anche lui affetto da *trisomia 21*. Da questa relazione affettiva erano nate le

³⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il problema bioetico della sterilizzazione non volontaria*, Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1999, 8 ss.

preoccupazioni dei genitori di Giulia, in particolare della madre, che si era rivolta al proprio ginecologo di fiducia chiedendo di procedere all'intervento di sterilizzazione della figlia. Tale richiesta trovava fondamento nel fatto che Giulia non era in grado di controllare la propria fertilità con farmaci anticoncezionali, la cui assunzione quotidiana richiede attenzione ed una consapevolezza ed accettazione del metodo. La mamma di Giulia non voleva in alcun modo impedire alla figlia l'esercizio della sessualità, ma paventava l'insorgenza di una gravidanza che, va precisato, è evenienza rara, ma non impossibile, per le persone Down.

Dal canto suo Giulia aveva manifestato ai medici-legali, con sufficiente chiarezza, di avere un ottimo rapporto con la famiglia ed in particolare con la mamma, della quale sentiva la vicinanza ed il supporto, e aveva mostrato di conoscere le preoccupazioni materne relative al rischio di una gravidanza che Giulia stessa, in quel momento, sentiva inopportuna. Pensando al proprio futuro, tuttavia, Giulia coltivava la speranza di potersi formare una famiglia anche se dichiarava di essere consapevole che, a breve, tale progetto esistenziale non era realizzabile non avendo, né lei né il suo ragazzo, raggiunto un sufficiente grado di autonomia, non solo economica.

Date queste premesse i medici-legali hanno ritenuto evidente che Giulia non avesse alcuna intenzione di richiedere interventi di sterilizzazione permanente e che la possibilità di intervenire coattivamente, contro la sua volontà e/o insaputa, non trovasse giustificazione nel contesto delle norme del nostro ordinamento né sotto il profilo etico³¹.

È evidente che si tratta di casi non ricorrenti, ma dai quali, tuttavia, non è possibile prescindere nell'esaminare la situazione nel suo complesso e che depongono in senso contrario alla possibilità di trovare una giustificazione sotto il profilo giuridico ad effettuare l'intervento richiesto contro la volontà del soggetto interessato e/o a sua insaputa.

³¹ Il caso di Giulia è stato tratto da APRILE A. e BENCIOLINI P., *La Sterilizzazione: aspetti clinici e casistica medico legale*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 799 ss.

7. Sempre alla stregua del carattere di libertà e di non coercibilità della scelta procreativa, il nostro ordinamento non ammette vincoli nemmeno indiretti, cioè non immediatamente rivolti ad impedire una decisione di questo tipo. In altre parole, la scelta o il fatto della procreazione non possono ostacolare o negare al soggetto la realizzazione di altri diritti e libertà fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale. A conferma di tale assunto, basti ricordare che nella sentenza n. 332 del 2000, dichiarando illegittima una norma, l'art. 7, punto 3°, della l. 29 gennaio 1942, n. 64³², che includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza, "l'essere senza prole", la Corte costituzionale ha affermato che "Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...), non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione a reparti di istruzione".

Né il diritto può adottare misure che penalizzino chi sceglie di non avere figli. All'uopo, si ricordi che il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 49 del 1971, ritenne incostituzionale la norma che sanzionava la diffusione e la conoscenza delle pratiche anticoncezionali, sul presupposto che l'attenzione costituzionale (dell'art. 31) per le famiglie numerose non sottende alcun indirizzo di preferenza o incentivo alla formazione di tali nuclei familiari, ma richiama semplicemente una realtà di cui il legislatore è chiamato a tenere conto per prevenire o contrastare il prodursi di situazioni di debolezza o di disagio economico-sociale.

D'altro canto, neppure può ammettersi che il diritto in argomento si trasformi, in particolare, nella sua declinazione positiva in un desiderio "senza limiti", da realizzare "ad ogni costo". Come ogni diritto costituzionalmente protetto, anche il diritto alla procreazione deve confrontarsi ragionevolmente con altri valori fondamentali, giacché non è una monade autoreferenziale, ma vive in una dimensione relazionale.

³² Rubricata: "Modificazioni alle leggi di ordinamento della regia Guardia di finanza".

I limiti al diritto a procreare si collocano, pertanto, nello stesso quadro dei diritti fondamentali, e possono derivare solo da un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti³³.

8. Il fatto che la scelta procreativa debba raffrontarsi con altri diritti e interessi parimenti caratterizzati da una dignità costituzionale, pone il problema di stabilire se, nell'ipotesi di nascita indesiderata (ovvero *wrongful birth*), che ricorre quando la nascita di un figlio avviene contro la volontà del genitore (come nel caso di insuccesso di un intervento abortivo o di sterilizzazione), o anche oltre la volontà del genitore (come nell'ipotesi di omessa informazione circa le malformazioni del feto, con conseguente perdita della possibilità di interrompere la gravidanza), la violazione del diritto all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile possa essere un fattore di danno e di responsabilità civile.

In Germania, resta determinante la posizione della Corte di Giustizia Federale (*Bundesgerichtshof*), che nella decisione 86–204, in un caso di rosolia della donna nelle prime settimane di gestazione non diagnosticata dal medico per negligenza, da un lato ha accolto la domanda di risarcimento avanzata dai genitori utilizzando la categoria della responsabilità contrattuale del sanitario e della struttura di riferimento, e valutando soprattutto la perdita economica che deriva ai genitori in conseguenza dell'obbligo di provvedere al mantenimento del nato malformato, dall'altro ha respinto l'azione risarcitoria del bambino, sostenendo che l'ordinamento giuridico si fonda sulla garanzia inderogabile della integrità umana, della vita come “assolutamente degna di essere preservata”, e che “L'uomo deve accogliere in via di principio la vita così come essa è stata plasmata dalla natura, e non ha alcun diritto di impedire il suo sviluppo o di annientarla attraverso altri. Se alla madre – e soltanto ad essa - viene concessa nonostante tutto tale facoltà, ciò

³³ In tal senso, RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma, 1992, 215.

tuttavia non fa nascere alcun diritto del bambino, anche nei confronti della madre, alla non-esistenza”³⁴.

Nell’esperienza francese, com’è noto, ha avuto un impatto deflagrante l’arrêt Perruche (Corte di Cass., sed. Plen., 17 novembre 2000), in cui per la prima volta al bambino affetto da malformazioni a causa di una rosolia non diagnosticata alla madre durante la gravidanza è stato riconosciuto il risarcimento del pregiudizio risultante da questo handicap e causato dagli errori riconosciuti dal medico³⁵. Tale controversa “apertura” è stata poi “bloccata” dall’approvazione della legge Kouchner – l. 4 marzo 2002, n. 303 (comunemente denominata *loi anti-Perruche*) - il cui primo articolo sancisce perentoriamente - e retroattivamente - che “nul ne peut se prévaloir d’un prejudice du seul fait de sa naissance”³⁶.

Nella giurisprudenza italiana, emblematica, per gli affermati principi del tutto “rivoluzionari”, in tema di legittimazione attiva, è la sentenza della Cassazione civile, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754³⁷.

³⁴ Sulla sentenza, v. PICKER E., *Il danno alla vita*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2004, 24 ss. Conclusioni analoghe sono state più volte ribadite dalle Corti statunitensi, conformandosi al “Congenital Disabilities Act” del 1967 che esclude espressamente l’esperibilità delle *wrongful life actions* per i nati dopo il 1967. Ad esempio, nel caso *Gleitman v. Cosgrove* (1967), la Corte Suprema del New Jersey fa suo il c.d. *non – existence paradox*, in base al quale “Since the propose of tort law is to restore the victim to his former state, tort law was insufficient in wrongful life suits: damages are impossible to calculate because the standard of comparison is flawed existence as compared to non-existence”³⁴. In termini, v. D’ALOIA A. – TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1365 ss.

³⁵ Sul tema, v. PICIOCCHI C., *Il “diritto a non nascere”: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 677 ss.

³⁶ Com’è noto, questa legge è stata giudicata contraria alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e del cittadino da due sentenze della Corte EDU (nn. 11810 e 1513 del 2003, *Maurice v. France e Draon v. France*), sebbene limitatamente al profilo della sua efficacia retroattiva, ritenuta incompatibile con il principio (*ex art. 1 del protocollo n. 1*) del pacifico godimento della proprietà privata, che comprende anche i crediti e, tra questi, le pretese giuridiche al risarcimento dei danni. Il merito delle scelte legislative viene, invece, “salvato” dalla Corte europea, che rinvia alla discrezionalità dei legislatori nazionali il compito di definire bilanciamenti così eticamente complicati e basilari per le concezioni della vita e della società (sul punto, v. VIOLINI L., *La legge francese sui danni da mancata diagnosi di malattie genetiche fetali*, in *Quad. cost.* 2005).

³⁷ Provvedimento rinvenibile in *Guida al diritto*, n. 46 del 17 novembre 2012, 14 ss. Commenti di: MARTINI F. “*Nel risarcimento per omessa diagnosi prenatale spunta il diritto del neonato a ricorrere in proprio*”; “*In assenza di nesso causale tra omissione e danni la soluzione proposta appare un’alchimia giuridica*”; RODOLFI M. “*Concepito equiparato a un centro di interessi*”; VACCARO G. “*Un richiamo all’intangibilità dei principi costituzionali*”, in *Guida al diritto*, n. 46 del 17 novembre 2012, 14 ss.

La vicenda portata al cospetto del Supremo Collegio riguardava la rilevanza giuridica dell'interesse di una giovane donna di "dare alla luce un figlio sano". Va detto che si trattava di una donna di 28 anni che, sulla scorta della sua anamnesi personale e familiare (in quanto già madre di due bambine affette dalla sindrome di Down), aveva ragioni concrete per nutrire timori di aver concepito un figlio malato. Nonostante il preciso mandato (di "dare alla luce un figlio sano") dato al proprio medico di fiducia, alla gestante il ginecologo, per indagare la presenza di indicatori di un eventuale deficit cromosomico, prescrisse solo un *tritest*, senza per altro comunicarle la circostanza di non essere questo test in grado di escludere, con certezza, l'esistenza di malformazioni genetiche. A dispetto delle risultanze del somministrato esame diagnostico (molti falsi negativi, il 40%), la giovane donna diede alla luce una bambina affetta da sindrome di Down.

Investito della questione, il giudice di primo grado, previa declaratoria di carenza di legittimazione attiva della minore nata malformata, respinse la domanda dei genitori e delle sorelle. Proposto allora gravame, la competente Corte d'Appello confermò la pronuncia del giudice di *prime cure* rilevando in particolare, il difetto di legittimazione attiva della bimba nata giacché, a mente del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 14888/2004, "verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto". Quanto al merito della pretesa risarcitoria avanzata dai familiari, essa venne qualificata dai giudici di secondo grado infondata, ritenendo il sanitario del tutto esente da colpa. Di qui il ricorso alla Corte di Cassazione.

Il Supremo Collegio, posta la richiesta esplicita di partorire un figlio sano, ha individuato in una non adeguata informazione la colpa medica da sanzionare, e ciò in quanto, l'obbligo per i medici che professionalmente seguivano la paziente, ad avviso dei Giudici di legittimità, non era quello, irrichiedibile, di sostituirsi alla natura e correggere le eventuali malformazioni del nascituro, ma quello di illustrare alla gestante che, oltre al somministrato *tritest*, esistono altri esami

diagnostici (come, ad esempio, l'amniocentesi) che, nel suo caso, avrebbero potuto verificare l'esistenza di una malformazione fetale, accertata eventualmente la quale, rimaneva alla paziente la libera facoltà di operare una scelta: quella di ricorrere o no all'aborto terapeutico.

In riferimento all'evento, connesso indissolubilmente alla compressione della libertà di scelta di praticare l'interruzione della gravidanza, la nascita di un bimbo malformato, la Corte ha condannato il ginecologo al risarcimento del danno alla madre (per lesione del diritto all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile), al padre (sempre per violazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile), ai fratelli (per lesione del diritto al pieno godimento del rapporto parentale) e alla bambina nata (per nascita malformata, intesa come condizione dinamica dell'esistenza).

In sostanza, la sentenza in oggetto è intervenuta a modificare, con un vero e proprio *revirement*, i consolidati principi dettati dalla Cassazione in tema di legittimazione ad agire nella delicata materia del danno da nascita indesiderata (ovvero *wrongful birth*).

La giurisprudenza, anche della Suprema Corte, aveva da tempo riconosciuto la legittimazione a domandare il risarcimento del danno in esame non solo alla madre del bimbo nato con malformazioni, nell'ipotesi in cui le fosse stato impedito, a causa dell'inadempimento di un sanitario, di esercitare l'interruzione della gravidanza, ma anche al padre del neonato, "atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può considerarsi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio"³⁸.

³⁸ Cassazione n. 10741 dell'11 maggio 2009 e prima ancora Cassazione n. 14488 del 2004 e n. 6735 del 2002; in senso conforme Cassazione n. 13 del 2010, n. 2354 del 2010, n. 15386 del 2011 e n. 25559 del 2011. Tali principi hanno avuto, tra l'altro, conferma addirittura anche dalle Sezioni Unite, con la sentenza 26972 del 2008: "Vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario (...). In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sentenza 589/99 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità

Sulla legittimazione attiva o meno dei fratelli (o delle sorelle, come nel caso in esame) della bimba nata malata in tema di nascita indesiderata non risultavano precedenti della Corte. Si segnalavano, tuttavia, delle decisioni di merito che negavano tale legittimazione, facendo rilevare che i fratelli non sono titolari di alcun diritto alla pianificazione familiare, e dunque non possono dolersi dell'avveramento di fatti modificativi di situazioni (come l'assetto familiare) che non era in loro potere incidere³⁹.

La scelta del Supremo Collegio è stata invece quella di ammettere la legittimazione attiva anche di tali soggetti, richiamando la giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimazione al padre. In sostanza, secondo la Corte l'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, altresì ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate a insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno consistente nella inevitabile minore disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato.

Ma il vero *revirement* la Suprema Corte l'ha operato riconoscendo il ristoro del danno anche alla bambina nata handicappata.

In giurisprudenza (sia di legittimità che di merito) è sempre stato pacifico che il bambino, nato con malformazioni congenite, non potesse domandare il

da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/2003; n. 5881/2000); e al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005)".

³⁹ Cfr. Tribunale di Roma 6 giugno 2005.

risarcimento del danno per essere nato. Solamente nell'ipotesi in cui le malformazioni congenite si rivelino essere dovute alla colposa somministrazione di farmaci dannosi alla gestante, la Suprema Corte ha ammesso, con la sentenza n. 10741 del 2009, che la persona venuta a esistenza con le suddette malformazioni sia legittimata a domandare il risarcimento del danno alla salute nei confronti del medico che quei farmaci prescrisse o non sconsigliò.

La scelta della Corte di Cassazione con la pronuncia in esame è stata, invece, quella di riconoscere la legittimazione ad agire, nell'ipotesi in cui il medico sia responsabile di non avere messo la madre in condizione di esercitare l'autonomo diritto alla procreazione cosciente e consapevole, anche al nato handicappato.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, il danno riconosciuto *iure proprio* al nato malformato non ha nulla a che fare con un astratto diritto a non nascere se non sano. Il Supremo Collegio ha affermato specificamente che l'elemento generativo del diritto a richiedere il risarcimento del danno, atto ad alleviare la condizione di vita handicappata, deve essere individuato nell'esistenza diversamente abile, da ascrivere, in via diretta, alle omissioni professionali dei curanti, unici a poter consigliare, come competenti, l'effettuazione di ulteriori indagini cromosomiche, posto che l'incarico professionale esplicitava la nascita di un figlio sano, il non averle né prescritte, né proposte, ha infatti impedito alla madre di poter esercitare, a ragion veduta, le scelte *ex lege* consentite in merito al non proseguire la gravidanza.

In questo quadro giurisprudenziale, volto a sostenere che la violazione del diritto all'autodeterminazione e alla procreazione cosciente e responsabile costituisce un fattore di danno e di responsabilità civile, s'inserisce un'altra recente sentenza. Si allude, in particolare, alla decisione del 24 ottobre 2013, n. 24109, con la quale la Corte di Cassazione ha confermato la condanna dei medici al risarcimento del danno in favore di una donna che, dopo l'intervento di sterilizzazione eseguito in occasione di un parto cesareo, è rimasta incinta di due gemelli. Nel dettaglio, i Giudici di legittimità hanno affermato che "l'esecuzione, in occasione di un parto cesareo, di un intervento volto a scongiurare gravidanze indesiderate, previa legature delle tube, non assicura l'irreversibilità della

sterilizzazione, risultando inadeguato a impedire la discesa dell'ovulo quando i tessuti medesimi tornano in condizioni di normalità". Ne consegue – si legge nella sentenza in commento – “che solo l’adempimento di un adeguato obbligo informativo, da parte dei sanitari, è idoneo a evitare la violazione del diritto all’autodeterminazione della paziente e consente alla donna di adottare, nel successivo decorso del tempo, le opportune misure nonché gli utili accertamenti e controlli clinici, atti ad impedire ulteriori gravidanze non volute”⁴⁰.

9. Decisamente più controversa rispetto alla tematica fin qui esaminata in ordine al diritto a procreare (naturalmente), è la configurabilità di un diritto a procreare mediante il ricorso alle nuove tecnologie riproduttive.

Coloro che negano l’esistenza di concepire un figlio attraverso le metodiche artificiali argomentano soprattutto dalla mancata previsione, nelle moderne Costituzioni europee, di qualsivoglia riferimento al c.d. diritto alla *privacy* come diritto di carattere sovraordinato, risultando al vertice della scala dei valori fondamentali il principio della dignità della persona⁴¹.

Non è mancato, del resto, chi, pur riconoscendo l’esistenza di una rilevante tendenza ad equiparare procreazione naturale e procreazione artificiale e, dunque, a configurare il diritto a ricorrere alle tecniche riproduttive come diritto fondamentale della persona, ha negato, ciò nonostante, che i diritti internazionalmente riconosciuti di fondare una famiglia e di procreare siano sufficienti a giustificare, da un punto di vista normativo, il riconoscimento del diritto in esame.

Solo il diritto alla procreazione naturale sarebbe, dunque, un diritto umano assoluto e pienamente riconosciuto, in quanto afferente a quella sfera strettamente

⁴⁰ MARTINI F., *Il chirurgo è tenuto a risarcire il danno alla paziente che resta incinta dopo un intervento di sterilizzazione*, in *Guida al diritto*, 10/2014, 35 ss.

⁴¹ Al riguardo, v. BUSNELLI G., *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1996, 583 e TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana*, in *Riv.dir. civ.*, II, 1986, 510.

naturalistica dell'essere umano cui resterebbe estraneo – in quest'ottica – il fenomeno procreativo artificiale⁴².

Ad avviso di un'altra corrente di pensiero, poiché il rapporto derivante dall'applicazione delle tecniche riproduttive finisce inevitabilmente col coinvolgere una molteplicità di soggetti, ognuno dei quali con i propri interessi e i propri diritti (si pensi, ad esempio, alla fecondazione eterologa, nella quale vi sono donatori, genitori speciali, nascituri), piuttosto che di *diritto alla procreazione*, sarebbe più opportuno discorrere di *diritto ad allevare dei figli*, svolgendo le tipiche funzioni genitoriali. Il diritto a procreare (artificialmente) non rientrerebbe, in sostanza, tra i diritti fondamentali dell'uomo, incondizionati ed assoluti, ma si configurerebbe esclusivamente quale diritto relazionale, tale, cioè, da dover essere necessariamente bilanciato con le diverse esigenze in gioco, prime fra tutte quelle, prioritarie ed imprescindibili, del nascituro⁴³.

La maggior parte di quanti rivendicano, invece, la sussistenza di un vero e proprio diritto a procreare artificialmente, muove dal presupposto che la procreazione, in quanto funzione essenziale per la realizzazione della personalità dell'individuo, implichi necessariamente la libertà di scelta del soggetto in ordine all'*an*, al *quantum* e, soprattutto, al *quomodo* farvi ricorso⁴⁴.

Non vi sarebbe, insomma, secondo tale orientamento, alcun elemento idoneo a giustificare l'eventuale differenziazione di trattamento dei soggetti che intendono realizzare il proprio desiderio di genitorialità, a seconda, cioè che si tratti di persone in grado di provvedervi naturalmente o, viceversa, di persone a ciò impossibilitate⁴⁵.

⁴² D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 1998. In proposito, sembra, però, il caso di ricordare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza del 1° aprile 2010, ha individuato nell'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, lo strumento normativo destinato a legittimare il diritto delle coppie di ricorrere alla procreazione assistita. Su tale decisione ci si soffermerà nei capitoli che seguono.

⁴³ Cfr. LORETI BEGHÈ A., *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, 1993, 442.

⁴⁴ In tal senso, v., tra gli altri, ANNECCA M. T., *Lesioni della capacità procreativa*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. 2, Cedam, Padova, 2001, 114 ss. e 1111; FURGIUELE G., *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 260.

⁴⁵ Così, RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, cit., 217. In senso analogo, v. ZATTI P., *Natura e cultura della procreazione assistita*, cit., 177.

Si sottolinea, in particolare, che, nonostante la eterogeneità intercorrente tra la procreazione derivante dall'unione dei due sessi e la procreazione medicalmente assistita, non potendo quest'ultima realizzarsi senza l'ausilio, appunto, di competente personale sanitario, in entrambe le situazioni le parti sarebbero mosse da motivazioni, intenti e senso di responsabilità comuni⁴⁶.

Un'altra corrente di pensiero preferisce discorrere, infine, di *diritto alla libertà procreativa* anziché di *diritto a procreare*, sottolineando l'esigenza di limiti e valutazioni circa i modi e i tempi della procreazione e la insostenibilità di una prospettiva che colleghi la libertà riproduttiva ad una scelta di *privacy* sostanzialmente senza confini. In particolare, i fautori della teoria in esame ritengono che il desiderio di avere una propria discendenza non possa trasformarsi in un diritto assoluto alla genitorialità⁴⁷, da realizzare ad ogni costo, e non importa con quali strumenti⁴⁸.

Più moderata si rivela la proposta avanzata, peraltro, dalla maggior parte degli studiosi intervenuti sul tema di circoscrivere la libertà di ricorrere alle tecnologie riproduttive entro i limiti derivanti dal rispetto di altri diritti costituzionalmente protetti, quali, oltre al sentimento della dignità umana, il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto dei nascituri a crescere in modo sano, equilibrato ed in armonia con la propria famiglia, senza con ciò rinunciare alla qualificazione delle tecniche stesse come oggetto di un fondamentale diritto dell'uomo.

In breve sintesi, secondo tale orientamento per la risoluzione della questione in esame si rende necessario contemperare la prospettiva adultocentrica, che richiede il tendenziale riconoscimento dell'aspirazione dell'adulto a divenire genitore, con quella puerocentrica, che richiede modalità procreative dirette ad

⁴⁶ Cfr. BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., 25 ss. e BALDINI G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale fra libertà e limiti*, cit., 17.

⁴⁷MIRABELLI C., *Madre surrogata, un'interpretazione acrobatica*, in <http://www.avvenire.it/famiglia>: "Se così fosse, allora tutto sarebbe lecito, ad esempio l'acquisto di minori, perché no? L'esigenza di tutela è del nascituro, non del desiderio degli adulti".

⁴⁸ LECALDANO E., *Bioetica. Le scelte morali*, cit., 133 ss.; A. D'ALOIA e TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1342; FARRI MONACO M., *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, cit., 41 ss.

assicurare al nato una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità⁴⁹.

In una prospettiva di bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti, la teoria in esame ha espresso il proprio dissenso nei confronti sia dell'estensione del diritto di accesso alle tecniche riproduttive alle donne che hanno superato determinati limiti di età (aspetto, quest'ultimo, sul quale si avrà modo di tornare più ampiamente oltre), sia delle pratiche che consentono la nascita di un bambino programmaticamente privo di uno dei genitori (fecondazione *post mortem*, fecondazione della donna sola).

Quanto, invece, alle finalità delle tecnologie procreative, secondo tale indirizzo non vi sarebbe alcun margine per ammettere l'applicabilità delle stesse anche indipendentemente dall'accertata sussistenza di una sterilità della coppia che ne faccia richiesta⁵⁰. In particolare, si osserva, al riguardo, come solo in presenza di sterilità incurabile, di rischi di trasmissione di malattie ereditarie, di ragioni di ordine psicologico, il problema dell'inseminazione non si pone più in termini discrezionali. In tal caso, sorge un diritto all'intervento e, quindi, un diritto a ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato⁵¹.

Alla stregua di tale orientamento, la finalità della fecondazione assistita sarebbe, insomma, esclusivamente terapeutica; terapeuticità da intendersi non in senso tecnico, in quanto la procreazione medicalmente assistita non elimina, né cura le cause della patologia ripristinando l'originaria o tipica funzione, ma ne riproduce gli effetti con un intervento medico strumentale sostitutivo⁵².

Concepire il ricorso alle metodiche in parola in questa ottica, cioè come rimedio alla sterilità ovvero al rischio grave ed attuale di trasmissione di gravi patologie alla prole, comporta il configurarsi di un *diritto alla terapia* e, quindi, alla salute (*ex art. 32 Cost.*), che determina il sorgere di un diritto soggettivo,

⁴⁹ Al riguardo, v. SESTA M., *Procreazione medicalmente assistita*, in Sesta M. (a cura di), *Il codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, 2007, 3126.

⁵⁰ BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., 24 ss.

⁵¹ PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 775.

⁵² Sono favorevoli alla finalità esclusivamente terapeutica delle tecniche concezionali, tra gli altri: BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., 24 ss.; SANTOSUOSSO F., *La fecondazione artificiale*, Giuffrè, 1984, 118 e ss.; PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 775; IAGULLI, *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale*, cit., 3 ss.

ovvero di una pretesa positiva del soggetto di ricorrere all'intervento⁵³ e di ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato⁵⁴.

Al di fuori della necessità terapeutica, la pretesa giuridica potrebbe qualificarsi come *libertà individuale*; meritevole di tutela non *ex art. 32 Cost.*, bensì in forza degli artt. 3, 29, 30 Cost., le cui modalità di esercizio e le correlative limitazioni scaturirebbero all'esito di una operazione di bilanciamento dei corrispondenti interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda. Del tutto coerentemente, in tal caso, dovrebbe ritenersi sufficiente un atteggiamento di non ingerenza dello Stato nelle scelte personali del soggetto⁵⁵.

Oltre che in dottrina, anche sul fronte della giurisprudenza, la questione relativa alla configurabilità o meno del c.d. diritto a procreare (artificialmente) ha dato luogo a differenti posizioni.

L'indirizzo tradizionale sostiene che “non esiste nel nostro ordinamento interno una norma che consente di affermare l'esistenza di un diritto insopprimibile a procreare”⁵⁶.

La giurisprudenza più recente ha criticato, invece, l'apparato argomentativo della tesi suesposta. Si allude, in particolare, all'ordinanza del 13 gennaio 2010, con la quale il Tribunale di Salerno ha qualificato «il diritto al figlio» come un diritto soggettivo da ascrivere tra quelli inviolabili «della donna» ai sensi dell'art. 2 Cost.⁵⁷; alla sentenza del 1 aprile 2010, con la quale la Corte Edu ha affermato

⁵³ Cfr. PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civi.*, 1982, 1020 ss.

⁵⁴ In senso contrario viene argomentato che “non si potrebbe far rientrare come esplicitazione di libertà la pretesa di ricorrere a metodi artificiali nella prospettiva terapeutica di un rimedio alla sterilità; la nascita di un uomo non può mettersi sul piano della soddisfazione per surrogato di un desiderio per natura assurdo in quanto non raggiungibile” (TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana*, *Riv.dir. civ.*, II, 1986, 510).

⁵⁵ BALDINI G. - SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze University Press, 2007, 17; FERRANDO G., *L'inseminazione artificiale nella coppia coniugata. Spunti per una riflessione sulle proposte di legge*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, 1153, ss.

⁵⁶ Si allude, in particolare, alle motivazioni espresse dal Tribunale di Milano con la decisione del 23 novembre 2009 (rinvenibile in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 e ss.).

Sempre nel contesto della propensione della giurisprudenza più risalente a pronunciarsi in senso contrario alla configurabilità, in generale, del diritto a procreare, si cita, inoltre, l'ordinanza resa dal Tribunale di Monza il 27 ottobre 1989. Tale provvedimento (ampiamente commentato nel Capitolo quarto, par. 36) è reperibile in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1991, 611 ss.

⁵⁷ Con riferimento a tale ordinanza sia consentito il rinvio al Capitolo II, par. 22, relativo ai limiti soggettivi di ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto.

che “il diritto di una coppia di ricorrere alla procreazione assistita per concepire un figlio rientra nella sfera dell’art. 8 della CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare; alla menzionata sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano il 24 maggio 2013, nella quale testualmente si legge: “il diritto al concepimento fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana, riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell’individuo” ed, infine, all’ordinanza del 14 gennaio 2014, con la quale il Tribunale di Roma ha sottolineato che “il diritto alla procreazione sarebbe irrimediabilmente leso dalla limitazione del ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte di coppie che, pur non sterili o infertili, rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili, di cui sono portatori”⁵⁸.

Ecco, allora, l’esigenza di accertare se sussistono, nel nostro sistema, le condizioni essenziali (ovvero la prestazione a carico del Servizio Sanitario Nazionale e la correlativa gratuità) affinché il paventato diritto a procreare mediante il ricorso alle tecnologie riproduttive possa essere concretamente esercitato anche da chi si trovi in disagiate condizioni economiche.

Al riguardo, occorre immediatamente evidenziare che, nel panorama legislativo italiano, le tecniche di PMA non sono state inserite nella pianificazione economica nazionale prevista dai Livelli Essenziali di Assistenza (in sigla: LEA), tali da garantire, in sede di attuazione da parte delle singole Regioni, una omogeneità dei livelli di intervento su tutto il territorio nazionale. Situazione, questa, che ha portato ad un sistema variegato, con differenze importanti tra le diverse Regioni, chiamate, ai sensi dell’art. 10 della legge n. 40/2004, a

⁵⁸ In aderenza, vedi anche l’ordinanza del 9 maggio 2000, cui ha fatto seguito la sentenza del 26 giugno 2000 (entrambe commentate da FAVILLI C., *Autodeterminazione procreativa e diritti dell’embrione*, cit., 475 ss.), con la quale i Giudici del Tribunale di Bologna hanno qualificato le tecnologie riproduttive “come strumenti volti alla tutela della salute e cioè come particolari forme di terapie che consentono all’individuo di soddisfare il legittimo interesse ad avere un figlio e quindi come *diritto riservato alle persone che, per vie naturali, ne sarebbero escluse*”; nonché l’ordinanza del 17 febbraio 2000, con la quale i Giudici Capitolini hanno sostenuto “l’esistenza di un *diritto ad essere genitori*, come diritto costituzionalmente tutelato, anche a prescindere dall’evento naturale del parto”;

regolamentare l'accesso alle tecniche in esame per quanto attiene l'erogabilità delle stesse con oneri a carico dell'utenza o del Servizio sanitario regionale⁵⁹.

Alla possibilità di rivolgersi a centri pubblici o convenzionati, si aggiunge, poi, quella di recarsi in strutture private, che in Italia sono concentrate soprattutto, anzi quasi esclusivamente, al Sud. Ma il costo è decisamente più elevato. Circostanza che ha portato ad un flusso migratorio. I dati, presentati dalla commissione d'inchiesta sugli errori e i disavanzi sanitari, documentano, infatti, che coloro che si sono sottoposte all'inseminazione in Italia dal 1 gennaio 2011 al 30 giugno 2012 sono 50.900: di queste, 37.322 erano residenti nella stessa Regione del centro di PMA, mentre 13.578 hanno dovuto migrare verso le Regioni che prevedono questi trattamenti all'interno del sistema sanitario regionale⁶⁰.

Sotto questo profilo, non è mancato chi ha ritenuto, in senso critico, che ai presupposti soggettivi ed oggettivi che legittimano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita bisognerebbe aggiungere la più odiosa delle restrizioni: la discriminazione economica. All'uopo, si è affermato, in particolare, che sarebbe onesto riformulare i criteri soggettivi di accesso alle metodiche di procreazione assistita: coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, *economicamente benestanti*⁶¹.

D'altro canto, si è osservato che la descritta disparità potrebbe essere superata inserendo in futuro le tecniche di PMA nella pianificazione economica nazionale

⁵⁹ In Lombardia ed Emilia Romagna, ad esempio, l'intervento di procreazione assistita è gratuito. In Toscana, in Piemonte, in Val d'Aosta, in Veneto, in Friuli Venezia Giulia, nella Provincia Autonoma di Trento e nella Provincia Autonoma di Bolzano, gli Organi Amministrativi, attraverso atti e delibere, hanno inserito le prestazioni di PMA nei LEA regionali, con ticket o quota di compartecipazione, senza alcuna esclusione della popolazione interessata. Dati, questi, tratti dal sito internet <http://www.tecnobiosprocreazione.it>, alla voce *News dal mondo della PMA – Regione che vai, assistenza sanitaria che trovi*, 17 maggio 2013.

⁶⁰ Pubblicato il 13/12/2012, in <http://salute.letteradonna.it/canale/fertilita/FERTILITÀ>, Argomenti: Antonio Palagianò, Disavanzi Sanitari, Procreazione Assistita, Viaggio della Speranza.

⁶¹ In tal senso, v. LALLI C., in *Libertà procreativa*, cit., 10.

prevista dai Livelli Essenziali di Assistenza, al fine di rendere omogeneo su tutto il territorio tanto il servizio quanto il costo⁶².

Nella speranza che venga a breve adottato un provvedimento di tal tipo, non può che ritenersi condivisibile l'opzione di fondo, verso la quale si è indirizzato il Giudice del Tribunale di Cagliari con l'ordinanza emessa il 9 novembre 2012⁶³. Questo provvedimento, pur collocandosi in un solco giurisprudenziale già tracciato a partire dal 2007 a favore dell'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, contiene nuovi argomenti a sostegno della configurabilità, in chiave terapeutica, del diritto a concepire un figlio attraverso le metodiche artificiali. In particolare, la reale novità dell'ordinanza in esame va colta nel passaggio relativo alla concreta attuazione del *dictum* giudiziale. L'Azienda sanitaria convenuta aveva, infatti, dedotto di non poter eseguire l'esame diagnostico sugli embrioni, sostenendo di non essere in possesso né di idonee strutture né delle necessarie risorse umane.

Il giudice sardo ha disatteso il rilievo, osservando che l'articolo 32 della Costituzione, nel prevedere che la salute costituisce un fondamentale diritto dell'individuo, ne impone un'incondizionata protezione e rende dunque irrilevante il fatto che il Servizio di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale non sia iscritto nel registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, previsto dall'articolo 11 della legge n. 40/2004.

Pertanto, così si legge ancora nell'ordinanza, accertato *il diritto alla prestazione medica*, qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di erogare la chiesta prestazione sanitaria in forma diretta, deve ritenersi che tale prestazione possa essere erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie, così come previsto dall'articolo 3, comma 2, della legge n. 595/1985⁶⁴.

⁶² PALAGIANO A. (Presidente della Commissione d'inchiesta sugli errori e sui disavanzi sanitari), in <http://salute.letteradonna.it/canale/fertilita/FERTILITÀ>, cit.

⁶³ Con riferimento a tale ordinanza sia consentito il rinvio al Capitolo II, par. 21.

⁶⁴ In esecuzione di tale ordinanza, l'ASL cagliaritano, con la Delibera n.1158 del 26 giugno 2013, ha affidato al laboratorio GENOMA s.r.l. di Roma, centro operante nel settore della diagnosi genetica pre-impianto, l'esecuzione delle analisi in esame.

A ben vedere, il Giudice del Tribunale di Cagliari ha discusso di *diritto alla prestazione medica* e non anche di *diritto a procreare*. Ciò significa che l'Organo giudicante, in senso conforme al prevalente orientamento, ha considerato le tecniche riproduttive artificiali in chiave terapeutica. In tale ottica, ha sostenuto la sussistenza del diritto soggettivo dei ricorrenti all'intervento e, quindi, la legittimità della pretesa delle parti istanti di ricevere assistenza sanitaria gratuita da parte dello Stato.

10. Resta, infine, da chiedersi - data l'ovvietà del corollario - se possa, configurarsi, nel nostro ordinamento, un diritto al risarcimento del danno nelle ipotesi in cui una negligenza degli operatori tenuti all'impianto dell'embrione o ad altre fasi della pratica inseminativa comporti una lesione alla coppia affidatasi alle richiamate tecniche. Ove ammessa, in via subordinata, ci si domanda se il venir meno delle aspettative, il mutamento degli equilibri di vita creati in base alla convinzione di genitorialità, il turbamento da cui scaturisce il diverso approccio alla realtà delle cose e lo sconvolgimento delle normali abitudini possano essere considerati, per meglio configurare gli ambiti di operatività del danno in esame.

Proprio con riferimento a tali interrogativi, appare opportuno muovere all'analisi della sentenza, con la quale, in tema di fecondazione assistita, venne riconosciuta per la prima volta la lesione della funzione procreativa.

Si allude, in particolare, alla vicenda occorsa ad un signore tedesco affetto da cancro alla prostata, il quale decise, prima di sottoporsi all'intervento di asportazione della parte malata, che inevitabilmente lo avrebbe portato alla sterilità, di crioconservare il proprio seme presso una clinica specializzata. Per un disguido burocratico il materiale biologico venne, tuttavia, distrutto dai responsabili della clinica, così che l'uomo, quando decise di usare il suo seme, si vide negare la possibilità di farlo.

Ebbe inizio a questo punto una lunga e complessa vicenda giudiziaria. Vincolati alla tipicità dell'illecito aquiliano, propria del sistema tedesco, i Giudici, nei diversi gradi del giudizio, rifiutarono di accordare all'uomo un qualche

risarcimento, mancando, a loro avviso, una lesione del corpo. L'ultima parola spettava, però, al *Bundesgerichtshof*, che emanò la relativa sentenza nel 1993.

I Giudici Supremi chiarirono che se un risarcimento doveva esserci, questo poteva essere giustificato esclusivamente alla luce della *lesione inferta alla funzione procreativa* in sé. In particolare, nel caso in discorso, le linee giustificative del ragionamento seguito dai Giudici tedeschi trovarono il loro fondamento nel fatto che lo sperma, al pari dell'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, rappresentava l'unica possibilità che il soggetto di diritto aveva di procreare e trasmettere ai figli le proprie informazioni genetiche⁶⁵.

Una vicenda per molti versi analoga ebbe a presentarsi ai giudici francesi qualche anno fa: anche allora all'origine vi fu un fatto tecnico — un innalzamento della temperatura — che provocò l'evaporazione dell'azoto liquido nel quale erano conservati alcuni embrioni, prodotti con il materiale genetico di una coppia rivoltasi ad un centro specializzato nella procreazione assistita, rendendoli inservibili per un successivo impianto in utero.

Il Tribunale Amministrativo di Amiens⁶⁶, cui la coppia si rivolse per il risarcimento dei danni, negò la ricorrenza di un danno patrimoniale sulla scorta dell'art. 16-1 del *code civil*, per il quale "*le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*". Risposta parimenti negativa fu data sia alla richiesta di risarcimento del danno morale per perdita del congiunto - perché "*les ovocytes surnuméraires ne sont pas des personnes*" - sia alla domanda avente ad oggetto "*la perte de chance d'être parent*" - perché la giovane età degli aspiranti genitori non precludeva loro la possibilità di sottoporsi

⁶⁵ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, *Familienrecht*, 1994, 154, in *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. 2, 2001, 1115 e ss.

⁶⁶ Tribunal administrative Amiens, 9 mars 2004, n. 021451, citato da GORGONI M., *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1242 ss. Il citato provvedimento è rinvenibile in *Dalloz*, 2004, 1051 con nota di LABBÉE, *La valeur de l'embryon congelé*; in *Jcp*, 2005, II, 10003, con nota di CORPART, *Détérioration d'embryons congelés: le point sur les responsabilités*; in *Actualité juridique - Droit admin.*, 2004, 1546, con nota di SHENNETTE-VAUCHEZ, *De la "chance" d'être parent. Réparation. Perte de chance. Préjudice matériel. Perte d'ovocytes*; in *Embrione*; in *Quad. dir. pol. Eccles.*, 2004, 619.

ad un ulteriore tentativo di PMA -. Venne liquidata, invece, la somma di diecimila Euro, a titolo di “*réparation des troubles divers dans les conditions d’existence*”.

La Corte di Appello di Douai⁶⁷, l’anno successivo, fu ancora più severa: alla coppia non fu riconosciuto alcun danno, perché da un lato “*le préjudice né de la perte d’embryons par un établissement de santé n’est pas un préjudice indemnisable en l’absence de projet parental du couple ayant perdu lesdits embryons*” e dall’altro perché l’embrione “*ne constituent pas des êtres humains ou des produits humains ayant le caractère de chose sacrée auxquels est attachée une valeur patrimoniale*”.

Insomma, per i giudici francesi, c’è una grande differenza tra il trattamento giuridico degli embrioni protagonisti di un progetto genitoriale e quelli residuati⁶⁸. Quelli andati accidentalmente persi erano gli embrioni soprannumerari, come tali non immediatamente destinati all’impianto, bensì alla crioconservazione e la coppia cui appartenevano aveva sì chiesto il risarcimento del danno causato dalla loro accidentale distruzione, ma (avendo portato a termine con successo una precedente PMA) non aveva manifestato alcun interesse ad un loro successivo impiego a fini riproduttivi.

Nella giurisprudenza italiana, invece, singolare è la menzionata sentenza (n. 7085) resa dal Tribunale di Milano in data 24 maggio 2013.

A nessuno è potuta sfuggire, essendo stata in prima pagina su molti quotidiani italiani, la notizia del Giudice di Milano che, in relazione ad un black-out elettrico che spense gli incubatori, compromettendo l’intervento di procreazione assistita in programma il giorno dopo, ha condannato, con la sentenza in commento, l’Azienda Ospedaliera a risarcire la coppia, rilevando, per la prima volta, in tema di PMA, un danno identificabile con la “*lesione del diritto al concepimento*”.

Gli avvocati della coppia, data l’assoluta novità della fattispecie e la difficoltà di ricercare criteri applicabili in via analogica, avevano fondato la loro difesa sul presupposto che l’embrione è una forma di vita, seppur nel suo stato primigenio.

⁶⁷Cour administrative d’Appel Douai 6 décembre 2005, n. 04da00376, in www.revuegeneraledudroit.eu.

⁶⁸ GORGONI M., *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, cit.

Avevano, di conseguenza, richiesto il ristoro del danno biologico temporaneo, del danno morale, oltre al danno per la perdita di un figlio, commisurato alla percentuale di probabilità di buon esito dell'inseminazione artificiale.

La vicenda sottoposta all'attenzione del Giudice di Milano si presentava, pertanto, molto delicata, muovendosi su quel crinale tra etica, religione e scienza da sempre esposto alla polemica sulla natura dell'embrione.

La decisione del Giudice Gabriella Migliaccio, della Quinta Sezione del Tribunale Civile di Milano ha, tuttavia, bypassato l'ostacolo suddetto, individuando la "vittima" del fatto non negli embrioni, ma nel diritto alla procreazione spettante, a suo avviso, alla coppia ed evidentemente leso da un evento accidentale che l'ospedale avrebbe dovuto prevenire.

Il presidio ospedaliero - scrive il giudice - nel corso della notte avrebbe dovuto effettuare i doverosi controlli sulla efficienza dell'alimentazione di corrente, tanto più necessari per la delicatezza del materiale biologico contenuto negli incubatori, a nulla rilevando la circostanza, quand'anche veritiera (in realtà smentita dal documento redatto dalla Responsabile del Laboratorio Biologico, dove si fa riferimento ad un probabile black-out) che nella fattispecie si sarebbe verificata una involontaria ed occasionale interruzione locale, non dovuta a guasto tecnico.

Del resto - si legge ancora nella sentenza in commento - il fatto che, successivamente all'evento di causa, il Presidio ospedaliero convenuto, abbia autosospeso l'attività di fecondazione *in vitro* induce a ritenere confermata la sussistenza di inerenti problematiche tecniche.

Su questa motivazione, il Tribunale di Milano, pur rilevando la fondatezza della domanda risarcitoria proposta dagli attori, ha sostenuto di dover diversamente inquadrare dal punto di vista giuridico la natura del diritto leso e le conseguenti implicazioni di carattere non patrimoniale. In particolare, l'Organo giudicante ha evidenziato un danno non identificabile con la perdita di un figlio

(come chiesto dagli avvocati della coppia), ma con la "*lesione del diritto al concepimento*"⁶⁹.

Al riguardo, vien fatto di osservare che l'embrione, a qualunque stadio venga trasferito, viene classificato in base ad una diagnosi di tipo osservazionale, ma questo non significa che sia capace di attecchire nell'utero materno e di proseguire, con assoluta certezza, il suo sviluppo. Si potrebbe rilevare, pertanto, che il Tribunale di Milano anziché identificare il danno patito con la lesione del diritto al concepimento, avrebbe potuto ricostruire il pregiudizio subito come perdita di una *chance* procreativa o del frutto del concepimento (l'embrione).

D'altra parte si potrebbe, però, osservare che la coppia (lei 37 enne, lui 50 enne), sulla base di quanto è dato conoscere, non è più riuscita ad affrontare i rischi, i disagi e le aspettative di un nuovo intervento di fecondazione assistita. Il ragionamento seguito dal Giudice Migliaccio potrebbe, pertanto, trovare fondamento nel fatto che l'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo la fecondazione artificiale, rappresentava, così come affermato dai Giudici tedeschi nella sentenza del 9 novembre 1993, l'unica possibilità per le parti istanti di procreare e trasmettere al figlio le proprie informazioni genetiche.

Circa, invece, l'asserito danno biologico per le conseguenze alla salute subite dalla ricorrente a causa delle massicce cure ormonali a cui fu sottoposta in vista della fecondazione assistita – scrive il giudice – nessuna CTU è stata richiesta ai fini dell'accertamento e di conseguenza non può ritenersi acquisita la sussistenza.

Viceversa, con riferimento al danno morale non sussistono, a parere del Tribunale di Milano, dubbi circa l'esistenza del pregiudizio sofferto da entrambi

⁶⁹ L'Organo giudicante, in via preliminare, ha, altresì, sottolineato che l'asserito "danno derivante da perdita di un figlio" avrebbe una valenza esclusivamente morale (non esistenziale, non essendo il figlio mai nato) non cumulabile con un'ulteriore voce di pregiudizio morale. A questo proposito, va, però, evidenziato che la Corte di cassazione (con la sentenza 28 settembre 2012, n. 16516) — proprio con riferimento al danno da perdita di un figlio — ha ritenuto che, dovendo il risarcimento ristorare interamente il danno subito, va tenuto conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno.

gli attori. In particolare, per meglio configurare gli àmbiti di operatività del documento in esame, l'Organo giudicante ha considerato la circostanza che la ricerca del concepimento nell'ambito della procreazione assistita esprime un intenzionale desiderio di maternità e di paternità (soprattutto per gli attori che effettuavano il tentativo per la seconda volta), cui corrisponde intuibilmente un forte grado di frustrazione e di disillusione in caso di non realizzazione. Ha valutato, inoltre, che l'attuazione della procedura postula un iter caratterizzato da numerose visite mediche, accertamenti diagnostici, pesanti terapie preventive, ai quali necessariamente si accompagna uno stato di ansia e di preoccupazione. Ed ha tenuto conto, infine, del fatto che gli attori, ormai giunti al termine del percorso, dopo l'ottenimento di due embrioni vitali, proprio nel giorno previsto per il trasferimento in utero, ebbero l'amara sorpresa della vanificazione di quanto fino a quel momento compiuto, per di più, a motivo di un evento sicuramente non messo in conto e quindi più turbativo.

Sulla scorta delle richiamate circostanze, ad avviso del Tribunale di Milano, alla lesione del diritto al concepimento si è aggiunto anche un grave colpo psicologico della coppia ed una forte sofferenza dell'anima, dolore non meramente temporaneo, alimentato dal permanente dubbio circa la possibile realizzazione della loro speranza nell'occasione.

Ciò chiarito, in via equitativa (vista la peculiarità della fattispecie), il Giudice Gabriella Migliaccio, aldilà delle stimate probabilità di successo della tecnica di fecondazione assistita, ha ritenuto risarcibili i pregiudizi non patrimoniali determinati sia dalla sofferenza morale dei genitori che dalla perdita possibilità di programmare ed attuare lo sviluppo della famiglia ed ha, pertanto, attribuito a titolo di risarcimento, al marito l'importo di € 30.000,00, ed alla moglie, di certo più direttamente coinvolta, fisicamente e psicologicamente, nel gravoso percorso attuativo della procedura, la somma di € 35.000,00.

Il *quid* che rende emblematica la vicenda milanese è il suo connotarsi specificamente per l'interferenza nel procedimento procreativo artificiale: interferenza che — va subito chiarito — assume caratteri differenti rispetto alle ipotesi di aborto causato da un terzo, in ragione della mancata coincidenza del

piano della nascita *per* altri con quello della nascita *negli* altri⁷⁰: motivo che rende così singolare il *decisum*.

⁷⁰ GORASSINI A., *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in AA.VV., *Liber amicorum, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, vol. I, 234-235.

CAPITOLO SECONDO

L'ACCESSO ALLE TECNICHE DI PMA: I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI

Sommario: 11. Introduzione alla soluzione normativa adottata dal legislatore italiano: chi ha diritto a procreare artificialmente? – 12. Le condizioni legali soggettive per l'accesso ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita (in sigla: PMA): il presupposto della maggiore età nel raffronto con l'istituto dell'emancipazione – 13. ... la diversità sessuale e il tormentato problema dell'accesso alle tecniche anche per le coppie omosessuali e per le donne sole – 14. ... il requisito del coniugio o della convivenza e il metodo c.d. *co-parenting* o cogenitorialità – 15. ... l'età potenzialmente fertile e il presupposto della "comune esistenza in vita" dei soggetti richiedenti - 16. Le condizioni legali oggettive per l'accesso ai trattamenti di PMA: la sterilità, l'infertilità, l'ipofertilità, le patologie sessualmente trasmissibili – 17. Le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche – 18. Le diverse possibili finalità dell'accertamento diagnostico sull'embrione ottenuto in laboratorio – 19. La diagnosi genetica preimpianto (d'ora in poi PGD) nella legislazione ordinaria e nella letteratura – 20. Le differenti posizioni giurisprudenziali – 21 ... effetti legali ed implicazioni pratiche delle decisioni della Corte costituzionale dell'8 maggio 2009, n. 151 e del Tribunale di Cagliari del 9 novembre 2012 – 22. I limiti soggettivi di ammissibilità della PGD – 23. ... l'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (in sigla: CEDU) – 24. ... l'esecuzione dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano. Le recenti "contrastanti" pronunce della Prima Sezione Civile del Tribunale di Roma - 25. I limiti oggettivi di ammissibilità della PGD – Proposizioni conclusive – 26. Uno sguardo comparatistico.

11. L'opzione operata dal nostro legislatore con la legge n. 40/04 descrive uno scenario completamente differente rispetto a quello condiviso dall'orientamento maggioritario della letteratura e della giurisprudenza. In particolare, la regolamentazione cui il legislatore è pervenuto con la richiamata disciplina normativa, pur adottando formalmente la prospettiva terapeutica, nei fatti ha dato luogo ad un complesso sistema normativo che, sul piano sostanziale, risulta in aperto contrasto col principio posto alla base del modello ricostruttivo utilizzato, giungendo talvolta a disconoscere talaltra a sacrificare senza motivazioni

scientificamente e ragionevolmente fondate, l'interesse alla salute degli aspiranti genitori sull'altare di un presunto diritto che si vuole assoluto, alla vita e allo sviluppo dell'embrione⁷¹.

Di qui l'esigenza di esaminare le principali questioni connesse alla configurabilità o meno di un c.d. diritto a procreare artificialmente, che possono essere sinteticamente riassunte nei seguenti quesiti: a quali soggetti e secondo quali criteri (soggettivi ed oggettivi) è consentito l'accesso alle tecnologie riproduttive? Quali, fra le diverse tecniche praticabili, sono ammesse e quali vietate?

La situazione più semplice appare quella della riproduzione assistita cosiddetta omologa, ovvero quella in cui concorrono entrambi i *partner* di una coppia, con coincidenza quindi tra genitorialità biologica, legale e sociale. Eppure, già in questo campo si pongono questioni controverse relativamente a chi può diventare genitore per tale via. Ad esempio, solo le coppie coniugate, e in particolare le madri, entro un *range* di età oppure senza limiti di età purché ancora fertili, sia pure con qualche aiuto? Una donna "troppo vecchia" per diventare madre secondo gli standard prevalenti è legittimata a tentare le ultime *chance*, fatta salva la salvaguardia della salute, oppure il suo desiderio sarà considerato un caso di egoismo irresponsabile, teso a mettere al mondo un figlio destinato a diventare precocemente orfano? Una donna rimasta vedova ha diritto di farsi impiantare gli embrioni prodotti con il seme del coniuge defunto (o a farsi inseminare con il seme congelato di questi), oppure la morte del marito/compagno mette fine anche alla legittimazione di diventare madre tramite riproduzione assistita, perché l'eventuale bambino nascerebbe orfano di padre?⁷² E una coppia

⁷¹ Ci si riferisce, in particolare, all'asserito divieto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche e soprattutto all'ipotetico (assurdo) trasferimento "coatto" nell'utero della donna degli embrioni ottenuti *in vitro*, quasi che la legge avesse voluto introdurre surrettiziamente (e quindi in vistoso contrasto con l'art. 32, ultimo comma, della Costituzione) un'ulteriore ipotesi di TSO (Trattamento Sanitario Obbligatorio). A questo proposito, v. BALDINI G. - SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, cit., 18; FERRANDO G., *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. e pers.*, 2004, 4, 380; id. *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, 489 ss.

⁷² SARACENO C., *Coppie e famiglie*, Feltrinelli, Milano, 2012, 69 ss.

fertile ma portatrice di malattie genetiche può accedere alla PMA o è considerata “non sufficientemente malata” per usufruire delle metodiche in esame?

Nell’ordinamento giuridico italiano, la legge 16 febbraio 2004, n. 40, all’art. 5 sancisce che possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi⁷³.

Le problematiche poste dai richiamati requisiti soggettivi, come si è anticipato, non sono sempre le stesse. Ragion per cui è opportuno occuparsi di esse separatamente.

12. Si è detto che l’art. 5 prevede che i soggetti che intendono accedere alle tecniche di PMA debbano essere maggiorenni. A parere della letteratura, la disposizione, pur non statuendolo espressamente, va sicuramente intesa nel senso che il requisito della maggiore età deve essere posseduto da *entrambi* i genitori. L’interpretazione proposta trova indiretta ma sicura conferma nella lettera dell’art. 12 (contenente divieti e sanzioni in ambito di PMA) il quale, al comma 2, prevede una sanzione amministrativa pecuniaria per il medico che abbia applicato tecniche di PMA a coppie in cui “*uno dei componenti sia minorenni*”⁷⁴.

Resta, tuttavia, da chiedersi se la scelta di riservare tassativamente l’accesso alle tecniche in esame ai soli maggiorenni di età possa essere pienamente condivisa⁷⁵.

In dottrina è apparso lecito dubitarne. Le ragioni del dubbio sono emerse dal raffronto tra quanto previsto dalla norma in questione e i principi contenuti nel Capo II del Titolo X del Libro I del Codice civile, all’art. 390 e seguenti,

⁷³ In una sentenza della Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791, si afferma che anche il detenuto in regime *ex art. 41-bis* dell’ordinamento penitenziario può essere autorizzato al prelievo di liquido seminale al fine di consentire alla moglie, sussistendo le condizioni di legge, di accedere alla procreazione medicalmente assistita: infatti, il diritto alla paternità rappresenta una situazione soggettiva meritevole di tutela, anche in regime penitenziario speciale.

⁷⁴ VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 69 ss.

⁷⁵ Data la delicatezza della scelta di procreare artificialmente attraverso la PMA taluno (AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 35) proponeva addirittura un’età più alta della maggiore età.

disciplinanti l'emancipazione. Come noto, tale istituto permette di far conseguire la capacità di agire, sia pure con limitazioni, al minore di anni diciotto che abbia contratto matrimonio. Esso comporta la sottrazione del minore stesso alla potestà genitoriale, conferendogli la capacità di agire per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione e per quelli di natura personale. È anche prevista la possibilità (art. 397 c.c.) che il minore emancipato sia autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale. Nel qual caso egli acquista la capacità di agire anche per gli atti di straordinaria amministrazione, raggiungendo così la piena capacità⁷⁶.

Ora, non v'è dubbio che la disposizione contenuta nell'art. 5 della legge n. 40/2004 introduca una limitazione alla capacità di agire riconosciuta al minore emancipato, il quale potrebbe addirittura arrivare a compiere qualunque atto, personale o patrimoniale (di ordinaria o straordinaria amministrazione) con l'eccezione, però, della possibilità di decidere di avere un figlio tramite PMA. Limitazione non facilmente spiegabile, se si pensa, da un lato, che per concepire figli, per così dire, "naturalmente", la legge non prevede, né potrebbe prevedere, alcun requisito minimo di età, dall'altro, che per l'eventuale riconoscimento dei figli naturalmente procreati è sufficiente aver raggiunto il sedicesimo anno di età, secondo quanto previsto dall'art. 250, ultimo comma, c.c.

Si può forse pensare, secondo alcuni Autori, che il legislatore, nel richiedere in ogni caso la maggiore età per la procreazione assistita sia stato influenzato dalla convinzione che la decisione di far ricorso alle menzionate tecniche sia scelta di particolare gravità. Ma non è agevole, secondo tale orientamento, condividere l'opinione che essa sia più grave o foriera di conseguenze più significative, di quella che il minore (sovente con scarsa o nessuna contezza delle conseguenze di ciò che sta facendo) compie, procreando per via naturale e che certamente pone in essere in modo cosciente quando riconosce come proprio un figlio generato naturalmente.

Per tali motivi, l'indirizzo in argomento, rilevata l'apparente incongruenza, sostiene che il dettato legislativo, letteralmente così restrittivo, debba e possa essere superato. In particolare, si ritiene che il dettato dell'art. 5 debba essere

⁷⁶ BIANCA M., *Diritto civile, I, La norma giuridica, I soggetti*, 1990, 221 ss.

combinato e coordinato con le disposizioni ricordate in tema di emancipazione e possa dunque essere interpretato nel senso che il possesso della maggiore età sia richiesto solamente a coloro che intendono accedere alle tecniche di PMA senza essere sposati. In sostanza, si afferma che il combinato disposto dell'art. 5 e delle norme sull'emancipazione autorizza a ritenere che se i richiedenti le pratiche di PMA, ancorché minorenni, siano già coniugati, la loro condizione di minori emancipati *ex art. 390 c.c.*, li legittimi ad accedere alle stesse.

Ulteriore corollario di questa tesi è che la disposizione di cui all'art. 12, comma 2, la quale commina una sanzione amministrativa pecuniaria a chi applichi le tecniche di PMA a minori, dovrebbe trovare applicazione solo se la coppia richiedente non sia coniugata, non essendo pensabile l'irrogazione di una sanzione in relazione ad una fattispecie che va considerata lecita⁷⁷.

13. La legge n. 40/2004 prevede, inoltre, che i soggetti che accedono alle tecniche di PMA debbano essere di sesso diverso. Con riferimento a tale presupposto soggettivo, particolarmente tormentata è l'ipotesi delle coppie omosessuali, che oggi si intreccia inevitabilmente con la rivendicazione da parte di queste di uno *status* matrimoniale o almeno assimilabile, secondo i modelli effettivamente diffusi nell'esperienza giuridica di altri Paesi. Su questo punto, il Giudice delle leggi ha confermato la rilevanza costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio, segnalando però al legislatore l'opportunità, in realtà non priva di elementi di obbligatorietà, di approntare una regolamentazione che garantisca taluni diritti alle unioni tra persone dello stesso sesso e ai soggetti che ne fanno parte⁷⁸.

Tra questi diritti, ad avviso di alcuni Autori, non dovrebbe né potrebbe essere inserito anche il diritto alla genitorialità, attraverso l'adozione⁷⁹ o il ricorso alle tecniche di PMA.

⁷⁷ VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 69 ss.

⁷⁸ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138 e 7 luglio 2010, n. 276.

⁷⁹ Nell'affrontare il tema in argomento, nella pronuncia *X and O. v. Austria* (ricorso n. 19010/07, sentenza del febbraio 2013, *di cui si dirà più ampiamente nella nota successiva*) la Corte Edu

Si tratta invero di un problema oggettivamente aperto. La stessa Corte di Strasburgo ha recentemente affermato il principio secondo cui il diritto all'adozione di un minore ove dall'ordinamento interno di uno Stato membro, venga riconosciuto anche alle coppie "non coniugate", non può venire "legittimamente" escluso per quelle coppie di conviventi del medesimo sesso, applicando il solo criterio discriminatorio della diversità sessuale⁸⁰.

ricorda che in linea generale l'adozione di un minore possa avvenire secondo tre diverse forme. La prima è quella "individuale", ossia da parte di persone singole (*single-parent adoption*); la seconda tipologia è quella cosiddetta "coparentale" (*second-parent adoption*), mediante la quale ad un individuo è concesso di adottare il figlio biologico del proprio *partner* (nell'ambito di un'unione di fatto, registrata o coniugale), affiancando la propria potestà genitoriale così acquisita a quella del *partner* e pervenendo di conseguenza ad un esercizio congiunto della stessa, con il figlio che godrà dunque di due legami genitoriali legalmente riconosciuti; infine vi è l'ipotesi dell'"adozione congiunta" (*joint adoption*), per la quale una coppia omosessuale può adottare un bambino.

⁸⁰ Orbene, la Corte europea è stata chiamata in alcune occasioni a pronunciarsi su differenti casi di richieste di adozione da parte di un omosessuale o da parte di una coppia dello stesso sesso e a valutarne la sussistenza della discriminazione operata dalle legislazioni nazionali rispetto ai corrispondenti diritti riconosciuti agli eterosessuali.

Si tratta, in primo luogo, del caso *Fretté v. France* (ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002), riguardante le doglianze di un *single* omosessuale circa la subita discriminazione generata dal diniego da parte delle autorità francesi di concedergli (l'autorizzazione al) l'adozione di un bambino, pur prevedendo la legge francese la possibilità di adottare da parte di *single*. Nel caso di specie, la Corte europea è giunta a considerare il diniego opposto dalle adite Autorità non contrario all'articolo 14 CEDU, sostenendo che il diniego fosse basato su un "fine legittimo" quale è quello della protezione della "salute e dei diritti dei bambini" interessati dal procedimento di adozione.

Le conclusioni del caso *Fretté* mostrano segni di cedimento in una successiva sentenza della Corte relativa al caso *E.B. v. France* (ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008), i cui elementi di fatto solo parzialmente differiscono dal precedente. Infatti, la richiesta di autorizzazione ad adottare è sempre proposta da un singolo omosessuale che, però, vive una relazione stabile e duratura con il proprio *partner*. In questo caso, la Corte EDU ha considerato che il diniego al rilascio dell'autorizzazione all'adozione opposto dalle autorità francesi fosse prevalentemente basato su una discriminazione, atteso che la legislazione francese consente l'adozione da parte di persone singole. Pertanto, ha ritenuto sussistente la lesione congiuntamente degli articoli 14 e 8 CEDU.

Infine, nella vicenda *Gas and Dubois v. France* (ricorso n. 25951/07, sentenza del 15 marzo 2012) la Corte EDU ha considerato legittimo il divieto opposto, sempre da parte delle autorità francesi, ad una coppia lesbica registrata (*pacte civil de solidarité* (PACS) previsti dalla legge francese) di "condivisione di responsabilità genitoriale" in ipotesi di adozione semplice, atteso che la legge francese riserva tale diritto alle coppie sposate. Il ragionamento della Corte si è basato sulla impossibilità di effettuare un paragone tra la posizione di coppie sposate a quella di coppie non sposate. La valutazione di una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sarebbe stata possibile solo laddove l'ordinamento francese avesse consentito l'adozione alle coppie non sposate. Così non essendo, la "situazione" esistente è stata considerata ammissibile, in virtù della costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo la quale rientra nel margine di apprezzamento statale la possibilità di regolare i presupposti per l'accesso al matrimonio, nonché di ricondurre allo stesso prerogative escluse ad altri tipi di unioni.

La pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo nel caso *X and O. v. Austria* (ricorso n. 19010/07, sentenza del febbraio 2013) rappresenta l'ultimo tassello di una giurisprudenza progressivamente aperta alla tutela dei diritti delle coppie omosessuali. La vicenda riguardava due donne che vivono da anni in una relazione stabile e il figlio che una di esse ha avuto da un uomo con cui non era

Se, dunque, per le coppie italiane omosessuali, in considerazione del menzionato postulato, va sicuramente esclusa la configurabilità di un diritto all'adozione, atteso che la legge n. 184/1983 ammette quest'ultima solo per le coppie unite in matrimonio da almeno tre anni, resta, tuttavia, aperta la questione dell'affidamento temporaneo alle coppie dello stesso sesso, considerato che la menzionata disciplina normativa consente ad una comunità di tipo familiare, formata da due persone o da un persona singola, di ottenere in affido un minore. Problema, questo, che il Supremo Collegio è orientato a risolvere nel senso più "liberale", purché in presenza di un presupposto: la mancanza di una prova certa del danno concreto sul bambino derivante "dal fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale"⁸¹.

In senso conforme all'indirizzo dei Giudici di legittimità si è espressa anche la giurisprudenza di merito, tra le cui pronunce si ritiene doveroso annoverare quella del Tribunale dei minori di Bologna del 15 novembre 2013⁸². Con tale decisione l'Organo adito, pur confermando l'orientamento giurisprudenziale volto a sostenere che la tendenza sessuale non è più determinante nella regolamentazione dei rapporti familiari, ha affidato per la prima volta una bambina di tre anni ad una coppia di uomini stabilmente conviventi e non ad una persona singola omosessuale.

Diverso dall'adozione e dall'affidamento è il ricorso alle tecniche di PMA anche per le coppie omosessuali: non si può porre sullo stesso piano il rapporto tra un figlio (già nato) e il proprio genitore, che scopre e decide di vivere pienamente la sua identità omosessuale, ovvero la possibilità di adottare da parte di un *single*

sposata. Nel 2005 le donne hanno concluso un accordo di adozione per creare un legame legale tra il minore e la compagna della madre. Ma quando si sono rivolte al Tribunale per far riconoscere l'accordo, questo ha opposto un rifiuto. La Grande Camera della Corte Edu ha condannato lo Stato austriaco per aver frapposto un diniego all'adozione di un minore da parte di una coppia di due donne, conviventi tra loro, quando la disciplina regolante le adozioni nel medesimo paese, prevede la possibilità che coppie di persone, conviventi fra loro, possano, al contrario, regolarmente adottare.

⁸¹ Sentenza n. 601 dell'11 gennaio 2011. CASTELLANETA M., *La tendenza sessuale non è più determinante nella regolamentazione dei rapporti familiari*; FINOCCHIARO M., *La prova del rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*; SALERNO G., *Nessun rischio di pianificazione delle unioni*; VACCARO G., *L'interesse del minore alla base di ogni decisione*; in *Guida al diritto*, n. 5 del 26 gennaio 2013, 14 ss.

⁸² Citata nel quotidiano *il Corriere della Sera* del 16 novembre 2013.

omosessuale (in un ordinamento che riconosce già la legittimità dell'adozione da parte del singolo), e la situazione di chi chiede di avviare un rapporto di filiazione direttamente e originariamente all'interno di un contesto di convivenza tra persone dello stesso sesso. Nel primo caso si tratta di un fatto, di una vicenda di quell'incerto mestiere del vivere di cui ha proferito la Corte costituzionale nella sentenza n. 492/2002, e che il diritto deve in qualche modo affrontare, e non può che farlo alla luce dei suoi principi fondamentali, tra cui il divieto di discriminazioni legate all'orientamento sessuale⁸³, nel secondo caso, invece, si discorre di una scelta di equivalenza di due situazioni, e di azzeramento del presupposto della doppia (nel senso anche di diversa sessualmente) figura genitoriale nell'ambito del rapporto di filiazione.

Un analogo ordine di considerazioni può valere anche per l'ipotesi dei «*genitori soli*», costituiti perlopiù, in questo momento della storia della riproduzione, da donne in buone condizioni finanziarie che, pur non avendo problemi di sterilità, decidono consapevolmente di ricorrere alla tecnologia per avere un figlio da sole, senza un *partner*⁸⁴. Donne che, se un giorno l'«*utero artificiale*» dovesse diventare realtà, potrebbero addirittura diventare madri rinunciando alla gravidanza e lasciando al medico il compito di stabilire le condizioni necessarie per lo sviluppo del feto⁸⁵.

⁸³ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494.

⁸⁴ Non sempre queste nuove famiglie sono composte solo da una madre e un figlio: alcuni genitori *single* vogliono dare un fratello o una sorella al loro primogenito (o primogenita) che può essere o meno il prodotto del seme di un *partner*.

⁸⁵ Un *utero artificiale* in grado di permettere lo sviluppo di feti estremamente immaturi potrebbe reinventare del tutto i parametri della medicina neonatale e contribuire a dare a tali bambini una vita meno traumatica. A parte questi vantaggi, il «*contenitore artificiale*» pienamente funzionante potrebbe comportare anche dilemmi etici del tutto nuovi, compresi alcuni che forse non siamo pronti ad affrontare. Che succedrebbe, ad esempio, se un feto che altrimenti verrebbe abortito potesse essere prelevato dalla madre e portato a pieno sviluppo? L'invenzione di un *utero artificiale* potrebbe anche comportare l'eliminazione della disparità tra madre e padre; un utero esterno al corpo femminile potrebbe essere utile, senza distinzioni né pregiudizi, alle donne senza utero, agli uomini transessuali e alle coppie omosessuali maschili. Per questo motivo, alcune femministe hanno sostenuto che la ricerca dell'utero artificiale ha origine da un desiderio profondamente radicato di soppiantare le donne e separare la nascita dal corpo materno: in sostanza, di cancellare la madre. E per citare un caso in cui la realtà supera la fantasia filosofica, su un forum online per padri che difendono i loro diritti genitoriali dopo la fine del matrimonio, sono comparsi messaggi a favore dell'utero artificiale, perché libererebbe i padri dalla tirannia di quelle madri che tengono gli uomini lontani dai figli. Così AARATHI TPRASAD, *Storia naturale del concepimento*, Bollati Boringhieri, 2014, 222 ss.

Ebbene, in questi casi non è in discussione la sensibilità e la capacità educativa ed affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile rispetto ad una coppia eterosessuale. Il problema riguarda l' idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce dell'attuale contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del bambino, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall'analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica⁸⁶. Esemplificativo, in questo senso, è il confronto fra interesse “*al figlio*” e interesse “*del figlio*”.

14. La dimostrazione del possesso dello stato coniugale della coppia, richiesto dall'art. 5, non sembra generare particolari problemi pratici. Maggiori difficoltà pone, invece, la necessità dell'accertamento del requisito della convivenza, che il legislatore (con apprezzabile apertura alle coppie di fatto) alternativamente richiede. Il problema nasce dalla estrema genericità della previsione legislativa.

Se lo scopo del legislatore era quello di cercare di garantire al nascituro la presenza di entrambi i genitori, assicurando, per quanto possibile, una ragionevole

⁸⁶ A tal proposito, v. BALDINI G., *Procreazione medicalmente assistita e costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di G. Baldini, Giappichelli, Torino, 2004, 139. Sulla non irragionevolezza della scelta del legislatore di vietare l'accesso alle tecniche alle coppie omosessuali, v. D'ALOIA A. e TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1353 ss.; TRIPODINA C., *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Il Diritto pubblico*, 2004, 539; SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene editore, 2010, 32; QUADRI E., *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 1999, 108, afferma, al riguardo, che “nel senso dell'opportunità dell'ammissione al ricorso a tali tecniche in caso di coppia omosessuale non sembra fornire sufficiente supporto l'argomento secondo cui, già attualmente, non sempre viene escluso l'affidamento del figlio (in caso di separazione o divorzio) a chi si trova in una simile condizione: si tratta, evidentemente, di casi eccezionali, in cui ogni diversa soluzione risulta preclusa in relazione ad un figlio “già” esistente. In senso favorevole all'accesso alle tecniche anche per le coppie omosessuali, v. SALVI M., *Bioteologie e bioetica, un ritorno alla metafisica? Terapia genica in utero, clonazione umana e lo statuto morale dell'embrione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 595. Per l'estensione del relativo diritto anche alle donne sole, v. ZATTI P., *Famiglia e familiae. Declinazione di un'idea. II. Valore e figure della convivenza e della filiazione*, in *Famiglia*, 2002, 2, 350 ss.

aspettativa di stabilità della coppia, non pare che l'attuale generica previsione sia sufficiente ad assicurarne il conseguimento, perché ben potrebbe darsi una convivenza attuale, ma iniziata un momento prima di presentare la richiesta per l'accesso alla PMA o addirittura posta in essere proprio a quell'unico fine, e nel tentativo di aggirare il divieto per i *single* di fare ricorso alle menzionate metodiche.

Si cita, a titolo di esempio, il metodo c.d. “*co-parenting*” o “*cogenitorialità*” che permette a due persone di scegliersi sul web solo ed esclusivamente per diventare genitori, pur senza condividere una vita di coppia. Se nasce una storia sentimentale bene, altrimenti tra futuro padre e futura madre esiste solo un contratto (che i promotori dei richiamati siti consigliano vivamente di stipulare) per determinare al dettaglio i termini del *co-parenting*⁸⁷.

Da queste situazioni non discende, ovviamente, alcuna certezza, nemmeno su un piano di semplice probabilità, né di persistenza per il futuro, né di garanzie per il nascituro⁸⁸. A parere della letteratura, meglio sarebbe stato, pertanto, che il precetto legislativo richiedente la convivenza fosse stato meno generica. Ciò che sarebbe accaduto, ad esempio, se si fosse richiesta alla coppia la dimostrazione di una pregressa convivenza di durata predeterminata, tale da garantire almeno un indizio di stabilità del rapporto sufficientemente attendibile. Sarebbe parso anche utile richiedere, a fini probatori, che la convivenza risultasse formalizzata, così da poterla accertare con sicurezza, per via amministrativa. Ipotesi di non difficile realizzabilità se si pensa che, all'uopo, si potrebbero istituire quei “Registri delle

⁸⁷ AMERI D., *Scusi vuole fare un figlio con me?*, in Supplemento al quotidiano *La Repubblica*, 9 novembre 2013, 138 ss. In Italia il primo sito dedicato alla famiglia alternativa è <http://www.cogenitori.it/>, che conta quasi 100.000 iscritti. “Collegiamo i genitori o futuri genitori che desiderano crescere un bambino. Ci rivolgiamo agli omosessuali ma anche a tutti coloro che non desiderano (o non vogliono più) vivere in coppia per altre ragioni”, dice la *mission* del sito. Sono tante le storie di successo che alcuni membri hanno voluto condividere sulla bacheca (consultata in data 10 novembre 2013). Lilirose, per esempio, scrive: «Ho incontrato il futuro padre di mio figlio. Un grande ringraziamento per il vostro sito web che dona il sorriso e riempie il nostro cuore di gioia». Luca annuncia: «Sono iscritto da quasi due anni e tra otto mesi diventerò padre».

⁸⁸ Rischio, probabilmente, temperato da quanto prevede l'art. 8 della legge n. 40/2004 che attribuisce al nato lo *status* di figlio di entrambi i soggetti che hanno espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di PMA. Così, NADDEO F., in *Accesso alle tecniche*, Stanzone e Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, Giuffrè, 2004, 69.

unioni civili” che alcune Amministrazioni comunali hanno già provveduto ad adottare. In alternativa, si potrebbero istituire Registri *ad hoc*⁸⁹.

15. La legge n. 40/2004 prevede, infine, che chi si sottopone alle metodiche di PMA deve essere in età “potenzialmente fertile”. Con riferimento a tale presupposto soggettivo, il disposto legislativo, così come formulato, induce ad alcune riflessioni.

Il legislatore discorre di età potenzialmente fertile. Sembra, però, che il riferimento ad una potenziale fertilità apra la strada a non pochi dubbi interpretativi e ad interpretazioni non uniformi. Anche volendo dare per scontato, infatti, che la prescrizione si debba ritenere focalizzata più sulla fertilità delle donne che su quella degli uomini (la cui età limite non è comunque individuabile) non sembra che nemmeno per la donna si possano offrire le richieste certezze. In sostanza, se nell’ambito della procreazione naturale tale limite è stabilito dalla natura e si concreta nella menopausa per la donna, nell’ambito di quella artificiale, teoricamente, la scienza medica potrebbe consentire alla donna di divenire madre a qualsiasi età.

Il disfavore con il quale parte della dottrina accoglie questa eventualità, tralasciando le ragioni di carattere etico, è dovuto all’esigenza di tutelare la salute della donna e del nascituro nonché l’interesse del figlio ad avere genitori in grado di provvedere alle sue fondamentali esigenze di vita almeno per tutto il periodo della fanciullezza; il che potrebbe non verificarsi considerata l’età avanzata dei soggetti a ciò preposti. In altre parole, il figlio, ancora adolescente, potrebbe essere esposto al rischio di non ricevere un’adeguata assistenza o, nella peggiore

⁸⁹ Così, VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 71 ss. A questo proposito, sembra, inoltre, appena il caso di segnalare la sentenza *Vallianatos v. Grecia*, del 7 novembre 2013 (ricorsi n. 29381/09 e 32684/09), con la quale la Grande Camera della Corte Edu ha affermato che gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un’esclusione per quelle dello stesso sesso.

delle ipotesi, di rimanere orfano⁹⁰. L'orientamento in esame sostiene, pertanto, che il legislatore avrebbe dovuto (o dovrebbe) stabilire un preciso limite di età⁹¹.

All'argomentazione suesposta, una recente diffusa corrente di pensiero ha replicato sostenendo che un limite in materia debba essere posto non dalla legge ma dalla natura, nel senso che si considera superfluo imporre restrizioni (peraltro sempre arbitrarie), poiché è proprio la natura che impedisce di divenire madre anche ad una donna giovane, ma in cattive condizioni di salute e, quindi, incapace di portare avanti la gestazione; mentre non si comprende per quale motivo si dovrebbe negare la gioia di divenire madre anche ad una ultrasessantenne, ma in perfette condizioni di salute e perciò in grado di affrontare una gravidanza⁹².

L'esposta divergenza di opinioni si è tradotta in contrasti nell'applicazione della norma nei diversi Centri per la PMA.

Significativa, in proposito, è la vicenda della piccola "Viola" (il cui vero nome non può essere svelato il ragione del doveroso rispetto della privacy della minore), che ha vivamente interessato anche l'opinione pubblica.

Il caso vede protagonista una bambina, figlia di A. e di B., lui 70 anni, lei 57, che nel 2009 sono ricorsi alla fecondazione assistita per diventare genitori.

⁹⁰ Emblematica, in proposito, è l'autobiografia di Jane Chaplin, nata quando il padre Charlie Chaplin aveva già 68 anni. È stata pubblicata anche in Italia dall'editore Perrone: s'intitola *17 minuti con mio padre*. Pare, infatti, sia questo il tempo che, in tutta la sua vita, Chaplin ha dedicato al dialogo con la figlia.

⁹¹ BALDINI G., CASSANO G., in *Persona, biotecnologie e procreazione*, cit., 28; VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1523: "La legge, inoltre, tace sul momento in cui deve essere accertata la presenza dell'età "potenzialmente fertile". Momento che potrebbe collocarsi in tempi diversi se si considera, ad esempio, quello in cui si iniziano le procedure ovvero quello in cui, a seguito di possibile crioconservazione dell'embrione, si decida di trasferirlo nel corpo della donna. Se si volesse perseguire l'obiettivo di evitare gravidanze in età troppo avanzata (e, nel contempo, tentare di garantire al nascituro un'assistenza parentale protratta nel tempo), l'accertamento andrebbe svolto al momento dell'inizio dei trattamenti (con preclusione di trattamenti successivi dell'embrione formato e permanenza del suo stato di crioconservazione). Se, invece, si volesse preferire la tutela dell'embrione, lo stesso, una volta creato, dovrebbe, comunque, essere trasferito per completare il suo sviluppo, a prescindere dal superamento dell'età limite dei soggetti richiedenti. Col che, però, si rischierebbe di allontanarsi, anche di molto, dall'emulazione dei naturali cicli biologici. E la praticabilità di questa seconda soluzione, seppure *contra legem*, appare non del tutto da escludersi in considerazione della circostanza che l'art. 12 della l. n. 40/2004 commina sanzioni per chi acceda alla PMA in violazione di tutti i requisiti soggettivi di cui all'art. 5, tranne quello dell'età".

⁹² ANTINORI S., in *"La Repubblica"*, 10 ottobre 2011, n. 720, inserto *sull'Infertilità*.

Quando non aveva ancora compiuto un mese di vita, la piccola venne lasciata sola in auto dal papà sotto casa per qualche minuto. Una vicina vedendola piangere, non esitò a denunciare alle Forze dell'Ordine tale trascuratezza. Subito venne avviata un'indagine che portò all'allontanamento della bambina da casa.

Successivamente, il Tribunale dei Minori di Torino, con sentenza in data 16/08/2011, dichiarò Viola adottabile, così motivando: “I genitori non si sono mai seriamente posti domande in merito al fatto che la figlia si ritroverà orfana in giovane età e prima ancora sarà costretta a curare i genitori anziani, che potrebbero avere patologie più o meno invalidanti, proprio nel momento in cui, giovane adulta, avrà bisogno del sostegno dei suoi genitori. Il frutto di un'applicazione distorta delle enormi possibilità offerte dal progresso in materia genetica, e la volontà di concepirla, è una scelta che, se spinta oltre certi limiti, si fonda sulla volontà di onnipotenza, sul desiderio di soddisfare a tutti i costi i propri bisogni che necessariamente implicano l'accantonamento delle leggi di natura e una certa indifferenza rispetto alla prospettiva del bambino”. Di qui il ricorso dei genitori alla Corte d'Appello di Torino, che con sentenza n. 150, in data 22/10/2012, a sua volta, recepì e fece propria la motivazione della sentenza impugnata. Avverso tale decisione, i coniugi proposero ricorso in Cassazione. I Giudici di legittimità, con la sentenza n. 25213 dell'8 novembre 2013, hanno ritenuto assolutamente scevra da ogni censura la linea di pensiero seguita in primo e in secondo grado.

Dalla Suprema Corte di Cassazione è arrivata, però, la sottolineatura – assai importante – che il ricorso all'adottabilità è legato, in questa vicenda, non all' “età avanzata dei genitori” della bambina, bensì alle “inadeguatezze” da loro mostrate rispetto “alle esigenze di sviluppo della minore”; inadeguatezze che “potrebbero essere tali anche in soggetti di assai più giovane età”.

Ora, prescindendo dalla singolarità di questa vicenda, vien da chiedersi: perché una famosa cantante italiana (Gianna Nannini), all'epoca dei fatti 55enne, e un'attrice altrettanto nota (Carmen Russo), diventata mamma a 53 anni, hanno potuto partorire e allevare tranquillamente le loro bambine e ad una donna

comune, come la madre di Viola di 58 anni, è stato, invece, impedita di vivere quest'esperienza?

L'ultimo dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40/2004 ai fini dell'accesso alle tecniche di PMA consiste in ciò che i richiedenti devono essere "entrambi viventi". Apparentemente semplice, tale presupposto è, invece, foriero di non poche problematiche. Considerato, però, che il tema della fecondazione assistita dopo la morte del *partner* è stato sviluppato nel capitolo quinto, sia consentito rinviare ad esso.

16. Esaminati i requisiti soggettivi che consentono l'accesso alla fecondazione assistita c.d. omologa, occorre ora estendere l'analisi ai presupposti oggettivi.

Sul punto si osserva che l'art. 4, comma 1, della l. n. 40/2004 limita l'accesso alle tecniche di PMA a coloro che versino in accertata condizione di sterilità o infertilità.

In proposito, va subito precisato che se nel linguaggio comune i due termini (sterilità e infertilità) vengono impiegati in modo promiscuo, dal punto di vista medico, essi vanno tenuti ben distinti. Il vocabolo "sterilità", infatti, va riferito alla incapacità dei gameti di un individuo ad innescare un meccanismo fecondativo; l'espressione "infertilità", invece, indica la situazione in cui, pur verificandosi la fecondazione, questa non è idonea a dar luogo al processo generativo a causa di condizioni patologiche della persona. È questo, a titolo di esempio, il caso in cui, pur essendosi iniziata la gravidanza, questa non venga portata a compimento a causa di ripetuti aborti spontanei.

Si deve quindi ritenere che le distinte espressioni di "sterilità" e "infertilità" usate dal legislatore non siano casuali e debbano intendersi come il riferimento che la legge n. 40/2004 vuol compiere ai sopraindicati problemi che la coppia possa trovarsi ad affrontare⁹³. Circostanza, questa, che tuttavia non è stata confermata dalle Linee guida del 2004, le quali hanno precisato che con i due termini, infertilità e sterilità (usati nel richiamato documento come sinonimi),

⁹³ VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 26 ss.

s'intende "l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti".

Le Linee guida del 2004 hanno, inoltre, previsto che il requisito oggettivo della sterilità (infertilità), a prescindere dalla ragione da cui possa derivare, debba risultare da "certificazione". A fronte delle critiche sollevate nei confronti della previsione, la quale avrebbe reso impossibile, almeno per le cause "inspiegate", una vera e propria "certificazione", la giurisprudenza⁹⁴ ha chiarito che le Linee guida andavano intese nel senso di riservare agli specialisti dei centri autorizzati alla PMA ed iscritti nell'apposito Registro di cui all'art. 11 della legge n. 40/2004 (e non, dunque, a qualunque sanitario) la competenza a certificare il presupposto per accedere alla PMA. In linea, peraltro, con quanto prevede l'art. 4 della legge 40, oggetto di vera e propria "certificazione" avrebbe dovuto essere solo la sterilità da causa accertata, mentre la sterilità da causa inspiegata avrebbe dovuto essere semplicemente "documentata" dall'atto medico. Posizione che rende dubbio, nei fatti, che la sterilità sia davvero requisito per accedere alla PMA, visto che basterebbe la dichiarazione della coppia al sanitario di non essere stata in grado di ottenere una gravidanza nei precedenti 12/24 mesi indicati dalle Linee Guida, per ottenere una "documentazione" dello stato di sterilità derivante da causa inspiegata che legittimerebbe, comunque, l'accesso alla PMA.

A ciò si aggiunge che la previsione di legge sulla necessità di essere sterile o infertile aveva creato dubbi interpretativi anche a proposito dell'accesso o meno alla PMA da parte degli "ipofertili", cioè coloro che, pur non essendo tecnicamente sterili o infertili, risultano comunque incapaci di dare origine o di portare a termine un processo riproduttivo. Nel silenzio della legge, anche in questa ipotesi sono intervenute le Linee guida del 2004, che hanno concesso a quei soggetti la possibilità di ricorrere alla PMA⁹⁵.

⁹⁴ TAR Lazio, sez. III, 9 maggio 2005, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1579 e TAR Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, 4, 1134.

⁹⁵ VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1520. Ad avviso di SESTA M., voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Treccani*, 2005, 4, le coppie ipofertili non sarebbero comunque ammesse alle tecniche.

Le Linee Guida, adottate con d.m. dell'11 luglio 2008 hanno, infine, esteso l'accesso alle tecniche in esame, altresì, alla coppia in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (*virus* HIV ed epatite B e C)

17. Oltre alle coppie sterili, infertili (ipofertili) o affette da patologie sessualmente trasmissibili, esistono, però, coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche, la cui procreazione naturale avrebbe l'effetto di dare la vita ad un individuo gravemente malato. È noto, infatti, che vi è tutta una serie di malattie genetiche assai gravi (dalla fibrosi cistica, alla talassemia, alla sindrome di Duchenne, alla Còrea di Huntington ed altre), che hanno un elevatissimo grado di possibilità di essere trasmesse al nascituro se già presenti, magari in maniera non conclamata, nei genitori. La complessità e la non ancora completa conoscenza di tali patologie fa sì che molto spesso le terapie a disposizione non consentano la guarigione.

Nel passato non troppo lontano la possibilità di individuare la eventuale presenza di malattie di tal tipo era affidata alla cosiddetta diagnosi prenatale⁹⁶, consistente in accertamenti clinici (invasivi) da compiersi sul feto. Nell'ipotesi in cui si fosse riscontrata la presenza di una malattia ovvero rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, fonti di un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, a quest'ultima era concesso ricorrere, *ex artt.* 4 o 6 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, all'aborto terapeutico⁹⁷.

Il progresso scientifico ed in particolare la possibilità di fecondare un ovulo umano in provetta e quindi al di fuori del corpo della donna (c.d. fecondazione *in*

⁹⁶ In particolare, l'accertamento diagnostico, nella fase pre-natale, può consistere in un'indagine di tipo osservazionale (c.d. ecografia), utilizzata al fine di identificare eventuali malformazioni del feto visibili, oppure in un accertamento di tipo genetico che, invece, consente di scoprire la presenza di possibili malattie congenite. Si allude, in particolare, alla villocentesi, all'amniocentesi e al recente e, ancora discusso, esame, detto del *Dna libero* o del *Dna fetale*, basato sul test del sangue materno per la diagnosi della Sindrome di Down nel feto.

⁹⁷ VILLANI R., in *"La procreazione assistita"*, cit., 60 ss.

*vitro*⁹⁸), ha consentito di anticipare la diagnosi dalla fase *pre-natale* a quella *pre-impianto*.

Nel periodo antecedente l'impianto in utero della donna, l'accertamento diagnostico sull'embrione creato in laboratorio può consistere o in una mera analisi di *tipo osservazionale*, non invasiva per l'embrione, esplicantesi nel suo esame al microscopio (c.d. esame morfologico), al fine di evidenziarne eventuali malformazioni visibili (accertamento sempre necessario per valutare se l'embrione ha raggiunto la condizione atta all'impianto in utero) o in una *diagnosi di tipo genetico*⁹⁹, indagine che, comportando la perforazione della membrana che avvolge l'embrione, è più invasiva e si concretizza nel prelievo di alcune cellule (dette blastomeri) dall'embrione, il cui DNA è analizzato in relazione al fine che mediante la diagnostica in esame si intende perseguire¹⁰⁰.

⁹⁸ Dal 1978, anno di nascita di Louis Brown, la prima bambina concepita *in vitro*, le tecniche di PMA si sono diffuse in quasi tutti i Paesi del mondo. In Italia (secondo quanto emerge dal Registro nazionale PMA dell'Istituto Superiore di Sanità) le strutture destinate alla procreazione assistita sono 358, 160 che applicano tecniche di primo livello (inseminazione intrauterina) e 198 centri di II e III livello (fecondazione *in vitro* e ICSI, iniezione di un singolo spermatozoo in un ovocita). Di questi 198 centri, solo 91 sono pubblici o convenzionati.

⁹⁹ Le prime applicazioni cliniche della PGD sono avvenute in Inghilterra, alla fine degli anni 80, in pazienti portatrici di malattie genetiche legate al cromosoma X; la determinazione del sesso degli embrioni consentì il trasferimento selettivo di quelli femminili (sani o portatori sani) allo scopo di evitare l'impianto di un embrione di sesso maschile, il cui rischio di malattia corrispondeva al 50%. Da allora si è registrata una costante evoluzione delle tecniche diagnostiche che ha condotto, da un lato, ad un maggiore affinamento delle metodiche, e dall'altro, ad un continuo aumento dell'affidabilità dei risultati ottenuti.

¹⁰⁰ Più nel dettaglio, l'esecuzione della PGD si articola nelle seguenti fasi:

1. Stimolazione ovarica, la quale viene effettuata allo scopo di indurre, nel ciclo prescelto, una maturazione contemporanea di più follicoli per poter avere a disposizione più ovociti e possibilmente più embrioni da trasferire. Questa superovulazione può essere ottenuta utilizzando varie sostanze a seconda dei differenti protocolli. Il controllo ecografico dell'ovario permette di sapere quando le uova sono giunte a completa maturazione.
2. Prelievo degli ovociti, il quale viene eseguito per via transvaginale, sotto controllo ecografico. Il liquido aspirato viene trasferito in laboratorio ed esaminato al microscopio per recuperare le uova da immergere immediatamente in un apposito liquido nutritivo.
3. Fecondazione *in vitro* mediante iniezione intracitoplasmatica (ICSI): con l'impiego di strumenti di alta precisione i biologi inseriscono un singolo spermatozoo all'interno dell'ovocita immobilizzato da una pipetta aspirante sotto il microscopio micromanipolatore.
4. Prelievo delle cellule. Le cellule da sottoporre ad analisi genetica possono essere ottenute sia dall'ovocita, attraverso il prelievo dei globuli polari (PB), che dall'embrione, mediante l'analisi dei blastomeri allo stadio di segmentazione o di blastocisti. La tecnica di prelievo consiste nel praticare un foro nella zona pellucida, parete che avvolge l'ovocita e l'embrione fino allo stadio di blastocisti. Nei centri più all'avanguardia, la perforazione della zona pellucida viene effettuata mediante l'azione di un raggio laser.
5. Analisi genetica delle cellule embrionali o dei globuli polari. A seconda della diagnosi che deve essere eseguita, le cellule vengono, quindi, poste all'interno di una provetta analitica, nel

18. Nello specifico, lo scopo della Diagnosi Genetica Preimpianto, indicata anche con l'acronimo inglese PGD (Preimplantation Genetic Diagnosis), può essere di varia utilità. Anzitutto, ci si può servire della metodica in esame per effettuare uno screening di malattie genetiche o di anomalie cromosomiche in coppie a rischio di trasmettere le stesse alla prole. In tali ipotesi, "scartando" gli embrioni che presentano un possibile problema genetico o un'alterazione cromosomica e selezionando per il trasferimento solo quelli più idonei, si può consentire alle coppie di accertarsi che il proprio embrione sia in buona salute, o comunque di evitare l'impianto di un embrione malato e il conseguente ricorso alla diagnosi prenatale e all'aborto terapeutico.

Un ulteriore fine della PGD può essere quello di tipizzare il sistema di istocompatibilità (HLA), con l'intento di preselezionare donatori per il trapianto di cellule staminali in fratelli-sorelle (detti *designers babies* o *bambini medicamento*) affetti da patologie ematologiche.

Questa recente applicazione della PGD si è rivelata particolarmente utile per malattie quali la Beta Talassemia, l'Anemia falciforme, l'Anemia Fanconi che necessitano di un trapianto di cellule staminali o midollo osseo HLA compatibile, in cui una perfetta identità molecolare tra donatore e ricevente riduce notevolmente il rischio di rigetto o altri problemi correlati ai trapianti.

Non è una novità il caso di coppie che in passato, nell'estremo tentativo di curare il proprio figlio affetto da una delle malattie sopra menzionate, si siano affidate alla "lotteria genetica" della riproduzione naturale, tentando il concepimento di un altro bambino che fungesse da donatore e valutando la compatibilità HLA solo a gravidanza avanzata, mediante la diagnosi prenatale. In questo modo sono state ottenute molte gravidanze, di cui una nel 1988 ha portato al primo trapianto di cellule del cordone ombelicale coronato da successo.

caso di analisi del DNA per la diagnosi di malattie monogeniche, o fissate su vetrini da microscopia, per eseguire l'analisi cromosomica.

6. Impianto degli embrioni (*embryo transfer*). Dopo aver effettuato l'analisi di mutazione nei blastomeri in esame, vengono trasferiti alla paziente gli embrioni che, all'esame genetico, sono risultati essere sani, cioè privi delle mutazioni ricercate. La metodica di trasferimento intrauterino è generalmente semplice e indolore, e consiste nell'introdurre un sottilissimo catetere (del diametro di circa 1-1,5 mm.) all'interno della cavità uterina attraverso il canale cervicale.

Tuttavia, bisogna considerare che la probabilità teorica di generare un figlio sano e, nel contempo, dotato dei geni HLA compatibili non è tanto alta. Molte di queste famiglie hanno dovuto, infatti, affrontare gravidanze ripetute, ritardando il trapianto e rischiando di dover scegliere la dolorosa strada dell'aborto, nel caso in cui i feti fossero risultati malati o, talvolta, anche nelle ipotesi di sola accertata non compatibilità fetale.

La PGD associata alla tipizzazione del sistema di istocompatibilità può, invece, divenire uno “strumento di terapia”, ovvero evitare il ricorso alla diagnosi prenatale, permettendo la selezione ed il successivo trasferimento in utero solo degli embrioni risultati sani ed HLA compatibili con il bambino malato della coppia.

Oltre all'utilità in ambito medico, l'accertamento diagnostico in esame può favorire anche pratiche eugenetiche¹⁰¹, consentendo, per esempio, la selezione degli embrioni per ragioni non mediche, ma puramente sociali o per bilanciamento familiare. Tale fine fa sorgere il timore che questo strumento diagnostico possa essere utilizzato per la creazione di un bambino c.d. *à la carte*, ossia per determinare le caratteristiche del nascituro (colore dell'iride, sesso) e, quindi, al fine di giungere alla creazione (*in vitro*) di esseri umani “su misura”¹⁰².

19. Alla luce di quanto sopra, con specifico riguardo al nostro ordinamento giuridico, necessita accertare se la diagnosi genetica preimpianto possa essere

¹⁰¹ Occorre, tuttavia, distinguere tra *eugenetica positiva* ed *eugenetica negativa*. A tal proposito, vedi: ROSSINI G., in “È legittimo predire e selezionare l'uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto”, 2011, 115 ss.: “La nuova eugenetica, per assicurare la sua estraneità rispetto a possibili degenerazioni si autoqualifica eugenetica negativa o terapeutica, volta esclusivamente ad evitare la nascita di persone affette da gravi patologie e si differenzia nettamente dall'eugenetica positiva, passibile di ledere la dignità umana, fino a degenerare in maniera incontrollabile”.

¹⁰² Si pensi, ad esempio, agli Stati Uniti, dove il legislatore non detta una specifica regolamentazione dei presupposti di ammissibilità e dei limiti della diagnosi preimplantatoria. Così, le cliniche che praticano la PMA ammettono il ricorso alle indagini genetiche non solo per diagnosticare la presenza di gravi malattie che potrebbero svilupparsi nei primi anni di vita del bambino (fibrosi cistica, talassemia), o anche per conoscere se l'embrione presenti il rischio di sviluppare in età adulta forme tumorali o di ammalarsi di sindromi neurodegenerative (quali il morbo di *Alzheimer*), ma anche per chiedere, e ottenere, per ragioni non strettamente mediche, ma di mera preferenza genitoriale, la PGD per la selezione del sesso del nascituro.

ritenuta ammissibile. Ove ammessa, proprio in ordine al bisogno, acutamente avvertito, occorrerà esaminarne o delimitarne, se assenti, i margini di applicabilità, sia di ordine soggettivo che oggettivo.

Sotto il primo profilo, si rileva che nella legge sulla procreazione medicalmente assistita non è individuabile una disposizione che faccia specifico riferimento alla diagnosi preimpianto di tipo genetico; per tale ragione, all'indomani della sua entrata in vigore, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate sull'ammissibilità dell'accertamento diagnostico in esame.

A parere della letteratura, le norme che possono offrirci risposte sulla liceità o meno della diagnosi genetica preimpianto sono il comma 5, dell'art. 14 e i commi 2 e 3 lett. b), dell'art. 13, della legge n. 40/2004. Il primo statuisce che "I soggetti [che si sottopongono alle tecniche di PMA] sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero". Tale disposizione, ad avviso di coloro che assumono un atteggiamento favorevole alla terapia in esame, appare significativa, perché da un lato l'informazione sulla salute dell'embrione presuppone (ovviamente) che questo sia già formato e dall'altro perché non avrebbe senso informare i genitori sullo stato di salute (e quindi sulla presenza di una eventuale malattia) dell'embrione se l'informazione si dovesse considerare fine a se stessa. Ciò che, in particolare, si è rilevato è che se un diritto all'informazione sulla salute dell'embrione è stato espressamente previsto esso deve avere qualche utilità: utilità che deve riconoscersi nella possibilità per la coppia di assumere nuove decisioni sulla base delle informazioni ricevute. E la decisione in altro non potrebbe consistere che nell'accettare o rifiutare il trasferimento in utero di un embrione risultato affetto da conclamata malattia¹⁰³.

Questo indirizzo si oppone radicalmente ad un altro orientamento, secondo cui la metodica in oggetto deve considerarsi vietata sulla base di varie considerazioni, tra le quali si ricordano: la circostanza che il ricorso alla PGD potrebbe consentire una selezione (eugenetica) tra embrioni sani e embrioni affetti

¹⁰³DOGLIOTTI M., *La legge sulla procreazione assistita*, 117 ss.; sul punto v. anche Id., *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 768 ss.

da patologie, in tal modo violandosi il disposto dell'art. 13, comma 3, lett. b) della l. 40/2004, il quale fa espresso divieto di ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni; il fatto che il divieto di PGD troverebbe, sempre ad avviso di coloro che assumono un atteggiamento contrario all'indagine in esame, conforto legislativo, pur se implicito, nell'art. 13, comma 2 della legge 40/2004. Questa norma consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano solo a condizione che si perseguano "finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione", intento che, ad oggi, non potrebbe realizzarsi non esistendo ancora terapie geniche, ossia metodologie terapeutiche che consentono di curare embrioni affetti da patologie¹⁰⁴.

20. Anche sul fronte della giurisprudenza l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto ha dato luogo a differenti posizioni.

I prodromi delle prime pronunce giurisprudenziali in materia si rinvengono in un documento, sul quale non sempre si è fermata adeguatamente l'attenzione. Si allude, in particolare, alle Linee Guida¹⁰⁵ redatte, subito dopo l'entrata in vigore della legge sulla PMA, da una commissione di esperti incaricata dall'allora Ministro della Salute Sirchia e approvate con d.m. del 21 luglio 2004. L'allegato 3 di tale documento, in relazione all'art. 13 della legge n. 40/2004, testualmente stabiliva: "È proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Ogni

¹⁰⁴ V., per tutti, C. CASINI - M. CASINI - M.C. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, Torino, 2004, 204 ss; v. anche CASINI M., *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Giur. merito*, 2008, 287.

¹⁰⁵ A tal proposito, va ricordato che la legge 19 febbraio 2004, n. 40, all'articolo 7 prevede una specifica competenza del Ministro della Salute, ovvero quella di adottare "linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita". Queste linee guida sono il risultato di un procedimento deliberativo nel quale il Ministro deve avvalersi dell'Istituto Superiore di Sanità e deve previamente assumere il parere, obbligatorio ma non vincolante, del Consiglio Superiore di Sanità. Inoltre, aggiunge la legge, le linee guida "sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate" allo svolgimento delle predette attività; la revisione periodica di tale documento, sempre con le medesime modalità procedurali deve essere effettuata, almeno ogni tre anni e "in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica".

indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale (...)"

L'impostazione giurisprudenziale più risalente, sulla scorta di quanto statuito nel richiamato provvedimento ministeriale, riconobbe la priorità della tutela dei diritti dell'embrione alla vita e all'integrità fin dal momento del concepimento e subordinò ad essi il diritto alla procreazione cosciente e responsabile¹⁰⁶.

In questo solco giurisprudenziale si inserì anche l'ordinanza del 16 luglio 2005. Con tale decisione, tuttavia, il Tribunale di Cagliari, pur confermando l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi sino ad allora a favore del divieto di PGD, qualificò, per la prima volta, non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2 e comma 3, lett. b) della l. 40/2004 per possibile contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ci si riferisce, in particolare, a tre decisioni: una emessa dal Tribunale civile e due emanate dai Giudici amministrativi. Nella controversia sottostante il primo dei suddetti provvedimenti, i ricorrenti, portatori sani di beta-talassemia, posto che da diverso tempo tentavano invano di portare a termine una gravidanza, decisero di ricorrere, quando ancora la nuova legge non era stata approvata, alle tecniche di PMA, sottoponendo gli embrioni ottenuti a PGD, al fine di conoscere la sussistenza della malattia genetica di cui essi erano portatori. Quando, nelle more della pratica, entrò in vigore la l. 40/2004, la coppia dichiarò che sarebbe stata disponibile al trasferimento in utero dei soli embrioni non affetti da malattia. Il medico si oppose a tale richiesta, sulla base delle nuove norme di legge che, a suo avviso, imponevano, all'art. 14, comma 2, l'impianto di tutti gli embrioni ottenuti. Con ricorso *ex art. 700 c.p.c.* la coppia chiese, allora, al Tribunale di Catania: di riconoscere la legittimità della propria richiesta, di disporre la crioconservazione degli embrioni non impiantati e di sollevare la questione di legittimità dell'art. 14 per violazione degli artt. 2, 3 e 32, comma 2, Cost. Il Giudice del Tribunale di Catania, con l'ordinanza del 3 maggio 2004, affermò che "la persona non ha un diritto fondamentale a produrre un figlio conforme ai suoi desideri" e che "la l. n. 40 del 2004 non comprime diritti per ragioni di ordine politico o amministrativo, ma per motivazioni connesse alla tutela della vita dell'embrione". Le questioni di costituzionalità prospettate con riguardo agli artt. 2, 3, e 32, comma 2, Cost., vennero, pertanto, ritenute manifestamente infondate. In senso conforme a tale ordinanza si pronunciò, successivamente, anche, il TAR Lazio, sez. III *ter*. In particolare, i giudici amministrativi, con le sentenze 5 maggio 2005, n. 3452 e 23 maggio 2005, n. 4047, sostennero che le Linee guida, in tema di diagnosi preimpianto, laddove qualificavano proibita ogni diagnosi a finalità eugenetica, consentendo solamente un'indagine di tipo osservazionale dello stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, non si ponevano in contrasto con gli artt. 13 e 14 della l. 40/2004 e con il bilanciamento di valori da tali norme effettuato dettando misure di tutela dell'embrione.

¹⁰⁷ La vicenda riguardava una coppia di coniugi - portatori sani di beta-talassemia e con problemi di sterilità - che, dopo vani tentativi di dar vita a una gravidanza spontanea, decisero di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La prima gravidanza, instaurata mediante fecondazione *in vitro*, venne interrotta a causa della patologia genetica trasmessa dai genitori al feto, emersa nel corso della diagnosi prenatale. La coppia, ricorrendo una seconda volta alle tecniche di procreazione assistita, decise di richiedere l'esecuzione della diagnosi genetica dell'embrione, al fine di verificare l'eventuale trasmissione della malattia genetica e il conseguente impianto in utero dei soli embrioni sani. Il medico si rifiutò di eseguire l'indagine, seguendo la corrente interpretativa della l. 40/2004 emersa sino ad allora, ad avviso della quale la diagnosi

Il Giudice delle leggi, investito della questione, optò per la sua inammissibilità, deludendo, in tal modo, le aspettative di chi sperava in un intervento chiarificatore della problematica. In particolare, la Consulta, con l'ordinanza del 9 novembre 2006, n. 369¹⁰⁸, dichiarò la questione sollevata dal Giudice cagliaritano manifestamente inammissibile, in virtù di una contraddizione in cui il Tribunale rimettente era incorso nel sollevare l'eccezione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita nella parte relativa al divieto di praticare la PGD (ovvero ad avviso del giudice rimettente nella parte relativa all'art. 13 comma 2 e comma 3, lett. b) della legge 40/2004), che secondo l'impostazione della medesima ordinanza di rimessione, sarebbe desumibile anche da altri articoli della stessa legge (quali l'art. 14, commi 1, 2, 3 e 5 e l'art. 6, comma 3), non impugnati, nonché dall'esegesi dell'intero testo legislativo alla luce dei suoi criteri ispiratori. Pertanto, ad avviso dei giudici della Corte, una sentenza di accoglimento sarebbe stata *inutiliter data*, posto che il profilo impugnato avrebbe continuato a permeare l'intero testo di legge sulla procreazione medicalmente assistita.

Il *revirement* giurisprudenziale ebbe inizio nel 2007 con due provvedimenti: una sentenza del Tribunale di Cagliari¹⁰⁹ e un'ordinanza del Tribunale di Firenze¹¹⁰, con le quali, per la prima volta, si affermò la legittimità dell'indagine genetica preimpianto sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge 40/2004.

preimpianto era da considerarsi vietata a norma dell'art. 13, n. 2, l. 40/2004. A fronte di tale rifiuto, i coniugi adirono il giudice al fine di ottenere in via cautelare la possibilità di ricorrere alla diagnosi preimpianto dell'embrione formato e crioconservato.

¹⁰⁸ Foro it. 2007, 3, I, 698; TRIPODINA C. "Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)", in *Dir. famiglia* 2007, 1, 21.

¹⁰⁹ Sentenza del 22 settembre 2007 n. 2508, in *Guida al diritto*, 2007, 46, 59.

¹¹⁰ Ordinanza del 17 dicembre 2007, in *Guida al diritto*, 2008, 3, 53. Nella controversia sottostante tale provvedimento, una coppia sterile, in cui la donna era portatrice di una malattia di nome esostososi (patologia genetica che causa l'incontrollato accrescimento delle cartilagini) a causa di un'alta percentuale di trasmissibilità della malattia al nato richiese, in sede di accesso alle tecniche di PMA, l'effettuazione della PGD. Il medico fondò le ragioni del suo rifiuto sul divieto di PGD posto dalle Linee guida, che consentivano solo l'indagine di tipo osservazionale. La coppia richiese, dunque, in via d'urgenza, al Tribunale il riconoscimento del diritto all'impianto dei soli embrioni risultati sani dall'esito della diagnosi e la possibilità di crioconservazione degli embrioni affetti dalla patologia.

I giudici di merito, in particolare quello cagliaritano, evidenziarono la legittimità della metodica in esame in funzione del diritto alla salute della donna e del diritto dei genitori ad essere informati sullo stato di salute degli embrioni prodotti sancito, e penalmente sanzionato, dall'art. 14, comma 5, l. 40/2004.

A ciò aggiunsero che, a loro avviso, neppure dal comma 3, lett. b), dell'art. 13 fosse possibile desumere con certezza il divieto di eseguire la PGD, in quanto il proibire possibili operazioni eugenetiche non comporta espressamente alcun divieto di praticare le tecniche in esame con intendimento terapeutico.

I giudici, inoltre, fecero riferimento alla disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza rilevando che la previsione di un obbligo di impianto degli embrioni malformati dovesse essere ritenuto del tutto irrazionale, laddove la legge n. 194 del 1978 consente l'interruzione volontaria di gravidanza per problemi di salute della donna derivanti anche da previsioni di anomalie o malformazioni del feto.

Entrambe le decisioni ritennero poi illegittime, in relazione all'art. 12 della Convenzione di Oviedo del giugno 1996¹¹¹, e, quindi, disapplicabili per eccesso di potere, le Linee Guida ministeriali del 22 luglio 2004. Ciò in quanto detto provvedimento governativo, avente il mero compito di fornire specifiche dal punto di vista tecnico e non anche quello di effettuare un'interpretazione del dato legislativo, posto il silenzio della l. n. 40/2004 in materia di PGD, si poneva, ad avviso degli organi giudicanti, in contrasto con la legge stessa.

In sintonia con l'evoluzione della giurisprudenza ordinaria si espresse, successivamente, anche il TAR Lazio. In particolare, i giudici amministrativi, con la sentenza n. 398 del 21 gennaio 2008¹¹², annullarono, per eccesso di potere, il provvedimento ministeriale del 2004 nella parte in cui statuiva che ogni indagine

¹¹¹ Che testualmente sancisce: "Non si potrà procedere a dei test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e sotto riserva di una consulenza genetica appropriata".

¹¹² Foro it. 2008, 4, III, 207; ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III T.A.R. Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2735.

relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 13, comma 5, sarebbe dovuta essere di tipo *osservazionale*.

Quest'ultima sentenza non solo non fu impugnata innanzi al Consiglio di Stato, ma venne anche recepita dal Ministero della Salute, che adottò con d.m. dell'11 luglio 2008 le nuove Linee Guida, firmate dall'allora Ministro Livia Turco, le quali, con riferimento alla PGD, introdussero le seguenti novità:

- a) l'estensione della possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alla coppia in cui l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili (*virus* HIV ed epatite B e C) essendovi, in questi casi, un elevato rischio di contagio della malattia alla madre e al feto;
- b) la necessità che ogni centro per la PMA assicuri la presenza di un adeguato sostegno psicologico alla coppia;
- c) l'eliminazione dei commi delle precedenti linee-guida che limitavano la possibilità di indagine a quella di tipo osservazionale.

21. Il TAR Lazio, sempre con la sentenza n. 398 del 2008, oltre alla questione relativa alle Linee Guida adottate nel 2004, affrontò anche il problema concernente il divieto di produrre non oltre tre embrioni da impiantare tutti contestualmente, nonché quello avente ad oggetto il divieto di crioconservazione degli stessi.

Nello specifico, i giudici amministrativi sollevarono questione di legittimità dell'art. 14, commi 2 e 3, della l. 40/2004, per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza e dell'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna e del feto.

Il menzionato provvedimento del Tar Lazio non rimase isolato: la stessa eccezione di incostituzionalità venne sollevata, infatti, pochi mesi dopo, anche da due ordinanze del Tribunale di Firenze (la n. 323 del 21 luglio 2008 e la n. 382 del

26 agosto 2008¹¹³). Nel dettaglio, i giudici fiorentini oltre ad evidenziare la medesima questione, contestarono, altresì, la costituzionalità:

- a) dell'art. 14, comma 1, l. 40/2004, nella parte in cui vieta la crioconservazione degli embrioni, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.;
- b) dell'art. 14, comma 4, relativamente al divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime, per violazione degli artt. 2, 3, 13, 32 Cost.;
- c) dell'art. 6, comma 3, della legge 40/2004, nella parte in cui sancisce che la revoca del consenso sull'impianto in utero degli embrioni prodotti possa essere effettuata fino alla fecondazione dell'ovulo, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

La Corte costituzionale, intervenuta per risolvere le questioni sollevate dal Tar Lazio e dal Tribunale di Firenze, con la pronuncia n. 151 dell'8 maggio 2009¹¹⁴ aderì all'impostazione dei giudici amministrativi e dichiarò, invece, inammissibile, per difetto di interesse, le ulteriori questioni sollevate dai giudici fiorentini, che avevano cercato, palesemente, di "colpire" la l. n. 40 del 2004 nella sua organicità¹¹⁵.

¹¹³ Foro it. 2008, 11, I, 3354

¹¹⁴ Foro it. 2009, 9, I, 2301. Vedi: GIACOBBE E. "La festa della mamma. Osservazioni "a caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151", in *Giust. civ.* 2009, 6, I, 1177; CASINI M. "La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004"; in *Dir. famiglia* 2009, 3, 991; TRIPODINA C. "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena difendere", in *Giur. cost.* 2009, 3, 1656. La sentenza è stata accolta con favore dalla dottrina. Secondo DOGLIOTTI M., "La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna", in *Famiglia e Diritto*, 2009, 768, con tale decisione si è aperto "uno spiraglio in una legge rigida, sanzionatoria, ed a tratti contro la donna" ed è probabile che aumenteranno le questioni di costituzionalità relative alla legge n. 40. Secondo SESTA M., "La procreazione medicalmente assistita tra legge, corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica", in *Famiglia e Diritto*, 2010, 845 e FERRANDO G., "Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475, con detta pronuncia, viene restituita dignità al medico e ne viene valorizzato il ruolo.

¹¹⁵ Va, tuttavia, evidenziato che le questioni sollevate dal Tribunale di Firenze (con l'ordinanza n. 323 del 21 luglio 2008 e con l'ordinanza n. 382 del 26 agosto 2008) sono state, dal medesimo Tribunale, nuovamente poste al vaglio della Corte Costituzionale con l'ordinanza 7 dicembre 2012, n. 4942. Si allude, in sostanza, alla tematica relativa alla destinazione degli embrioni non utilizzati e abbandonati dai genitori ed a quella concernente l'impedimento a revocare il consenso alla PMA. A tal proposito, vedi GATTI S., *Procreazione assistita: regole ancora nella bufera ma il nodo è la destinazione degli embrioni congelati*; nonché PORRACCILO A., *Altro punto sottoposto al vaglio della Consulta l'impedimento a revocare il consenso alla PMA*, in *Guida al diritto*, 2013, 8, 17 ss.

In particolare, i giudici costituzionali, sotto il profilo del diritto alla salute (art. 32 Cost.), rilevarono che la normativa sulla PMA, così come originariamente formulata, non permetteva di proteggere adeguatamente la salute della donna. Ciò perché, in caso di insuccesso del primo impianto, il limite numerico di embrioni producibili e trasferibili in utero determinava una moltiplicazione dei cicli di iperstimolazione ovarica con il conseguente rischio di pregiudizio per la salute fisica e psichica della donna.

Sotto il profilo della ragionevolezza, invece, la normativa è stata censurata dalla Corte costituzionale perché privava il medico della possibilità di prendere decisioni che tenessero conto delle situazioni concrete, in particolare delle condizioni fisiche delle pazienti (come l'età giovane o adulta della donna e i tentativi infruttuosi precedenti), in funzione di una valutazione sulle effettive possibilità di successo della pratica da effettuare.

Per tali motivi, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 151/2009, affermò che l'art. 14, comma 2, l. 40/2004, va letto nel senso che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello “*strettamente necessario*”, secondo una valutazione che deve essere effettuata, nella fattispecie concreta, dal medico e che tenga conto di diversi fattori in gioco, quali, ad esempio, l'età o lo stato di salute della donna.

La Consulta dichiarò, inoltre, incostituzionale il comma 3 dell'art. 14, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato “*senza pregiudizio della salute della donna*”. Ciò ha comportato, una deroga al divieto generale di crioconservazione, disposto dal comma 1 dell'art. 13, in quanto gli embrioni prodotti, in numero superiore a tre e non impiantati per scelta medica, sono stati, a partire da tale momento, necessariamente sottoposti alla tecnica di congelamento.

Questa storica pronuncia della Corte costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009 sebbene non abbia trattato espressamente la problematica relativa alla diagnosi preimpianto ne ha, comunque, influenzato la portata.

Dalla decisione (ed, in particolare, in virtù dell'abolizione del limite prestabilito di embrioni producibili, dell'introduzione della deroga al divieto

generale di crioconservazione e delle maggiori possibilità decisionali e di intervento riconosciute al medico) la dottrina quasi unanimemente ha dedotto, con un automatismo che desta qualche perplessità, l'ammissibilità della pratica diagnostica in oggetto¹¹⁶.

L'itinerario tracciato dalla richiamata letteratura è stato, peraltro, seguito anche dalla giurisprudenza di merito. Ci si riferisce, in particolare, all'ordinanza del 29 giugno 2009, con la quale il Tribunale di Bologna ha ordinato, con provvedimento di urgenza, in relazione ad una coppia infertile, in cui la donna era affetta anche da una grave malattia geneticamente trasmissibile, la produzione di un minimo di sei embrioni, da sottoporsi a diagnosi preimpianto, e l'impianto, sempre con il consenso della paziente, dei soli embrioni che non presentavano quella patologia, nonché la crioconservazione di quelli di cui non era possibile l'immediato trasferimento.

Sempre nel contesto della propensione della dottrina e della giurisprudenza più recenti a sostenere l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto, va annoverata l'ordinanza emessa dal Tribunale di Cagliari il 9 novembre 2012¹¹⁷. Questo provvedimento, tuttavia, pur collocandosi in un solco giurisprudenziale già tracciato a partire dal 2007, contiene nuovi argomenti a sostegno della liceità della PDG. In particolare, la novità dell'ordinanza in esame va colta nel passaggio relativo alla concreta attuazione del *dictum* giudiziale. L'Azienda sanitaria convenuta aveva, infatti, dedotto di non poter eseguire l'esame diagnostico sugli embrioni, sostenendo di non essere in possesso né di idonee strutture né delle necessarie risorse umane.

Il giudice sardo ha disatteso il rilievo, osservando che l'articolo 32 della Costituzione, nel prevedere che la salute costituisce un fondamentale diritto

¹¹⁶SALANITRO V.U., *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 85; SESTA M., *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9/2010, p. 839; DOGLIOTTI M., *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento di embrioni a tutela della salute della donna*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 764; VILLANI R., *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475.

¹¹⁷PORRACCILO A.: "Il giudice può ordinare al personale sanitario di effettuare la diagnosi genetica preimpianto", in *Guida al Diritto*, 2013, 8, 35 ss.

dell'individuo, ne impone un'incondizionata protezione e rende dunque irrilevante il fatto che il Servizio di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale non sia iscritto nel registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, previsto dall'articolo 11 della legge 40/2004.

Peraltro, così si legge ancora nell'ordinanza, qualora la struttura sanitaria pubblica dovesse trovarsi nell'impossibilità di fornire direttamente la chiesta prestazione sanitaria, si potrà usufruire dell'erogazione indiretta mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie, così come previsto dall'articolo 3, comma 2, della legge 595/1985¹¹⁸.

In esecuzione dell'appena menzionata ordinanza, l'ASL cagliaritano con la Delibera n.1158 del 26 giugno 2013 ha stipulato una convenzione esterna con una struttura privata convenzionata. Grazie a questo provvedimento, le coppie che hanno bisogno di diagnosi preimpianto potranno ottenere l'indagine diagnostica accedendo al trattamento di fecondazione assistita direttamente presso l'Ospedale "Microcitemico" di Cagliari con invio delle cellule da analizzare presso il Centro Ospedaliero "Genoma" di Roma. Il che comprova la concreta possibilità per l'ASL territorialmente competente di provvedere direttamente ovvero avvalendosi dei centri specializzati esistenti.

22. Il determinante supporto della recente giurisprudenza, che è giunta a sostenere, in assenza di una legislazione specifica in tema di PGD e, quindi, tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata della l. 40/2004, l'ammissibilità della tecnica in esame, pone, in termini concreti, il problema di definire i contorni di applicabilità, sia di ordine soggettivo che oggettivo, di detta metodica.

Per ciò che concerne i primi, controversa appare la questione, tutt'altro che sopita, relativa all'accesso alla PGD per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche, la cui procreazione naturale avrebbe l'effetto di dare la vita ad un

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 3, comma 2, della l. 595/1985 le leggi regionali e provinciali stabiliscono quali prestazioni sanitarie possono essere erogate anche in forma indiretta, nel caso in cui le strutture pubbliche o convenzionate siano nella impossibilità di erogarle tempestivamente in forma diretta.

individuo gravemente malato. Discusso, in particolare, è il problema volto a stabilire se, sul fronte giurisprudenziale gli interventi susseguitisi in materia dal 2007 ad oggi, possano consentire il superamento dell'asserito divieto alla PGD anche per i genitori fertili, ma portatori di patologie genetiche.

Qui il pensiero corre in primo luogo all'ordinanza emessa il 9 gennaio 2010 dal Tribunale di Salerno. Con tale provvedimento il Giudice Antonio Scarpa, attraverso un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 4 l. 40/2004, ha autorizzato per la prima volta una coppia di genitori, non sterili e non infertili, portatori sani dell'atrofia muscolare, ad accedere alla diagnosi preimpianto.

Nel dettaglio, l'Organo giudicante ha considerato irragionevole non garantire alla donna il diritto a conoscere se l'embrione è affetto da patologie genetiche tramite diagnosi preimpianto, mentre le viene riconosciuto il diritto di abortire un feto malato.

Dopo l'emanazione di questa ordinanza, la senatrice Dorina Bianchi (relatrice del disegno di legge n. 1514 poi diventato legge n. 40 del 2004) depositò immediatamente una interrogazione parlamentare a risposta scritta, con la quale, partendo dalla premessa che, a suo avviso, nel contemperamento dei diritti sanciti costituzionalmente, la tutela del diritto alla salute della donna, all'informazione nel trattamento sanitario e alla procreazione cosciente e responsabile non deve aprire la strada ad un "*non diritto alla vita del disabile*", invocò un intervento del Ministro in indirizzo, chiedendo, in particolare, di tracciare delle linee guida volte ad evitare che l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto fosse consentito anche a coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche¹¹⁹.

A sostegno della sua richiesta ricordò la presa di posizione dell'*ex* Presidente della Corte costituzionale, Cesare Mirabelli, il quale aveva dichiarato al quotidiano "*Avvenire*" che il giudice in presenza di un dubbio di legittimità costituzionale in merito ai soggetti che possono accedere alla fecondazione assistita, anziché emanare una sentenza creativa, avrebbe dovuto impugnare la legge davanti alla Consulta.

¹¹⁹ Atto n. 4-02538 – pubblicato il 19 gennaio 2010 – Seduta n. 314

L'allora ministro della Salute Ferruccio Fazio, attuando una strategia elusiva su questi temi, non intervenne sulla citata interrogazione parlamentare, lasciando tale compito al sottosegretario di Stato Eugenia Roccella che, il 1° marzo 2011 (ovvero dopo un anno) all'interrogazione parlamentare rispose qualificando particolarmente grave la pronuncia del giudice del Tribunale di Salerno, che, a suo avviso, ha consentito, in contrasto con il diritto a nascere del concepito, l'eliminazione di un embrione perché disabile, a fronte di un presunto diritto alla genitorialità, in realtà mai qualificato dalla legge in termini di assolutezza.

Sulla scorta di tale considerazione, il sottosegretario Roccella, come accennato nella risposta all'interrogazione parlamentare, propose l'adozione di nuove Linee Guida (il cui iter legislativo è stato, però, interrotto in seguito alla formazione di un nuovo Governo) che avrebbero espressamente consentito l'accesso alla PGD alle sole coppie sterili, infertili o affette da patologie sessualmente trasmissibili¹²⁰.

23. Nonostante le copiose critiche suscitate dall'ordinanza emessa dal Tribunale di Salerno, la questione in esame è rimasta immutata sino al 28 agosto 2012, quando la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) è intervenuta, affrontando per la prima volta il tema della diagnosi genetica preimpianto.

Secondo la sentenza della Corte europea, il sistema legislativo italiano “manca di coerenza”. Da una parte la legge n. 40/2004 non permette ai portatori di malattie genetiche di effettuare un'analisi sull'embrione, ma dall'altra la legge n. 194/1978 consente l'aborto terapeutico quando dalla diagnosi prenatale (da compiersi sul feto, addirittura, quindi, in fase ben più avanzata della gravidanza)

¹²⁰ SALERNO M., “*Procreazione assistita: la riscrittura della legge passa di nuovo per le modifiche alle linee guida*”, in *Guida al diritto*, 2011, 48, 6 ss: “Una delle ultime azioni del Governo Berlusconi è stata quella di consegnare sul tavolo dell'Istituto superiore della sanità le nuove modifiche delle linee guida alla legge sulla procreazione medicalmente assistita. Il testo conferma la possibilità di ricorrere alle tecniche della fecondazione per chi ha patologie infettive come Hiv ed Epatite A e B, ma tiene fuori coloro che sono affetti o portatori sani di gravi malattie genetiche”.

si riscontri la presenza di una malattia o di gravi malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute della donna.

Ne deriva – hanno scritto i giudici nella sentenza del 28 agosto - la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti umani. Questa disposizione prevede, in particolare, il diritto di ogni persona “al rispetto della propria vita privata e familiare” (comma 1), e non consente alcuna “ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che la stessa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”¹²¹.

Il Governo italiano, si legge in un altro passaggio, aveva giustificato l'interferenza al fine di tutelare la salute dei bambini e le donne, la dignità e la libertà di coscienza degli operatori sanitari ed evitare il rischio di eugenetica. A questo proposito, la Corte ha rilevato che non si comprende perché tali rischi dovrebbero sussistere quando la coppia chiede la diagnosi preimpianto per evitare la trasmissione di una malattia genetica grave e non quando serve ad evitare il passaggio di malattie virali trasmissibili.

Di qui la condanna all'Italia e l'obbligo per lo Stato di versare ai ricorrenti 15mila euro per i danni non patrimoniali e 2.500 euro per le spese processuali.

Avverso tale sentenza, il Governo italiano, l'ultimo giorno utile, ovvero il 28 novembre 2012, depositava presso la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, quale Giudice di seconda istanza, la domanda per il riesame.

Nel dettaglio, l'Avvocatura Generale dello Stato aveva eccepito l'assenza della qualità di vittima della coppia ricorrente sostenendo che non era stata rispettata la condizione di ricevibilità prevista dall'articolo 35 della Convenzione che, tra l'altro, stabilisce che il ricorso per essere dichiarato ricevibile deve essere presentato a Strasburgo solo quando la presunta vittima abbia esaurito i ricorsi interni. Questo significa che fino ad una pronuncia giurisdizionale definitiva lo Stato, tramite i propri giudici, può rimediare alla violazione e assicurare la piena attuazione dei diritti convenzionali. Tale condizione, in sostanza, assicura il pieno

¹²¹ Caso Costa-Pavan, richiesta 54270/2010.

rispetto del principio di sussidiarietà: è compito primario degli Stati garantire l'attuazione dei diritti dell'uomo e solo nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile subentra un organo giurisdizionale internazionale.

Ciò premesso, se è vero che, nel caso all'attenzione di Strasburgo, la coppia non aveva fatto ricorso ad alcun Tribunale per avvalersi della diagnosi preimpianto, è anche vero che, ad analizzare l'ordinamento interno, risulta evidente l'assenza di un rimedio specifico. In questi casi, come precisato dalla Corte nella sentenza del 28 agosto 2012, spetta al Governo dimostrare che non solo esistono rimedi, ma che la prassi giurisprudenziale attesta l'effettività di potersi avvalere di uno strumento per ottenere la piena attuazione di un diritto che i ricorrenti ritengono leso.

Tra i precedenti giurisprudenziali, il Governo italiano si era limitato a citare l'ordinanza del 13 gennaio 2010 del Tribunale di Salerno con la quale il giudice ha autorizzato una coppia non sterile, per la prima volta, alla diagnosi preimpianto. Un atto isolato, di un giudice di merito. Risultava, pertanto, difficile, ritenere l'effettività del rimedio, tanto più partendo dal presupposto che sulla scorta della citata sentenza è stata proposta un'interrogazione parlamentare la cui risposta prevedeva l'adozione di nuove Linee Guida che non avrebbero, comunque, esteso l'accesso alla metodica in esame alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

Meritevole di assenso risulta, pertanto, il provvedimento non motivato con il quale il 12 febbraio 2013, la Grande Chambre della Corte europea dei diritti umani ha rigettato il ricorso proposto dal Governo italiano¹²².

¹²² Come è noto, nel sistema disegnato dalla Convenzione il rinvio alla Grande Camera di un caso già deciso in primo grado è consentito soltanto laddove "*la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale*", a giudizio di un collegio di cinque giudici della stessa Grande Camera, i quali sono così chiamati ad una valutazione preliminare di ammissibilità del ricorso (art. 43 CEDU). Nell'ipotesi, come quella in esame, in cui non vengano ritenute sussistenti le condizioni predette, i giudici comunicano semplicemente il rigetto della richiesta di riesame senza alcuna motivazione, e la sentenza impugnata diviene definitiva ai sensi dell'art. 44 comma 2 lett. c) CEDU.

24. Stante il rigetto della richiesta di rinvio del caso alla Grande Chambre, occorre ora stabilire se l'efficacia immediata e diretta della sentenza CEDU del 28 agosto 2012 sia limitata (considerata la sua natura dichiarativa) alla valenza della condanna risarcitoria posta a carico dello Stato per l'accertata violazione del diritto protetto dalla Convenzione nei confronti della coppia, vittima della violazione stessa, ovvero se l'accertamento della violazione sia destinato a ripercuotersi sul diritto interno.

Sul punto, in via preliminare, necessita ricordare che, ai sensi del comma 1 dell'art. 46 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

Per molto tempo, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che l'obbligo posto dall'art. 46, comma 1, si sostanziasse in via esclusiva nel pagamento della somma di denaro stabilita dalla Corte a titolo di equa soddisfazione (per l'impossibilità di porre in essere la *restitutio in integrum*), ritenendo che tale riconoscimento precludesse ulteriori misure, tanto più in quanto esse non entravano nel dispositivo della sentenza.

L'obbligo dello Stato di adottare, se del caso, misure di carattere individuale o generale per far cessare la constatata violazione, eliminarne le conseguenze ovvero prevenire analoghe violazioni, rimaneva sostanzialmente privo di reale efficacia normativa.

La svolta nella giurisprudenza della Corte avvenne in via interpretativa con la sentenza del 13 luglio 2000, relativa al caso *Scozzari e Giunta contro Italia*, nonché del 27 febbraio 2001, relativa al caso *Lucà contro Italia*, nelle quali la Corte affermò il principio secondo cui la *restitutio in integrum* conseguente alla violazione dei diritti umani costituisce un obbligo gravante integralmente sullo Stato membro, posta l'accessorietà dell'equa soddisfazione rispetto all'obbligo delle Parti contraenti a conformarsi alle decisioni della Corte.

In sostanza, questa giurisprudenza stabilì, per la prima volta in modo esplicito, che lo Stato condannato è chiamato non solo a versare agli interessati le somme eventualmente accordate, ma anche, e soprattutto, a scegliere le misure

generali e/o, se del caso, individuali destinate a porre termine alla violazione constatata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze.

Nelle more dell'intervento legislativo, risulta, però, evidente l'inevitabile insorgenza del problema costituito dall'esatta esecuzione delle sentenze CEDU.

A tal proposito, occorre anzitutto ricordare che a seguito dell'introduzione, nel primo comma dell'art. 117 Cost.¹²³ e, quindi, del limite del rispetto, per il legislatore statale, degli obblighi internazionali, si è sviluppato, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale¹²⁴, un orientamento volto a subordinare la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e della connessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La stessa Corte ha precisato ulteriormente il modo di operare dei vincoli internazionali nel nostro ordinamento¹²⁵; ne è derivato un quadro abbastanza chiaro nel quale si possono tracciare i seguenti punti fermi¹²⁶.

Il primo dato pacifico che emerge da queste decisioni è la preminenza del diritto convenzionale sulle norme interne; tuttavia, a differenza che per il diritto comunitario¹²⁷, ciò non comporta la possibilità di un controllo diffuso da parte del giudice nazionale, il quale non può disapplicare la legge italiana, ma deve tentare, ove possibile, di interpretarla conformemente alle norme della CEDU, nell'applicazione offerta dalla Corte di Strasburgo, fino a dove ciò sia consentito

¹²³ Il quale, così come novellato dalla legge n. 3 del 2001, stabilisce che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

¹²⁴ Per un significativo contributo sull'argomento v. M. Trimarchi, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in Eur. dir. priv., 2009,1021; R. M. Bova, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla CEDU*, in Eur. dir. priv., 2007, 541.

¹²⁵ Sul rango e sull'efficacia delle norme della CEDU e sul ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea, cfr. la nota redazionale alle sent. nn. 311 e 317 del 2009; poi nn. 93, 163, 187, 196 e 205 del 2010, 1, 31 e 80 del 2011.

¹²⁶ Sul punto, v. LA ROSA S., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Corriere Giuridico* n. 12/2010; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere Giuridico* n. 7/2010.

¹²⁷ La Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349/2007 precisa, infatti, che la Cedu non può essere assimilata al diritto comunitario, perché da un lato non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e di conseguenza è da considerarsi diritto internazionale pattizio capace di vincolare lo Stato, ma non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne in contrasto. Ad avviso della Corte cost. l'art. 117 Cost. "distingue in modo significativo, i vincoli derivanti dall' "ordinamento comunitario" da quelli riconducibili agli "obblighi internazionali"" (sent. n. 348 par. 3.3).

dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Qualora ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale, deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., divenendo, in tal modo la Convenzione, un parametro interposto per il giudizio di costituzionalità, accentrato, dunque, nelle mani del giudice delle leggi.

Il secondo punto è costituito dalla circostanza che l'interpretazione delle norme CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo vincola, *ex art. 46* della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, tutti gli organi interni nazionali, quindi sia i giudici ordinari, quando effettuano un'interpretazione conforme della legge italiana alla Convenzione, sia i giudici costituzionali, laddove siano chiamati a decidere sui dubbi di costituzionalità che vengono loro sottoposti per possibile contrasto con la Convenzione¹²⁸.

In questo quadro di diritto internazionale pattizio si colloca la sentenza del 26 settembre 2013¹²⁹, con la quale il Giudice Capitolino, adito proprio dai coniugi (Costa e Pavan) che si erano precedentemente rivolti alla Corte Edu, ha sostenuto

¹²⁸ Va, poi, ricordato che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, reca due importanti modifiche all'art. 6 del TUE, il quale, ai paragrafi 2 e 3 stabilisce che l'Unione europea "aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e "i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Nonostante si siano registrate due pronunce dei giudici amministrativi in senso contrario (Cons. St. sez. IV, 2 marzo 2010, n. 122 e Tar Lazio, 18 maggio 2010, n. 11894), l'orientamento prevalente è però nel senso della non avvenuta "comunitarizzazione" della CEDU. Ciò in quanto, l'art. 6 del Trattato non ha espressamente parificato il valore giuridico delle norme comunitarie e di quelle CEDU, così come è avvenuto per le disposizioni della Carta di Nizza. Mentre quest'ultima acquisisce oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati, divenendo diritto comunitario, con tutte le conseguenze in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali, soprattutto quanto alla possibilità di disapplicazione da parte del giudice nazionale di una legge interna contrastante con una norma della Carta di Nizza, diverso discorso va fatto per la CEDU. Anche se il TUE, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente l'adesione dell'Unione alla CEDU, ciò non implica l'equiparazione della Convenzione al diritto comunitario, bensì, semplicemente, una sua utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione. Siffatto orientamento ha trovato, tra l'altro, conforto in più decisioni del giudice delle leggi (C. Cost. nn. 93, 163, 187, 196 e 205 del 2010; 1, 31 e 80 del 2011), successive alla ratifica del Trattato di Lisbona, con cui la Corte, incidentalmente, ha precisato che il giudice nazionale non può disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU. Sul punto, v. LA ROSA S., *Procreazione medicalmente assistita*, cit.

¹²⁹Reperibile in <http://www.magistraturademocratica.it> (consultato in data 23 gennaio 2014).

che “il principio secondo il quale il divieto di accesso dei coniugi ricorrenti, in quanto portatori sani di grave malattia ereditaria e come tale trasmissibile al concepito, alla PMA attraverso la selezione pre-impianto degli embrioni è in contrasto con l’art. 8 CEDU, si allinea con l’interpretazione data dalla Corte costituzionale alla l. 40/2004 con la citata sentenza n. 151/2009 che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 14, 2° e 3° comma, secondo la quale la tutela apprestata dalla novella all’embrione non è assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela delle esigenze della procreazione ed il diritto alla salute della donna sotto il profilo sia fisico sia psichico ed eventualmente del feto, fermo restando il rispetto del limite che le acquisizioni scientifiche, chiamato ad applicare le quali è soltanto il medico che opera in concreto le necessarie scelte professionali, pongono alla discrezionalità legislativa: ne consegue che la selezione, mediante diagnosi pre-impianto, degli embrioni non affetti dalla patologia di cui entrambe le parti sono portatrici trova la sua piena legittimità assolvendo non già a finalità di selezione della specie, bensì alla necessità di tutela della madre evidenziata dalla stessa Corte costituzionale”.

Pertanto, ad avviso del Giudice capitolino, “non soltanto l’illegittimità dell’art. 4, 1° comma l. 40/2004 affermata dalla Corte Europea non si pone sotto alcun profilo in contrasto con i principi consacrati nella Costituzione italiana, ma, al contrario, è proprio il divieto di accesso alla PMA per le coppie fertili e al contempo portatrici di gravi malattie ereditarie a porsi in assoluta dissonanza con il diritto alla salute consacrato nella Carta fondamentale tra i diritti assoluti (art. 32 Cost.), non essendosi il legislatore del 2004 fatto carico di prendere in esame quello stesso “pericolo per la salute psico-fisica della donna” che pure quasi 30 anni addietro aveva ritenuto, con la legge n. 194/1978, causa legittimante l’interruzione della gravidanza che, ove eseguita oltre i 90 giorni, così come è previsto nelle ipotesi di anomalie o malformazioni del nascituro, non è neppure più tecnicamente configurabile come “aborto”, realizzandosi invece attraverso un vero e proprio intervento chirurgico”.

Sulla scorta delle esposte considerazioni, il Tribunale di Roma ha escluso la necessità di sollevare questione di illegittimità costituzionale in relazione alla

norma in esame e ha sostenuto di dover necessariamente interpretare l'art. 4 della l. 40/2004, in conformità a quanto disposto dalla sentenza pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 28 agosto 2012.

Quanto, infine, alle problematiche di natura esecutiva evidenziate dall'Amministrazione resistente comportanti a suo avviso l'inammissibilità dell'azione per non essere il Servizio Sanitario Nazionale in grado di praticare in via diretta la diagnosi pre-impianto per mancanza delle strutture e dei mezzi tecnici necessari, e per essere stata espressamente abrogata con il d.lgs. 502/1992 l'assistenza in forma indiretta, ad avviso del Giudice Donatella Galterio ogni questione risulta superata dalla citata delibera n.1158 del 26.6.2013 con cui il Direttore della ASL di Cagliari ha affidato al laboratorio GENOMA s.r.l. di Roma, centro operante nel settore della diagnosi genetica pre-impianto, l'esecuzione delle analisi in esame; il che comprova la concreta possibilità per la ASL territorialmente competente nella fattispecie in discorso di provvedere direttamente ovvero avvalendosi dei centri specializzati già esistenti.

Contrariamente a quanto statuito con la sentenza del 23 settembre 2013, il Giudice Filomena Albano della medesima Sezione del Tribunale di Roma, nell'esaminare un ricorso sostanzialmente analogo proposto avverso il diniego, espresso dall'ente pubblico sanitario, alla domanda di "accedere alla diagnosi preimpianto", formulata da una coppia di coniugi nella quale la donna è portatrice sana di una malattia genetica, con l'ordinanza del 14 gennaio 2014, ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1 (commi 1 e 2) e dell'art. 4 della legge n. 40/2004, per violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli art. 8 e 14 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo, nella parte in cui "non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili, portatrici di patologie geneticamente trasmissibili".

Con argomentazioni sostanzialmente identiche alla precedente decisione di gennaio, il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 28 febbraio 2014, ha sollevato il medesimo dubbio di legittimità costituzionale della L.40/04, in riferimento ad un altro caso sottoposto all'attenzione dei giudici. A questo proposito, non è

mancato in letteratura chi, in senso conforme alle citate ordinanze di rimessione, ha sostenuto che “forzare l’impianto testuale sino a ricomprendere in questo soggetti non previsti dalla legge come titolari di un diritto, appare non una interpretazione consentita (costituzionalmente orientata) ma una vera e propria “operazione di logica ardita”¹³⁰.

Ora la parola passa al Giudice delle leggi che dovrà sciogliere il dubbio di costituzionalità sull’accesso alle tecniche stabilendo se i limiti posti dalla L. 40/04 all’accesso alla PMA da parte di coppie non sterili o infertili in senso tecnico, ma portatrici di patologie geneticamente trasmissibili al feto, sia o meno conforme ai diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione.

25. Esaminati gli àmbiti di applicabilità di ordine soggettivo della tecnica in argomento, necessita ora analizzare anche dal punto di vista oggettivo la portata applicativa della PGD.

All’uopo, giova evidenziare che appare esclusa, allo stato attuale nel nostro ordinamento, la possibilità, già menzionata, che si utilizzi la metodica in esame per favorire il verificarsi di pratiche eugenetiche o anche per tipizzare il sistema di istocompatibilità al fine di preselezionare donatori per il trapianto di cellule staminali in fratelli o sorelle malati¹³¹.

Ovviamente il problema è etico, non tecnico. Si pensi, ad esempio, con riferimento ai c.d. *bambini medicamento*, alla difficile situazione che potrebbe crearsi se, magari dopo anni, il fratello maggiore dovesse avere bisogno di un rene. È un problema serio: per il fratello minore c’è il rischio di sentirsi un donatore certificato “*a consenso presunto*”, una sorta di riserva d’organi. Ma lo stesso vale anche per il fratello maggiore essendo la compatibilità reversibile: può accadere che sia il fratello più giovane ad avere, un giorno, bisogno di un trapianto.

¹³⁰ VACCARO G., *Nessuna interpretazione è possibile, la parola passa alla Corte Costituzionale*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>, consultato in data 3 marzo 2014.

¹³¹ Le coppie italiane, qualora chiedano di utilizzare questa metodica per dar vita ad un bambino nell’interesse terapeutico di uno già nato, vengono solitamente indirizzate all’estero, principalmente ad Istanbul, in Turchia, a Londra, ad Atene o a Bruxelles.

Casi estremi a parte, anche l'inevitabile gioco di ruoli fra "salvato" e "salvatore" potrebbe risultare difficile da gestire. Verso il secondo figlio i genitori potrebbero sviluppare un senso di colpa, che rischia di venire affrontato nel modo sbagliato. Per esempio, costringendo il fratello maggiore ad essere riconoscente, a sentirsi in debito¹³².

Ancora più ardua è poi la valutazione da effettuare nelle ipotesi in cui si chieda di accedere alla tecnica in discorso per eseguire uno screening di malattie genetiche o di anomalie cromosomiche in coppie a rischio di trasmettere le stesse alla prole. Con riferimento a questa precisa finalità, pur di fronte all'auspicio che l'adito Giudice delle Leggi ammetta esplicitamente l'accesso alla metodica in esame anche alle coppie fertili, ma portatrici di malattie ereditarie, non si esita, tuttavia, a denunciarne la "vaghezza" e l'"ambiguità". In particolare, non più differibile, in questo campo, è l'onere di chiedersi – e non risulta che finora questo interrogativo sia stato posto con la necessaria decisione - quali siano le malattie, geneticamente trasmissibili, che legittimano il ricorso alla metodica in esame. Sul punto si prospettano varie possibilità.

Una prima strada potrebbe essere quella di definire la patologia, legittimante la richiesta di PGD, "grave" o "incurabile", come avviene in molti ordinamenti stranieri d'oltralpe, senza elencarla tassativamente, al fine di rendere più flessibile l'accertamento, caso per caso, circa l'opportunità, o meno, dell'esecuzione della diagnosi.

Necessita, tuttavia, rilevare che spesso risulta difficile precisare cosa sia una "grave" malattia e quando si sia nell'ambito dell'eugenetica positiva o dell'eugenetica terapeutica (o negativa). Certo, se si valutano casi semplici, le due diverse tipologie di eugenetica sono facilmente distinguibili per l'interprete: per

¹³² Illuminante, in proposito, è il romanzo *La custode di mia sorella*, di Jodi Picoult, TEA, Milano, 2004. Tale opera vede protagonista Anna, "una bambina geneticamente «programmata» per essere donatrice compatibile di sua sorella Kate, malata di leucemia. Cellule staminali, sangue, midollo osseo. Quando i genitori le chiedono un rene per salvare la sorella da un'infezione fatale, Anna prende una decisione inaspettata, che sconvolgerà la vita di tutti i suoi cari: fa causa alla sua famiglia. Perché nessuno le chiede il suo parere? Perché si dà per scontato che lei sia disponibile? Jodi Picoult, con questo romanzo corale, induce a riflettere su cosa significhi essere bravi genitori, bravi fratelli e brave persone; se sia moralmente corretto salvare la vita di un bambino quando ciò significa violare i diritti di un altro; se bisogna seguire il proprio cuore o lasciare che siano gli altri a condurci".

esempio, selezionare embrioni per evitare di avere un bambino affetto da fibrosi cistica rappresenta un intervento riconducibile all'eugenetica negativa; mentre selezionare embrioni per avere un figlio biondo e con gli occhi azzurri, costituisce un'operazione riconducibile all'eugenetica positiva. Se, però, sul piano definitorio, *prima facie*, la suddetta distinzione sembrerebbe chiara, in concreto, sul piano applicativo la differenziazione in discorso risulta problematica.

Ipotizziamo, ad esempio, che sia possibile evitare il nanismo¹³³ e ammettiamo di avere due aspiranti genitori nani (di altezza inferiore a 120-125 cm) che desiderano avere un figlio non affetto da tale patologia genetica. Supponiamo, poi, che esista un determinato avanzamento della biomedicina e personale biomedico in grado di far nascere con certezza un figlio che avrà la possibilità di crescere sino ad *n* centimetri. Immaginiamo ancora che gli aspiranti genitori, affetti da nanismo, si rivolgano al citato personale biomedico e chiedano di avere un figlio alto precisamente 182 cm (un'altezza che rientra dentro la media nazionale della statura delle persone adulte) e ipotizziamo che il personale medico, non avendo dei precisi limiti legislativi entro cui muoversi, acconsenta alla loro richiesta e nasca loro proprio un figlio che raggiungerà l'altezza desiderata.

Ebbene, in questi casi, risulta impossibile affermare con certezza che si sia effettuato un intervento di eugenetica negativa, tesa ad evitare o eliminare una patologia o che sia stata realizzata un'operazione di eugenetica positiva, volta ad attribuire qualità non necessarie per la salute.

Di conseguenza, se il legislatore decidesse di condividere l'opzione legislativa in parola, potrebbe ritenersi giustificabile il comune timore che in futuro il soggetto non sia più propriamente tale in base a qualità ereditate dalla casualità naturale, ma venga geneticamente manipolato da altri esseri umani, principalmente i biomedici (i quali agirebbero presumibilmente su mandato dei genitori, oppure nell'ipotesi più angosciante, su mandato delle multinazionali o

¹³³Attualmente in Paesi come la Gran Bretagna si applica ordinariamente la diagnosi preimpianto non soltanto per evitare malattie letali, ma anche per condizioni lievi come lo strabismo.

delle fondazioni biomediche) che l'hanno "programmato" per essere in un determinato modo e per avere certe qualità¹³⁴.

In alternativa, il legislatore potrebbe elencare, in modo espresso e tassativo, le patologie geneticamente trasmissibili che consentirebbero alla coppia, anche non sterile, di poter richiedere al medico l'accesso alla PMA e alla conseguente PGD.

Detta metodologia, però, come da alcuni opportunamente evidenziato¹³⁵, potrebbe presentare il limite di fare nascere una stigmatizzazione sociale delle patologie incluse nell'elenco, il quale creerebbe indirettamente una sorta di modello di normalità genetica e farebbe nascere, consciamente o meno, nella collettività una discriminazione sociale relativamente ai portatori di quelle malattie. Inoltre, la lista delle patologie legittimanti la richiesta di diagnosi potrebbe divenire un incentivo a richiedere l'indagine in presenza del rischio di trasmissione delle richiamate patologie, creando un dovere morale della coppia a richiedere tutti gli accertamenti possibili per scongiurare l'insorgere della malattia stessa. Si potrebbe giungere, in sostanza, a sostenere, sentenza dopo sentenza, una qualche forma di responsabilità dei genitori, per la qualità di vita di coloro che nascono pur se gravemente malati¹³⁶.

Meritevole di assenso potrebbe, invece, risultare, a parere di chi scrive, la scelta di:

- a) consentire esplicitamente la diagnosi genetica preimpianto qualora sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al bambino, tali da condurre con elevata probabilità alla morte o ad un aborto terapeutico;

¹³⁴ ROSSINI G., in "È legittimo predire e selezionare l'uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto", cit., 115 ss..

¹³⁵ Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 169; LA ROSA S., *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – Un nuovo problema – Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Famiglia e Diritto*, 5/2010, 476 ss.

¹³⁶ Sul fronte giurisprudenziale, per quanto concerne la responsabilità dei genitori, si ricorderà certamente il caso affrontato dal Tribunale di Piacenza, che con la sentenza del 31 luglio del 1950 condannò i genitori in favore del figlio sul presupposto che l'attività procreativa debba essere esercitata con la consapevolezza degli eventuali rischi che ne possono conseguire. Tale caso non superò, tuttavia, il primo grado di giudizio, poiché la Corte di appello negò alla madre la legittimazione ad agire in rappresentanza della figlia e chiese la nomina di un curatore speciale. In proposito, vedi RESCIGNO P., *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614.

- b) escludere la possibilità che si utilizzi l'accertamento in questione per conoscere se l'embrione presenti il rischio di sviluppare in età adulta forme tumorali, poiché in questo caso la patologia non sarebbe attuale, ma solo probabile e proiettata nel futuro, in considerazione di molteplici fattori esterni (come, ad esempio, nuovi strumenti terapeutici) non prevedibili;
- c) prevedere che la diagnosi possa essere effettuata solo dopo che la donna, o meglio la coppia, abbia espresso il consenso scritto preceduto da un'adeguata informazione e consulenza medica, finalizzata ad accertare le conoscenze acquisite, le possibilità terapeutiche, i benefici ottenibili, nonché i limiti della procedura e il probabile rischio di errore diagnostico.

In questa prospettiva, si auspica che il legislatore (o l'adito Giudice delle leggi) ammetta(no) esplicitamente l'accesso alla metodica in esame alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, delimitando, di conseguenza, i margini oggettivi di applicabilità di detta tecnica.

26. Definiti i presupposti (soggettivi ed oggettivi) che, nel nostro Paese, legittimano l'accesso alle tecniche di PMA, può essere utile osservare, senza pretese di completezza, quale è la soluzione adottata in altri ordinamenti stranieri.

Austria. La fecondazione medicalmente assistita è regolata dalla Legge del 7 Luglio 1992 "*Legge federale di introduzione di norme di riproduzione assistita, nonché di riforma del codice civile, della legge sul matrimonio e della norma di giurisdizione*". In base all'art. 2 della richiamata disciplina normativa l'accesso alle tecniche di PMA è consentito unicamente alle coppie sposate o a coppie di sesso diverso conviventi¹³⁷, quando non sono possibili altre forme di terapia per ovviare alla sterilità medicalmente accertata.

La Corte costituzionale con decisione del 19 dicembre 2013 ha, tuttavia, dichiarato illegittima la legge austriaca nella parte in cui vieta ad una coppia di

¹³⁷ A tal proposito, giova ricordare che la legge del 1 gennaio 2010 ha introdotto in Austria la *Lebenspartnerschaft*, un'unione civile registrata riservata alle sole coppie dello stesso sesso sul modello già vigente in Germania dal 2001.

lesbiche unite in partnership registrata di accedere alle tecniche di procreazione assistita. Il ricorso era stato presentato da due donne, una cittadina austriaca ed una cittadina tedesca, che nel 2008 avevano costituito in Germania un partenariato di vita registrato (*Lebenspartnerschaft*); dopo il loro trasferimento in Austria, avevano chiesto di accedere alla procreazione assistita, che è già consentita dalla legge tedesca ed era, invece, interdetta in Austria.

In seguito all'eccezione di incostituzionalità sollevata dalla Suprema Corte austriaca con la decisione del 22 marzo 2011, il Giudice delle leggi, riformando la sentenza emessa dalla Corte distrettuale di Wels nel giudizio di primo grado e confermata dal Giudice d'appello regionale di Wels, ha rilevato che la preclusione all'accesso alla fecondazione assistita sulla base dell'orientamento sessuale configura un'inammissibile interferenza con la vita familiare protetta dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani ed una lesione del principio di uguaglianza ai sensi dell'art 7 della Costituzione austriaca.

La Corte ha escluso, inoltre, che il divieto possa essere giustificato in nome del superiore interesse del minore, in quanto, a prescindere dalle modalità di procreazione e dalle circostanze della sua vita, per il bambino, ad avviso dell'Organo giudicante, è certamente «meglio esserci che non esserci» (*«besser ist, überhaupt zu sein als nich zu sein»*). A ciò il Giudice delle leggi ha aggiunto che non sussistono validi studi che attestino l'inidoneità di uno schema genitoriale di questo tipo al processo di formazione della personalità del minore.

Per quanto riguarda, poi, le indagini genetiche pre-impianto, non esiste in Austria un divieto di legge esplicito della tecnica in parola, ma un divieto implicito ricavato, in base all'interpretazione dottrinale prevalente, dall'art. 9, comma 1, della Legge n. 7/1992. Tale disposizione prevede che le cellule in grado di svilupparsi non possono essere utilizzate a scopi diversi da quelli della riproduzione assistita.

Belgio. Per quanto riguarda la legislazione, fino a poco tempo fa la PMA non era stata oggetto di una disciplina specifica. Solo nel 2007 è entrata in vigore una legge che regola la fecondazione assistita, la "*Loi relative à la procréation*

médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes".

L'accesso alla PMA sia omologa che eterologa è consentito alle coppie sposate o conviventi (senza alcuna certificazione), sia eterosessuali che omosessuali, e alle donne *single*; la legge indica i soggetti della PMA come gli "autori del progetto parentale" ("*auteurs du projet parental*") indipendentemente da ogni altro elemento; su indicazione medica è consentito l'accesso alla PMA anche ai minori di 16 anni; è tuttavia fissato un limite massimo di età per la donna: il prelievo di ovociti, l'inseminazione e il trasferimento di embrioni omologhi non possono essere effettuati su donne che hanno più di 45 anni, mentre il limite di età per l'ovodonazione è di 47 anni.

La diagnosi genetica preimpianto non può essere utilizzata per favorire pratiche eugenetiche o di selezione del sesso del bambino, tranne nei casi in cui la metodica in discorso permetta di scartare embrioni portatori di malattie legate al sesso. In deroga a questi due casi, la PGD può essere autorizzata in via eccezionale nell'interesse terapeutico di un bambino già nato.

Francia. Sono tre le leggi fondamentali che regolano la procreazione assistita. Esse sono: la legge n. 548 relativa al trattamento dei dati nominativi aventi come fine la ricerca nel settore della salute; la legge n. 563 riguardante il rispetto del corpo umano; ed, infine, la legge n. 564 relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione e alla diagnosi prenatale. Queste leggi sono state adottate nel 1994, per poi essere modificate (ma non nei principi basilari) nel 2004¹³⁸ e nel 2011¹³⁹, onde tener conto dell'evoluzione scientifica ed etica.

In base alla menzionata disciplina normativa, la PMA può avere soltanto due finalità: rimediare all'infertilità il cui carattere patologico sia stato medicalmente accertato o evitare la trasmissione al bambino o ad un membro della coppia una malattia particolarmente grave. Il legislatore ha escluso di considerare la

¹³⁸ Legge n. 2004-800 del 6 agosto 2004.

¹³⁹ Legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011.

procreazione medicalmente assistita come un nuovo modo di procreazione che colmerebbe le impossibilità di procreare di ordine fisiologico o sociale.

L'accesso alla fecondazione assistita è limitato alle coppie, sposate, legate in un PACS o di fatto¹⁴⁰, composte da un uomo ed una donna. Il legislatore, con il riferimento ad un certo schema familiare, ha escluso sia i *single* che le coppie omosessuali, optando per una disciplina ancora più restrittiva di quella che caratterizza l'adozione (aperta ai *single*).

La coppia che può beneficiare della procreazione medicalmente assistita deve essere in età idonea alla procreazione. Non esistendo, tuttavia, soglie rigide fissate dal legislatore, si è permesso ad una donna di avvalersi della tecnica a 59 anni¹⁴¹. Un *discrimen* significativo è peraltro fissato a 43 anni, età al di sotto della quale sono rimborsate le spese per ricorrere alla PMA¹⁴².

Per quanto riguarda, infine, le indagini genetiche pre-impianto, la legge n. 800/2004 (art. L 2131-4 "Code de la santé publique") consente la tecnica in discorso, con attestazione medica, solo quando è altamente probabile che il nascituro possa essere affetto da malattia genetica o incurabile.

Germania. Nell'ordinamento tedesco non esiste una legge specifica sulla procreazione medicalmente assistita. Parte degli aspetti sono tuttavia disciplinati, in generale, nella Legge per la protezione dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*: in sigla *ESchG*) del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1991.

In questo Paese, hanno accesso alle tecniche di PMA solo le coppie eterosessuali sposate o conviventi. È previsto il limite di 40 anni per le donne, con possibilità di deroghe che possono spostarlo a 45 anni¹⁴³.

Per quanto riguarda, invece, le indagini genetiche preimpianto, il legislatore è intervenuto nel 2011 con la legge sulla diagnosi genetica preimpianto

¹⁴⁰ La legge n. 2011-814 ha soppresso l'esigenza di vita comune per almeno due anni.

¹⁴¹ CONSEIL d' ETAT, *La revision des lois de bioéthique, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, La documentation française, Parigi, 2009, 53 e 54.

¹⁴² ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relative à la bioéthique (n. 2911) par J. LEONETTI*, 26 gennaio 2011, vol. 1, p.17.

¹⁴³ FLAMIGNI C. – BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'oro edizioni, Roma, 2012, 156.

(*Präimplantationsdiagnostikgesetz*), la quale, accogliendo l'orientamento della Corte Federale di Giustizia (*Bundesgerichtshof*)¹⁴⁴, ha modificato la Legge per la protezione dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*) consentendo, a determinate condizioni, l'accertamento diagnostico in esame. In particolare, pur mantenendo un generale divieto di diagnosi genetica preimpianto, la disciplina tedesca ammette la stessa qualora sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al bambino o qualora sia effettuata per accertare una grave patologia dell'embrione, tale da poter condurre con alta probabilità alla morte o ad un aborto.

La legge, inoltre, impone che la metodica in esame possa essere effettuata solo da medici qualificati presso centri specificamente autorizzati e che il consenso scritto della donna sia preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta. È, infine, espressamente previsto che la diagnosi possa essere effettuata solo dopo che una commissione etica a composizione interdisciplinare abbia verificato la sussistenza dei presupposti sanciti dalla legge e abbia espresso il suo giudizio in merito.

Le suddette eccezioni al generale divieto di PGD non potevano, però, essere concretamente realizzate in assenza di un regolamento attuativo (*Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*), la cui adozione è stata espressamente affidata dalla stessa legge alla Corte Federale di Giustizia.

In tale documento, è stata definita la disciplina per quanto riguarda le procedure da rispettare, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione e il funzionamento delle commissioni e la gestione della documentazione. Il regolamento contiene, inoltre, un paragrafo dedicato alle definizioni delle cellule che possono essere oggetto di diagnosi

¹⁴⁴ che nella sentenza del 6 luglio 2010, riprendendo la distinzione di cui all'art. 8 della *ESchG* tra cellule totipotenti e cellule pluripotenti, ha affermato che la diagnosi preimpianto condotta su cellule embrionali pluripotenti, al fine di verificare la presenza di gravi patologie genetiche, non viola la Legge per la protezione dell'embrione e non rappresenta pertanto una condotta penalmente sanzionabile.

genetica preimpianto. Rispetto a tale definizione il documento in parola ribadisce che debba trattarsi di cellule staminali in grado di moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule (c.d. pluripotenti), ma non anche di svilupparsi in individuo (c.d. totipotenti).

Gran Bretagna. La materia della procreazione assistita è regolamentata dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 e dal codice di deontologia della *Human Fertilisation and Embryology Authority* (in sigla: HFEA), che è l'organo incaricato di vigilare sul rispetto della menzionata legge.

Tale disciplina normativa è fortemente permissiva; possono, infatti, sottoporsi a qualsiasi tipo di trattamento di procreazione artificiale, le coppie sposate, i *civil partners*, le coppie di fatto etero ed omosessuali ed anche i *single*.

La diagnosi preimpianto è permessa per qualsiasi indicazione terapeutica, ad eccezione della diagnosi di sesso, ma deve essere autorizzata caso per caso dalla HFEA, che fornisce una specifica licenza alla Clinica richiedente.

Grecia. Per quanto riguarda la legislazione, dal 2002 la Grecia vanta una delle leggi (la n. 3089) più liberali d'Europa sulla PMA. Nel 2005 è stata varata una nuova legge, la n. 3305, che ha modificato in parte la precedente e ha fissato criteri più rigorosi.

In particolare, l'accesso alle tecniche in argomento è consentito sia per motivi procreativi sia per evitare la trasmissione di malattie genetiche. Possono ricorrervi coppie coniugate o conviventi e donne singole, tuttavia, per le coppie di fatto e per i *single* è necessario il consenso scritto del *partner*, che può essere ritirato fino a prima del *transfer* e decade in caso di morte dello stesso. La legge del 2005 ha fissato, inoltre, il limite dei 50 anni ed ha stabilito che i portatori di HIV possano accedere alla PMA solo dietro autorizzazione delle autorità sanitarie.

La diagnosi genetica preimpianto è permessa, con il consenso delle persone interessate, per diagnosticare se gli ovociti fecondati sono portatori di anomalie genetiche o per stabilire la compatibilità istologica dell'embrione con terzi già

nati. La selezione sessuale è, invece, vietata, a meno che serva a evitare la trasmissione di una malattia genetica legata al sesso.

Spagna. La legge attualmente in vigore è la n. 14 del 26 maggio 2006, completata per certi aspetti dalla legge n. 14 del 3 luglio 2007, in materia di ricerca biomedica.

L'accesso alle tecniche di PMA è permesso a tutte le donne maggiorenni, indipendentemente dall'orientamento sessuale e dallo stato civile (art. 6, comma 1). Non è fissato un limite d'età, che è materia di scelta dei singoli centri; ogni donna che desidera sottoporsi alla tecnica deve essere informata in modo puntuale sui rischi dovuti a un'età non più fisiologica, con particolare attenzione per le donne che hanno più di 45 anni¹⁴⁵.

La diagnosi preimpianto è ammessa per la ricerca di patologie ereditarie gravi, a comparsa precoce e non suscettibili di trattamento postnatale oppure per la diagnosi di altre affezioni che possono compromettere la vitalità dell'embrione (art. 12, comma 1). Per ogni altra finalità, compresa quella di stabilire la compatibilità istologica dell'embrione con terzi già nati, è necessaria un'apposita autorizzazione dell'autorità sanitaria (art. 12, comma 2).

Svezia. Per quanto riguarda la legislazione, il 1° gennaio 2003 è entrata in vigore una nuova legge, parzialmente modificata nel 2006 dalla disciplina nota come "The Genetic Integrity Act".

L'accesso alla PMA è permesso alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, alle coppie HIV discordanti e dal 2005 anche alle donne *single*.

La diagnosi genetica preimpianto è consentita solo per un elenco ben definito di gravi malattie a trasmissione genetica. La fecondazione *post mortem* è, invece, vietata.

Stati Uniti. Non esiste una legislazione uniforme. In generale oltreoceano sono molto più liberali che in Italia. L'accesso alla fecondazione assistita è ammesso

¹⁴⁵ FLAMIGNI C. – BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, cit., 162.

anche alle donne *single* e alle coppie lesbiche, e la donazione di seme e ovociti è largamente praticata dietro compenso.

Anche la diagnosi sugli embrioni formati *in vitro* è consentita in maniera più ampia, in quanto il legislatore non detta una specifica regolamentazione dei presupposti di ammissibilità e dei limiti della diagnosi preimpianto¹⁴⁶. Così, le cliniche che praticano la PMA ammettono il ricorso alle indagini genetiche non solo per diagnosticare la presenza di gravi malattie che potrebbero svilupparsi nei primi anni di vita del bambino (come, ad esempio, la malattia di Tay-Sachs, la fibrosi cistica o la talassemia), ma anche (e ciò va al di là di quanto sia già consentito nell'esperienza europea) per conoscere se l'embrione presenti il rischio di sviluppare in età adulta forme tumorali o di ammalarsi di sindromi neurodegenerative, quali, ad esempio, il morbo di Alzheimer. Tuttavia, l'aspetto più "inquietante" dell'esperienza americana è dato dalla sempre più diffusa pratica a chiedere, e ottenere, per ragioni non strettamente mediche, ma di mera preferenza genitoriale, la PGD per la selezione del sesso o del colore dell'iride del nascituro¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Si pensi, che a Washington una coppia di giovani donne non udenti, Sharon Duchesneau e Candy McCullough, ricorrendo alla riproduzione assistita e alla conseguente PGD, hanno deciso di avere un figlio da un donatore di sperma, affetto anch'egli da sordità, per assicurarsi che il figlio nascesse non udente come loro. Le due donne lavorano come terapisti per non udenti ed appartengono ad un crescente movimento negli Usa che vede la sordità non come un handicap, ma come un'identità culturale.

¹⁴⁷ A tal proposito, v. LA ROSA S., *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – Un nuovo problema – Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, cit.

CAPITOLO TERZO

IL PROBLEMA DELLA FECONDAZIONE ETEROLOGA

Sommario: 27. Il divieto di fecondazione eterologa in Italia e le sue giustificazioni – 28. La sentenza CEDU del 1 aprile 2010 – 29. Le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Firenze, Catania e Milano – 30. Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte costituzionale – 31. Le vie alternative di tutela – 32. La disciplina della fecondazione eterologa nella legislazione estera.

27. La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita all'art. 4, comma 3, vieta il ricorso a tecniche di procreazione di tipo eterologo, ossia metodologie con le quali si utilizzano gameti maschili o femminili di soggetti esterni alla coppia¹⁴⁸.

L'art. 12, comma 1, della richiamata disciplina normativa sancisce pesanti sanzioni pecuniarie per chi (operatore sanitario) utilizza "a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente" (da 300.000 a 600.000 euro), mentre, per i centri medici che effettuino la pratica vietata, è prevista (al comma 10) l'ulteriore sanzione della revoca dell'autorizzazione agli interventi di procreazione medicalmente assistita. Ad essere sanzionati sono, quindi, solo gli operatori medici e per la sola fase relativa alla fecondazione degli embrioni con gameti di soggetti estranei alla coppia; ne deriva che l'impianto di embrioni già fecondati (all'estero o prima dell'entrata in vigore della legge) non è vietato¹⁴⁹.

La coppia che ricorre a questo tipo di tecnica, ad esempio, recandosi in uno dei tanti Paesi stranieri in cui la fecondazione eterologa è ammessa, non soggiace

¹⁴⁸ Nell'ipotesi in cui sia il *partner* maschile ad essere sterile, si ricorre alla donazione di spermatozoi, nel caso in cui sia la donna ad essere infertile si ricorre alla donazione di ovociti (c.d. ovodonazione).

¹⁴⁹ In tal senso, CASINI C. – CASINI M. – DI PIETRO M.L., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Torino, 2004, 184, secondo i quali, poiché "la procreazione deve ritenersi già realizzata con la formazione dell'embrione, il trasferimento di quest'ultimo nelle vie genitali della donna costituisce un *post-factum* non punibile"

ad alcun tipo di sanzione. Inoltre, anche per il donatore di gameti non è prevista alcuna misura punitiva.

Il legislatore, prevedendo che il divieto possa non essere rispettato, ha voluto attribuire al nato uno *status* incontrovertibile statuendo che "qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, comma 1, nn. 1 e 2 del codice civile né l'impugnazione di cui all'art. 263 dello stesso codice" (art. 9, comma 1). E ha aggiunto che "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi" (art. 9, comma 3).

Ne deriva, dunque, che il bambino è figlio del marito (o del *partner*) che ha dato il suo consenso all'inseminazione della moglie (o della *partner*) e non è ammissibile l'azione di disconoscimento o l'impugnazione del riconoscimento. Si tratta di una regola, esistente in tutti i Paesi europei, a garanzia del concepito, che in Italia era già stata posta a livello giurisprudenziale, prima dell'introduzione della legge n. 40/2004¹⁵⁰.

¹⁵⁰ L'*excursus* giurisprudenziale in materia di disconoscimento di paternità del figlio nato da fecondazione eterologa ha avuto inizio con una sentenza del Tribunale di Roma del 30 aprile 1956 (in *Giur. it.* 1957, I, 2, 218), la prima in materia di procreazione artificiale, la quale afferma che, data l'inesistenza di una specifica norma volta ad escludere l'azione di disconoscimento di paternità del figlio procreato a seguito d'inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito, l'azione deve essere ammessa sulla base dell'art. 235 c.c., in quanto è idonea a costituire un vero e proprio rapporto giuridico di filiazione solo la diretta derivazione genetica e non anche il semplice consenso. In questo senso si esprime, successivamente, anche il Tribunale di Cremona con sentenza del 17 febbraio 1994 (in *Giur. it.* 1994, I, 2, 995).

In dottrina v. i commenti favorevoli di PONZANELLI G., *La "forza" e la "purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 1994, 186 e, in senso critico, quelli di SCIANCALEPORE G., *Assunzione volontaria di paternità e "diritto al ripensamento"*, in *Il Corriere giuridico*, 1994, 5, 631; FERRANDO G., *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 996; DOGLIOTTI M., *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 182; GORGONI M., *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.* 1994, I, 1691 e SOLDANO M., *Disconoscimento di paternità in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito*, *ivi*, 1697.

Successivamente, il Tribunale di Napoli, ord. 2 aprile 1997 (in *Foro it.* 1997, I, 2677), solleva davanti al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. nella parte in cui non preclude l'azione di disconoscimento della paternità al padre che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie.

È, tuttavia, ammessa l'azione di disconoscimento della paternità nel caso in cui la fecondazione eterologa sia avvenuta all'insaputa del marito, purché, però, avvenga nel termine di un anno dal momento in cui si è venuti a conoscenza del ricorso a tale metodo di procreazione. Lo ha stabilito la Corte di cassazione, con la sentenza n. 11644/2012, rigettando il ricorso di un padre che lamentava di aver scoperto solo parecchio tempo dopo la nascita di non essere il genitore biologico della figlia.

La ragione del divieto di PMA eterologa viene ravvisata, preminentemente, nell'esigenza di garantire il massimo equilibrio psico-fisico del nato; utilizzando gameti di un donatore estraneo alla coppia e la cui identità è, usualmente, sconosciuta, il figlio potrebbe vedere compromessa la stabilità emotiva e la strutturazione della propria identità personale, la quale esigerebbe la certezza in ordine alla conoscenza delle proprie radici e alla propria identità genetica¹⁵¹. Il timore di possibili squilibri personali e familiari giustificherebbe, dunque, un siffatto intervento repressivo da parte del legislatore.

Si potrebbe rilevare, però, che, anche nel caso di adulterio della donna, il concepimento del figlio avviene grazie a persona diversa dal marito. Ciò non significa che l'utilizzo di gameti di soggetto estraneo alla coppia possa essere considerato una forma di adulterio, in quanto la scelta della procreazione

La Corte cost., con sent. 26 settembre 1998, n. 347 (in *Il Corriere giuridico*, 1998, 11, 1294, con nota di CARBONE V., *Riconoscimento di paternità ed inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51, con nota di PALMERINI E.; in *Giur. it.* 1999, 461, con note di BALESTRA L., *Inseminazione eterologa e status del nato* e di UCCELLA F., *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale* e di COSSU C., *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*) ha giudicato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Napoli, ma è stata seguita dall'importante pronuncia della Cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315 (in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di SESTA M., *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*; in *Guida al diritto*, 1999, 12, 48 con nota di FINOCCHIARO A., *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*), con la quale i Giudici di Legittimità hanno affermato che il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non può esercitare l'azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito attraverso tale tipo di fecondazione artificiale.

¹⁵¹ In relazione alle problematiche psicologiche connesse alla PMA v. CANOVA L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 2, 669; LOMBARDI R., *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 2, 663; VEGETTI FINZI S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in *Questioni di bioetica*, a cura di RODOTÀ S., Roma-Bari, 1993, 182 ss..

eterologa è frutto di un accordo raggiunto dai coniugi e, trattandosi di una pratica medica, mancano ovviamente tutte le componenti psicologiche ed emotive di un concepimento naturale.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge sulla PMA, il divieto di cui all'art. 4, comma 3, è stato subito messo in discussione da alcuni commentatori. In particolare, si è rilevata la violazione che tale proibizione provoca nei confronti del rispetto dell'autonomia della coppia su scelte di natura strettamente personale, con conseguente violazione dell'art. 2 Cost., in quanto il divieto non rispetterebbe l'atipicità delle situazioni esistenziali tutelate da detta norma, nelle quali rientrerebbe anche la libertà e l'autonomia nelle scelte individuali¹⁵². La dottrina più attenta, anticipando i tempi, ha, altresì, evidenziato il possibile contrasto tra il divieto di fecondazione esistente nel nostro Paese e le fonti internazionali, sottolineando, in particolare, la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo¹⁵³.

28. Nonostante che il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge 40 abbia suscitato, all'indomani della sua entrata in vigore, copiose critiche da parte della dottrina italiana, la questione è rimasta immutata sino al 2010, quando la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta con la sentenza del 1 aprile, affrontando il tema della procreazione eterologa¹⁵⁴.

La Corte di Strasburgo, decidendo su due ricorsi¹⁵⁵ presentati da cittadini austriaci che lamentavano il contrasto della normativa nazionale in materia di

¹⁵² Su questo punto, SESTA M., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 11, 1406, evidenzia invece come il divieto legislativo della fecondazione eterologa potrebbe manifestare "il rifiuto dell'ordinamento di consentire la creazione di un «falso» rapporto di discendenza, cosicché il divieto medesimo troverebbe un fondamento nell'art. 2 Cost., qualificando la corrispondenza tra identità genetica e identità sociale della persona quale originario diritto della personalità".

¹⁵³ v. FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 6, 814.

¹⁵⁴ Corte europea diritti dell'uomo, 1 aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria*, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, 977, con nota di SALANITRO U., *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*.

¹⁵⁵ I ricorrenti sono due coppie che soffrono di problemi di sterilità, per cause diverse. Nella prima coppia, la donna soffre di sterilità tubaria e il marito è sterile; in tale situazione, soltanto la

procreazione assistita con la CEDU, ha affermato che il diritto di una coppia di ricorrere alla procreazione assistita per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 della CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare e, pertanto, i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale, quali la fecondazione *in vitro* con seme di terzo e la 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.

Al riguardo, occorre immediatamente evidenziare che la legge austriaca prevede una disciplina che vieta la fecondazione eterologa, ma non in modo assoluto (art. 3, comma 1). Il divieto è totale rispetto alla c.d. ovodonazione, ossia al ricorso, per la fecondazione, ad ovuli femminili di donna estranea alla coppia. Per la donazione di gameti maschili, invece, la disciplina austriaca effettua una differenziazione secondo che la fecondazione sia *in vitro* (che consiste nella creazione dell'embrione in laboratorio, attraverso le diverse tecniche esistenti, e nel successivo trasferimento in utero della donna dell'embrione stesso) o *in vivo* (che si sostanzia nell'introduzione dello sperma direttamente negli organi riproduttivi della donna): l'utilizzo di seme di terzo è vietato per la fecondazione *in vitro*, ma è ammesso per quella *in vivo*. Ciò con evidente differenza rispetto alla normativa italiana che vieta la fecondazione eterologa in modo assoluto, senza differenziare tra l'uso di gameti di terzi, a seconda che siano maschili o femminili, né tra fecondazione eterologa *in vitro* e *in vivo*.

Il Governo austriaco ha fondato siffatta differenziazione di disciplina sostenendo che l'ovodonazione è una pratica che potrebbe condurre alla formazione di relazioni parentali atipiche, nelle quali viene meno la certezza del rapporto di maternità, e che, inoltre, essa comporta il rischio di sfruttamento delle donne meno abbienti per ottenere la donazione degli ovuli. L'ammissibilità della

fecondazione *in vitro* con ricorso allo sperma di un donatore esterno alla coppia consentirebbe loro di procreare. La seconda coppia è affetta da una patologia che impedisce alla moglie l'ovulazione, mentre il marito è sano; in tale quadro clinico, soltanto la fecondazione *in vitro* con ricorso agli ovuli di una donatrice (ovodonazione) consentirebbe la procreazione.

donazione di sperma in vivo sarebbe, dunque, una soluzione di compromesso, adottata dal legislatore austriaco al fine di tutelare gli interessi delle coppie sterili¹⁵⁶.

La Corte di Strasburgo non ha ritenuto detti argomenti significativi sostenendo che:

- 1) l'esigenza di evitare il rischio di sfruttamento delle donne è un rischio che non riguarda specificamente le tecniche di fecondazione eterologa, essendo diretto contro la procreazione assistita in generale;
- 2) l'obiettivo di assicurare la certezza in materia di diritto di famiglia, ossia di evitare la creazione di parentele atipiche, deve tener conto del fatto che sono previsti rapporti familiari, come quelli fondati sull'adozione, che non seguono la relazione genitore-figlio basata sulla diretta discendenza biologica; per cui si potrebbero ricondurre le relazioni familiari che risultano dalle tecniche di procreazione assistita nell'ambito della legislazione in materia di famiglia e negli altri campi giuridici collegati;
- 3) il diritto del bambino a conoscere la sua discendenza effettiva (ulteriore motivo addotto dall'Austria a fondamento della propria disciplina) non è un diritto assoluto, ben potendo il legislatore austriaco trovare una soluzione adeguata ai contrapposti interessi del donatore che chiede l'anonimato e del bambino ad ottenere informazioni.

Così argomentando, la Corte ha statuito che la disciplina austriaca pone dei limiti discriminatori tra i soggetti sterili, non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli.

È interessante il passaggio con cui la Corte ha precisato che, poiché l'utilizzazione del trattamento di procreazione assistita solleva questioni etiche e morali sensibili in un ambito di rapide evoluzioni mediche e scientifiche, gli Stati

¹⁵⁶ I ricorrenti avevano già presentato ricorso davanti alla Corte costituzionale austriaca, contestando la legittimità delle disposizioni della legge sulla procreazione artificiale; la Corte austriaca, con sentenza 8 novembre 1999, respinse la questione, stabilendo che, pur realizzando il divieto alla fecondazione eterologa un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, tale intervento era da considerarsi giustificato. Le ragioni giustificatrici del divieto, addotte dalla Corte costituzionale, sono state, sostanzialmente, le medesime di quelle addotte dal Governo austriaco dinanzi alla CEDU.

membri godono di un ampio margine di discrezionalità sul se adottare o meno una legislazione in materia. Laddove, tuttavia, lo Stato decida di regolamentare la procreazione artificiale in genere, la Corte sostiene che "il quadro legale approntato a tale scopo deve essere concepito in modo coerente per permettere che i diversi interessi legittimi in causa vengano presi in considerazione in modo adeguato e in conformità con gli obblighi derivanti dalla Convenzione".

29. La sentenza CEDU del 1 aprile 2010 aveva indotto diverse coppie italiane, intenzionate ad accedere alla fecondazione eterologa, a promuovere procedimenti sommari *ex art. 700 c.p.c.* per chiedere ai giudici italiani di pronunciarsi sulla diretta applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e, in subordine, di sollevare questione di costituzionalità della disciplina italiana che vieta la fecondazione eterologa, ove non interpretabile in senso conforme. Ci si riferisce, com'è intuibile, all'ordinanza del Tribunale di Firenze del 13 settembre 2010, all'ordinanza del Tribunale di Catania del 21 ottobre 2010 e all'ordinanza del Tribunale di Milano del 2 febbraio 2011.

I giudici rimettenti, con i citati provvedimenti, avevano rigettato, anzitutto, le istanze dei ricorrenti, i quali prospettavano una possibile disapplicazione del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4, comma 3, della legge 40, per contrasto con la CEDU e con la interpretazione della stessa fornita dalla sentenza della Corte di Strasburgo del 1 aprile 2010, e avevano aderito alla prevalente tesi della non avvenuta "comunitarizzazione" della CEDU¹⁵⁷.

In secondo luogo, i giudici di merito avevano proceduto, dapprima, al tentativo di interpretazione conforme della norma interna con la CEDU. Sul punto, avevano rilevato che il divieto di fecondazione eterologa, come posto dalla

¹⁵⁷ Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, cit., con cui la Corte ha ribadito che "nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (...) e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale".

l. 40/2004, non lascia possibilità di interpretazione diversa e plausibile, in quanto “il divieto è netto ed esplicito” ed è “ribadito incidentalmente in altre norme (art. 9, commi 1 e 3) e corredato di apposite sanzioni (art. 12, comma 1)”. Esclusa, dunque, tale possibilità, ritenendo che la normativa nazionale contrasti con gli artt. 8 e 14 della CEDU, da interpretarsi conformemente a quanto statuito con la sentenza del 1° aprile 2010, i giudici rimettenti avevano rinviato la questione alla Corte costituzionale. In particolare, i suddetti organi giudicanti avevano evidenziato il contrasto tra il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e gli artt. 3 e 31 Cost. non solo sotto il profilo della disparità di trattamento ma anche sotto quello della ragionevolezza.

La disparità si evidenzerebbe in quanto vengono trattate in modo diverso le coppie con problematiche di procreazione, a seconda del tipo di sterilità che le colpisce, con la paradossale conseguenza che le coppie che presentano un quadro clinico più grave sono quelle escluse dall’accesso alla procreazione medicalmente assistita.

Sotto il profilo della ragionevolezza, al pari di quanto argomentato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, i giudici rimettenti avevano ritenuto che il divieto di fecondazione eterologa non possa trovare giustificazione nella necessità di tutelare l’identità genetica del nato, ossia l’esigenza di prevenire “parentele atipiche”, che, come si è visto, nell’ordinamento italiano, è stata la principale giustificazione al divieto di eterologa. Ciò in quanto il nostro sistema, attraverso l’istituto dell’adozione, conosce già una forma di discrepanza tra la genitorialità genetica e quella legittima; di conseguenza, il divieto di procreazione eterologa sarebbe, sotto questo punto di vista, irragionevole.

I giudici rimettenti avevano segnalato, inoltre, un ulteriore, e condivisibile, profilo di irragionevolezza della normativa italiana in relazione alla discriminazione fra coppie sterili. Posto che il divieto di fecondazione di tipo eterologo non è sanzionato per la coppia, questa può ricorrere alla tecnica *de qua* nei Paesi stranieri in cui la pratica è consentita e vedere riconosciuti e tutelati pienamente i suoi effetti nell’ordinamento italiano. Ciò comporterebbe un’ulteriore discriminazione fra le coppie sterili che, per le condizioni economiche

poco floride, possono rivolgersi solo a sanitari operanti sul nostro territorio nazionale e quindi non possono usufruire della procreazione eterologa e quelle economicamente più abbienti, le quali hanno la possibilità di ricorrere a tutte le tecniche di fecondazione, rivolgendosi a sanitari operanti all'estero¹⁵⁸.

Alla giurisprudenza di merito va, dunque, dato atto di una viva attenzione e sensibilità all'elaborazione dottrinale in tema di fecondazione assistita: tutti gli argomenti, o almeno i più significativi, sostenuti dalla dottrina contro la legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa hanno trovato spazio nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

30. La decisione del 2010, che aveva indotto i Tribunali (di Catania, Firenze e Milano) a proporre ricorso alla Corte costituzionale per sollevare la suddetta questione di legittimità, è stata sostanzialmente ribaltata con la pronuncia del 3 novembre 2011 della Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵⁹. In particolare, il massimo organo giurisdizionale di Strasburgo ha ritenuto che:

- 1) gli Stati parti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali hanno il diritto di scegliere le regole interne idonee a disciplinare l'accesso alla procreazione assistita di carattere eterologo;
- 2) non è contraria al diritto al rispetto della vita privata e familiare, applicabile anche ai casi in cui i genitori cerchino di avere figli, la normativa interna che, tenendo conto di motivazioni etiche e giuridiche, vieta il ricorso ad alcune forme di fecondazione eterologa (ribaltando, in questo modo, le conclusioni della Camera che, invece, con sentenza del 1° aprile 2010, aveva riconosciuto che il divieto assoluto di fecondazione eterologa *in vitro* non era compatibile

¹⁵⁸ LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2010, 1623 ss.

¹⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'Uomo – Grande Camera, sentenza 3 novembre 2011 – Ricorso n. 57813/00 (*S.H. e altri contro Austria*). CASTELLANETA M., *Spente le speranze di una "scelta" internazionale la palla torna nell'area del legislatore nazionale*, SALERNO G., *Chance ormai ridotte per l'incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40*, in *Guida al diritto*, 2011, 46, 14 ss.

con la Convenzione, ed in particolare, con l'art. 14, ove si pone il principio di non discriminazione e con l'art. 8, laddove si garantisce ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare);

- 3) infine, in assenza di un consenso tra gli Stati parti e di atti internazionali in materia (considerato che sia la Convenzione sulla biomedicina del 1997, sia il Protocollo del 2002, nonché la direttiva UE 2004/23, sono silenti sulla questione), gli Stati hanno libertà di scelta nella predisposizione del quadro normativo anche se le autorità nazionali devono tener conto dei mutamenti introdotti dalla scienza medica.

In sostanza, così argomentando, la Corte ha riconosciuto, a differenza di quanto era avvenuto nella decisione assunta in prima istanza, un ampio margine di discrezionalità ai legislatori nazionali degli Stati che aderiscono alla CEDU proprio nella determinazione normativa delle modalità di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Tale libertà di apprezzamento ha costituito un aspetto cruciale riguardo alle ricadute nazionali della pronuncia in esame, soprattutto alla luce delle questioni di costituzionalità che dai giudici italiani erano state sollevate circa analoghi divieti presenti nella legge n. 40 del 2004, proprio sulla scorta del precedente avviso reso in prima istanza dalla Prima sezione della Corte Edu. Si allude, in particolare, all'ordinanza n. 150 del 22 maggio 2012, con la quale la Corte costituzionale, investita della questione, ha ordinato la restituzione degli atti ai Tribunali di Firenze, Catania e Milano, deludendo le aspettative di chi sperava in un intervento chiarificatore della problematica. In particolare, per la stampa italiana, che attua ormai da tempo una sistematica disinformazione di massa, tale restituzione ha rappresentato quanto si è letto nei titoli dei giornali: “La Consulta conferma il no all'eterologa” (*Il Tempo*); “Eterologa flop rispedita ai mittenti” (*Il Foglio*); “Restano le garanzie a tutela dell'embrione – La Consulta lascia integra la legge 40” (*Avvenire*); “Eterologa: per ora la Consulta salva la legge 40” (*L'Unità*);

“Fecondazione Eterologa, resta il no. Una grana in meno per il Governo (*Libero quotidiano*)¹⁶⁰, ecc.

In realtà non è così: la Corte costituzionale ha restituito gli atti ai giudici di merito per valutare la questione di legittimità costituzionale del divieto in discorso in base ai parametri della Carta Costituzionale e alla sentenza della Grande Chambre della Corte Edu del 3 novembre 2011.

Alla luce dell'appena menzionata pronuncia, prima il Tribunale di Milano (con l'ordinanza del 29 marzo 2013), poi il Tribunale di Firenze (con l'ordinanza del 10 aprile 2013) e da ultimo il Tribunale di Catania (con l'ordinanza del 13 aprile 2013) hanno ritenuto di dover sottoporre alla Consulta una nuova questione di costituzionalità del divieto di cui all'art. 4 della L. 40/2004. In particolare, i giudici rimettenti hanno rilevato ancora una volta che il divieto di fecondazione eterologa si pone in contrasto con principi costituzionali fondamentali, tra cui il diritto all'autodeterminazione della coppia, in relazione alla procreazione e al diritto di fondare una famiglia; il principio di eguaglianza tra coppie, discriminate in base al grado di sterilità e infertilità ed, infine, il diritto alla salute della coppia.

Sotto il primo profilo, i giudici di merito, sulla base delle argomentazioni addotte dai giudici di Strasburgo, hanno ritenuto che possa ravvisarsi un contrasto fra il divieto contenuto nella legge n. 40/2004 di ricorrere alla fecondazione di tipo eterologo e gli artt. 2, 29 e 31 Cost., nella parte in cui “il divieto normativo [...] non garantisce alle coppie cui viene diagnosticato un quadro clinico di sterilità o infertilità irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e il diritto all'autodeterminazione in ordine alla medesima”. In altre parole, ad avviso dei giudici rimettenti, ed in particolare del Tribunale di Milano, “il diritto 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”.

¹⁶⁰ GALLO F. – LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, 2012, 25 ss.

Gli organi giudicanti, richiamandosi ancora a quanto affermato dalla Grande Camera, hanno sottolineato come gli stessi concetti di famiglia e di genitorialità, in quanto dotati della duttilità propria delle categorie costituzionali, non possono considerarsi cristallizzati, ma devono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento ed, in particolare, del fatto che il nostro sistema, attraverso l'istituto dell'adozione, conosce già una forma di discrepanza tra la genitorialità genetica e quella legittima; di conseguenza, il divieto di procreazione eterologa sarebbe sotto questo punto di vista irragionevole.

L'ordinanza milanese (ma il punto viene richiamato, pur se brevemente, anche da quella fiorentina e da quella catanese) ha segnalato, inoltre, un ulteriore e condivisibile profilo di irragionevolezza della normativa italiana in relazione alla discriminazione fra coppie sterili. Pur dovendo riconoscere la diversità delle procedure di procreazione assistita che utilizzano materiale genetico proveniente da un soggetto estraneo alla coppia, il Collegio ha affermato che a tutte le categorie di coppie infertili, quale che sia la patologia di cui soffrono, deve essere assicurata la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica per superare l'accertata patologia: una possibilità che è invece negata nel nostro Paese alle coppie che possono realizzare il loro diritto alla genitorialità soltanto ricorrendo alla donazione di gameti. Ciò comporterebbe un'ulteriore discriminazione fra le coppie sterili, in quanto vengono trattate in modo opposto coppie con problematiche procreative, che risultano differenziate solo in ragione del tipo di sterilità da cui sono affette.

Infine, secondo i giudici rimettenti, non consentire il ricorso alla donazione dei gameti si pone in contrasto, anche in esito alla pronuncia della Grande Camera, con gli artt. 3 e 32 Cost., in quanto con il divieto di fecondazione eterologa si rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie. Le tecniche di PMA costituiscono, in tale ottica, dei rimedi terapeutici finalizzati a superare sia la causa fisiologica, sia le sofferenze psicologiche che sempre e inevitabilmente si accompagnano alla difficoltà della coppia di realizzare il proprio desiderio di filiazione.

La Corte costituzionale dovrà, pertanto, pronunciarsi, nuovamente, su una questione non scevra di difficoltà. Non si può, però, ignorare che il Giudice delle leggi, in genere, in materie particolarmente delicate dal punto di vista etico o morale, segue una linea politica intesa a ridurre al minimo il suo intervento, richiamando una funzione più decisa da parte del legislatore e, in via interpretativa, dei giudici.

Un ulteriore argomento per non pronunciarsi è dato, inoltre, dal fatto che un'eventuale sentenza di accoglimento creerebbe significativi vuoti di tutela. Anzitutto, non è prevista, nel nostro ordinamento, alcuna disciplina in merito al diritto (o non diritto) di accesso del figlio, nato da procreazione eterologa, alla conoscenza delle proprie origini¹⁶¹. Manca, inoltre, una disciplina repressiva volta

¹⁶¹ Sul punto, sarebbero possibili varie opzioni. Si potrebbe imporre un diritto assoluto all'anonimato del donatore; oppure si potrebbe accordare al nato il diritto alla conoscenza delle proprie origini solo al raggiungimento di una certa età, o anche prima, laddove sussistano ragioni attinenti alla salute psico-fisica, quali ad esempio, la necessità di effettuare un'anamnesi familiare per conoscere la presenza di malattie ereditarie. Necessita, tuttavia, ricordare che il Comitato Nazionale per la Bioetica (d'ora in poi Cnb) con l'approvazione, in data 25 novembre 2011, del documento "*Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*", pur non entrando nel merito della valutazione etica della Procreazione medicalmente assistita e della sua regolamentazione giuridica nel nostro Paese, si è limitato a considerare il problema etico del diritto del nato a conoscere la verità sulle modalità in cui è stato concepito e conseguentemente della propria discendenza biologica. Il documento – si legge – "ritiene raccomandabile che i genitori rivelino al figlio le modalità del suo concepimento attraverso filtri e criteri appropriati (proporzionalità, sostenibilità, rilevanza, attinenza, ecc.) anche con l'ausilio di una consulenza". E inoltre viene raccomandato "che al nato si riconosca sempre il diritto di accedere a quei registri dove sono conservati i dati genetici e la storia clinica dei datori di gameti, dato che trattasi di notizie a volte indispensabili per la sua salute". Per quanto concerne, invece, l'altro aspetto ovvero "se la ricerca di una discendenza possa giustificare nell'ambito della fecondazione artificiale il diritto del nato di conoscere anche i dati anagrafici del donatore/donatrice o datore/trice di gameti", il Comitato non ha fornito una risposta unitaria. Alcuni membri del Cnb sono convinti che sia più opportuno conservare l'anonimato anagrafico in considerazione del fatto che il legame tra i "procreatori biologici" e il "nato" è di carattere "genetico ma non relazionale". In questo caso, infatti "la preoccupazione primaria è quella che il disvelamento anagrafico possa alterare l'equilibrio esistenziale della famiglia di origine con possibili interferenze esterne nel progetto familiare". Gli altri membri del Comitato che di contro riconoscono al nato il diritto ad un'informazione piena nei confronti di chi ha ceduto i gameti ritengono che "una informativa sulle proprie origini è ritenuta indispensabile per la ricostruzione della identità personale del nato". Ricostruzione dell'identità "come diritto fondamentale del nato" in contrapposizione "all'interesse dei genitori a mantenere il segreto e dei donatori a conservare l'anonimato. Una conoscenza motivata da ragioni di parità e non discriminazione, non essendo legittimo sotto l'aspetto sia etico che giuridico impedire solo ai nati attraverso tale tecnica di ricercare le informazioni sulle loro origini biologiche". Qualora, infine, la cura e la tutela della salute del minore lo rende necessario, il Cnb ritiene "indispensabile che il medico e/o la struttura medica, venuti a conoscenza delle modalità di procreazione del nato, informati in modo esauriente i genitori, o previa autorizzazione di questi ultimi o, nel caso del loro diniego, dell'autorità giudiziaria competente, abbiano sempre la possibilità di richiedere l'accesso ai registri e l'utilizzo

ad evitare il rischio di sfruttamento dei donatori economicamente meno abbienti. Occorrerebbe, infine, chiarire se, come in altri ordinamenti, debba vigere un numero massimo di figli per donatore o meno.

Appare, pertanto, altamente verosimile che la Corte costituzionale, dopo la sentenza della Grande Chambre della Corte di Strasburgo abbia serie ragioni, puntualmente enunciate dai giudici *a quo*, per richiamare una funzione più decisa da parte del legislatore e, in via interpretativa, dei giudici *e/o* per sostenere, in senso conforme a quanto già affermato dal Tribunale di Milano con l'ordinanza del 23 novembre 2011, che “la tutela esclusiva della genitorialità biologica (...) rappresenta una scelta che il legislatore ha inteso assumere nell'ambito di principi etici e sociali ritenuti essenziali e che, pur potendo non essere condivisibile, non risulta sindacabile poiché attiene alla discrezionalità riservata al legislatore che così ha voluto proteggere il diritto del nascituro alla propria identità biologica e offrire una tutela del minore quale bene giuridico preminente rispetto ad altro diritto della personalità dei soggetti adulti pure protetto”¹⁶².

Ciò nonostante, non è da escludere che la Corte Costituzionale decida di entrare nel merito della questione e, ritenendo prevalente il diritto all'equilibrio psico-fisico del nato (che deriverebbe da una piena corrispondenza tra genitorialità genetica e legittima), pervenga ad una pronuncia di rigetto della sollevata questione di legittimità. In sostanza, il Giudice delle leggi, al fine di “proteggere” il divieto contenuto nell'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004, volto a prevenire “parentele atipiche”, che, come si è osservato, è stata la principale giustificazione al divieto di eterologa, potrebbe non condividere il parallelismo effettuato dai giudici rimettenti, per fondare l'irragionevolezza del divieto in argomento, tra la procreazione eterologa e l'istituto dell'adozione.

dei dati necessari per i trattamenti diagnostici e terapeutici del minore paziente. Con analoga finalità si auspica la possibilità che tra i centri medici e il donatore/datore vi sia un rapporto continuativo nel tempo”.

¹⁶² Ordinanza (rinvenibile in *Nuova giur. civ. comm.*, VII-VIII, 2010, 774 e ss.) nella quale testualmente si legge: “È ragionevole pensare che [la scelta del legislatore in merito alla fecondazione eterologa] sia stata ispirata dalla necessità di garantire al nascituro un nucleo familiare stabile, una famiglia «naturale» costituita da una duplice figura genitoriale eterosessuale e ciò appare tanto più vero laddove si consideri che non esiste nel nostro ordinamento interno una norma che consente di affermare l'esistenza di un diritto insopprimibile a procreare pur a fronte del generale riconoscimento dell'elemento volontaristico nella determinazione della paternità”.

Sotto questo profilo, non si può ignorare che il fine primario dell'adozione di minori non è quello di realizzare un desiderio di genitorialità, come avviene nella PMA, ma è quello di fornire ai minori, privi di un ambiente familiare idoneo, una coppia di genitori. Si dice, infatti, che l'adozione di minori non è lo strumento per dare un figlio a chi non ne ha, ma, al contrario, il mezzo per dare dei genitori a chi ne è privo¹⁶³.

Inoltre, con l'adozione, salvo i casi particolari, sono entrambi i genitori a non essere legati da un vincolo biologico con l'adottato. Questa circostanza crea, nella coppia, una situazione paritaria, una sorta di "solidarietà" derivante dal fatto che nessuno dei due *partner* è legato da un'identità genetica con il figlio.

Nell'ipotesi di procreazione eterologa - eccezion fatta per i casi, minoritari, in cui si ottiene la donazione di gameti, sia maschili sia femminili, di donatori estranei alla coppia - uno dei *partner*, sano, unisce il proprio materiale genetico con gameti di terzi, con la conseguenza che il nato, dal punto di vista biologico, è "solo figlio suo". Ora è innegabile che, in termini di equilibri psico-emotivi della coppia, detta situazione potrebbe essere pericolosamente significativa in fasi patologiche del rapporto, sia per la coppia sia per il figlio (ad esempio nell'ambito di disaccordi nei processi educativi, o in sede di separazione o divorzio)¹⁶⁴. In altri termini, la possibilità che uno dei *partner* possa "accusare" l'altro di essere stato in grado di generare e di essere il solo genitore ad avere un legame genetico con il nato, è un dato che il Giudice della legge potrebbe tenere in conto laddove decida di dare preminenza al massimo benessere psico - fisico del nascituro.

Diversamente, assumendo prioritari il diritto alla non discriminazione e alla salute della coppia, la Corte costituzionale potrebbe pervenire ad una pronuncia di accoglimento. A questo proposito, non si può ignorare che, preferendo l'opzione eticamente più accomodante, il legislatore italiano, in nome della massima tutela da accordare all'equilibrio psico - fisico del nato, da un lato vieta la procreazione eterologa nel proprio Paese, ma, dall'altro "chiude gli occhi" su quella che è

¹⁶³ In tal senso, v. Corte cost. n. 303/1996; Corte cost. n. 148/1992.

¹⁶⁴ Così, LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte Costituzionale*, cit.

l'effettività della realtà sociale¹⁶⁵. Le coppie, di fatto, ricorrono alla fecondazione eterologa all'estero e concepiscono un figlio che non è legato da un vincolo genetico con uno (o entrambi) i *partner*; al verificarsi di questa circostanza, non sembra che il legislatore si preoccupi di garantire al nato il diritto all'identità personale e familiare. In definitiva, ammettendo che le coppie con favorevoli possibilità economiche - e che vogliono sottoporsi allo stress psico-fisico derivante dall'effettuazione della pratica all'estero - possano ricorrere alla fecondazione eterologa in altri Paesi, il nostro legislatore ha realizzato una sorta di “*legittimazione dell'illegalità*”¹⁶⁶, ovvero una normativa che *evidentemente* presta il fianco alla possibilità di essere incoerente e illogica, nonché discriminatoria dal punto di vista delle condizioni economiche dei soggetti e in ragione del tipo di sterilità da cui le coppie sono affette.

Se il legislatore avesse voluto attribuire la effettiva preminenza del benessere per il figlio, avrebbe dovuto optare per la via più rigorosa, ossia per quella di sanzionare tutti i soggetti, comprese le coppie, che violano il divieto di fecondazione eterologa ed estendere tale divieto sia alla fase della produzione che a quella successiva dell'impianto dell'embrione fecondato con gameti di donatori terzi.

In questa prospettiva, non è da escludere, laddove la legge n. 40/2004 fosse ritenuta irragionevole (sotto il profilo delle sanzioni inflitte solo agli operatori sanitari e solo per la fase relativa alla fecondazione), una pronuncia della Corte, di accoglimento o quantomeno volta ad esigere un preciso intervento del legislatore circa l'introduzione di sanzioni per le coppie che ricorrono, all'estero, alla

¹⁶⁵ Secondo i dati pubblicati dalla Società europea di riproduzione umana ed embriologia (Eshre), sono circa 30 mila le coppie coinvolte ogni anno in questo “turismo procreativo”, di cui un terzo, il 32% circa, è rappresentato da italiani, che cercano così di aggirare, nel 40% dei casi, le limitazioni imposte dalla legge 40, come quella del divieto di fecondazione eterologa. I Paesi destinatari di questi viaggi sono Spagna, Svizzera, Belgio, Slovenia, Repubblica Ceca e Danimarca, mentre, dopo quelle italiane, le coppie viaggiano di più sono quelle di Germania (14,5%), Olanda (12,1%) e Francia (8,7%). Nel 40% dei casi che le coppie si recano all'estero per eseguire trattamenti di procreazione eterologa, mentre il 60% si rivolge a centri stranieri per eseguire trattamenti leciti in Italia, ma che crede essere più efficaci in Paesi dove esiste una legge più liberale.

¹⁶⁶ L'icastica espressione tra virgolette è di LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 1643.

procreazione assistita, nonché per i medici che impiantino, in Italia, embrioni fecondati all'estero, ottenuti con la fecondazione eterologa.

31. Alla luce di quanto sopra, non sembra inopportuno proporre soluzioni alternative di tutela. A tal riguardo, si stima utile evidenziare che le coppie italiane portatrici di patologie che non consentono la soluzione dei problemi di sterilità o infertilità con il ricorso alla fecondazione omologa, le quali al fine di poter accedere alla fecondazione eterologa potrebbero ricorrere (come è accaduto in materia di diagnosi genetica preimpianto) direttamente alla Corte di Strasburgo, per segnalare eventuali profili di contrasto tra gli artt. 8 e 14 della Convenzione e il divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge 40 del 2004, sotto l'evidenziato profilo di incoerenza che la normativa potrebbe presentare, posto che essa sanziona solo gli operatori sanitari e limita il divieto alla sola fase della produzione di embrioni e non al loro impianto.

Un'ulteriore strada potrebbe essere quella di chiedere al giudice ordinario la disapplicazione dell'art. 4, comma 3, della legge 40, per un possibile profilo di contrasto non con la CEDU, come hanno fatto i ricorrenti nelle ordinanze sopracitate - posto che, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, rimane fermo il divieto di disapplicazione della normativa interna che risulti essere in contrasto con la Convenzione - ma con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

La Carta di Nizza, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, acquisisce, infatti, oggi "lo stesso valore giuridico dei Trattati", divenendo diritto comunitario, con tutte le conseguenze in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali, soprattutto quanto alla possibilità di disapplicazione da parte del giudice nazionale di una legge interna che contrasta con una norma della Carta. Considerato che l'art. 7 della Carta di Nizza tutela, al pari dell'art. 8 della CEDU, il rispetto della vita privata e della vita familiare - diritto nel quale la Corte di Strasburgo fa rientrare il diritto di concepire un figlio e far uso a tal fine della

procreazione assistita - si potrebbe ipotizzare la disapplicazione della normativa italiana per un possibile contrasto con detta disposizione¹⁶⁷.

32. Definito lo stato della questione nel nostro Paese, può essere utile osservare, senza pretese di completezza, qual è la soluzione adottata in altri ordinamenti stranieri, atteso che il divieto di fecondazione eterologa vige, oltre che in Italia, soltanto in Lituania e in Turchia.

Francia. La procreazione assistita di tipo eterologo è ammessa con dono di gameti (sia di spermatozoi che di ovociti), ma non è possibile ricorrere ad una doppia fecondazione eterologa con dono di entrambi. È, invece, consentito alla coppia accettare un embrione concepito nell'ambito di un trattamento di procreazione assistita destinata ad un'altra coppia non più impegnata in un progetto genitoriale, ma che ha acconsentito al dono degli embrioni (spesso soprannumerari).

Disposizioni del *code de la santé publique* definiscono la donazione di gameti come "l'apporto da parte di un terzo di spermatozoi o di ovociti al fine di una procreazione medicalmente assistita" (articolo L 1244-1 cod. s. pub.). In entrambi i casi, una donazione non può dare luogo a più di dieci nascite (articolo L 1244-4 cod. s.pub.).

L'articolo L 1244-2, comma 1, cod. s. pub. prevede sia il consenso del donatore di spermatozoi (e di ovociti) sia quello dell'altro componente di una eventuale coppia. I consensi sono prestati con scrittura privata (registrata da un notaio o da un Tribunale civile) e possono essere revocati in ogni momento anteriore al trattamento.

Le donazioni debbono essere anonime e gratuite; ciò che riduce molto il numero di donatori e, soprattutto, di donatrici. Il principio dell'anonimato ha carattere relativo solo nei confronti del personale medico: infatti, in caso di

¹⁶⁷ Così, LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte Costituzionale*, cit.

necessità terapeutica, i medici possono avere accesso alle informazioni biologiche sul donatore, ad esempio, in caso di malattia del bambino, rivolgendosi ai centri di assistenza alla procreazione. La legge sulla bioetica del 2011 ha previsto, al riguardo, che la conservazione di tali informazioni sia sottoposta al controllo della Commissione su informatica e libertà, garante della conservazione dei dati personali (articolo L 1244 -6 cod. s. pub.).

Germania. La legge sulla tutela dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*: in sigla *ESchG*) del 13 dicembre 1990, entrata in vigore il 1° gennaio 1991, non disciplina espressamente la procreazione di tipo eterologo, ma non oppone comunque alcun divieto a tale tipo di fecondazione, salvo il limite derivante dal divieto di ovodonazione e di fecondazione *post mortem*, sancito nell'art. 4, comma 1, n. 3. L'unica condizione risulta essere la presenza del consenso del donatore e di quello della donna (art. 4, comma 1, n. 1 e 2). Infatti, ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2 “è punito con la reclusione fino a tre anni o con una multa: 1) chi effettua la fecondazione artificiale di un ovocita senza il consenso della donna che ha fornito l'ovocita e dell'uomo il cui spermatozoo è stato utilizzato per la fecondazione; 2) chi effettua un transfer embrionale in una donna senza che questa abbia prestato il proprio consenso”.

Gran Bretagna. Le tecniche di PMA disponibili non sono distinte in base alla natura omologa o eterologa dei gameti utilizzati. Lo sperma donato deve essere immediatamente congelato e sottoposto ai *test* per la presenza del virus HIV. I donatori sono di età compresa tra i 18 ed i 55 anni. Lo stato attuale della scienza non permette l'identificazione preliminare di tutte le malattie ereditarie. Se il bambino soffre di una malattia genetica trasmessagli dal donatore, egli potrebbe far agire contro la clinica o contro il donatore, adducendo la negligenza mostrata. Lo sperma proveniente da un singolo donatore può essere utilizzato per il trattamento di un massimo di dieci famiglie. I donatori possono, tuttavia, stabilire un numero di utilizzi inferiore.

Anche l'ovodonazione è ammessa sin dalla prima regolamentazione della procreazione assistita del 1990. Possono divenire ovodonatrici le donne di età compresa tra i 18 ed i 35 anni, in seguito all'esecuzione di una serie di accertamenti medici. Esse devono sottoscrivere un modulo di consenso all'uso dei propri ovuli nel corso di un trattamento; il consenso può essere revocato in qualsiasi momento fino all'utilizzo degli ovuli stessi. In generale, data la natura delicata degli ovuli, essi vengono donati ad un solo ricevente; in casi eccezionali, possono esserci due destinatari.

La fornitura dei gameti dietro pagamento di un corrispettivo è un illecito punibile penalmente, a meno che l'*Authority* non abbia emesso istruzioni al riguardo.

Dal 2005 è stato abolito l'anonimato per i donatori e le donatrici; pertanto la legge riconosce al nascituro il diritto di conoscere l'identità del genitore biologico a partire dal diciottesimo anno di età.

Grecia. La donazione di gameti ed embrioni è consentita in forma anonima: l'accesso alle informazioni mediche relative ai donatori è permesso solo al bambino e soltanto per ragioni mediche. È anche possibile l'ovodonazione familiare (tra sorelle, cugine) su autorizzazione del Tribunale.

Spagna. È consentita la donazione di gameti ed embrioni in forma anonima e gratuita; la donazione deve avere carattere non commerciale, ma è consentito un compenso evidentemente sufficiente ad attrarre un buon numero di donatori. L'identità del donatore può essere resa nota solo nel caso in cui ci sia un sicuro rischio per la salute o per la vita del bambino. I donatori e le donatrici debbono avere almeno 18 anni; i gameti di un donatore non possono essere usati per generare più di sei figli.

Svezia. Le donazioni di gameti sono consentite in forma gratuita e non anonima; i bambini, raggiunta la maggiore età, possono avere accesso all'identità del donatore o della donatrice.

Svizzera. È permessa la donazione di seme, ma è vietata quella di ovociti. La donazione non può essere retribuita, il donatore può dare il proprio seme solo ad un centro e il suo seme può essere utilizzato per concepire al massimo otto figli. Il bambino, una volta raggiunta la maggiore età, può ottenere le informazioni relative all'identità del donatore. Possono accedere alle donazioni solo le coppie sposate.

CAPITOLO QUARTO

LA TIPOLOGIA DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ

Sommario: 33. Le obiezioni sollevate in merito alla “madre su commissione” – 34. Le classificazioni della surrogazione di maternità e la c.d. “*manipolazione del Dna mitocondriale*” – 35. La donazione di ovocita: la punibilità dei soggetti coinvolti – 36. La locazione d’utero e la maternità surrogata in senso stretto: la validità degli accordi di sostituzione – 37. ... l’attribuzione della maternità – 38. ... la possibilità di aggiramento delle norme – Conseguenze – 39. ... l’individuazione della paternità – 40. L’esperienza di altri Paesi – 41. Aspetti di diritto internazionale privato relativi alla trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante la tecnica della maternità surrogata all’estero.

33. Il tentativo di dare un figlio a chi, per qualche circostanza e più specificamente, nell’ipotesi di cui si tratterà in questo capitolo, per problemi legati alla donna non lo può avere, ha indotto nel tempo gli operatori della PMA a tentare anche un’altra via. Ci si riferisce alla “maternità surrogata”, o “maternità per sostituzione” con la quale, una donna, con varie modalità, partorisce un figlio per conto di altri¹⁶⁸.

L’elemento peculiare di questa metodica consiste nella circostanza che si realizza uno sfasamento, quanto meno, tra due maternità, una prima, c.d. “uterina” (di colei, cioè, che materialmente porta a compimento la gravidanza e partorisce il figlio) ed una seconda c.d. “sociale” (di colei che, desiderosa di avere un figlio ma impossibilitata a farlo, lo “commissiona” alla prima). Ma la situazione potrebbe ulteriormente complicarsi qualora entrasse in gioco anche una terza figura di donna (la c.d. madre “biologica”), diversa dalla madre uterina e dalla madre sociale, che provvedesse a fornire il materiale genetico (l’ovulo) che una volta fecondato, desse inizio ad una gravidanza portata a termine da altri.

¹⁶⁸ L’ «attività» in argomento, pur con le evidenti diversità apportate dalle moderne tecnologie riproduttive, risulta tutt’altro che nuova dal momento che già nella Bibbia (Genesi 16, 1-3 e 30, 1-7) si racconta delle schiave Agar e Bila che concepirono figli per conto delle proprie padrone Sara e Rachele, unendosi con i mariti di queste ultime Abramo e Giacobbe.

È evidente che un fenomeno di questa complessità, così lontano dalla genitorialità naturale e nel quale è coinvolto almeno un altro soggetto (e talvolta più di uno) oltre alla coppia, offre la possibilità di avere un figlio a coloro che non sono in grado di procreare. Molte sono però le obiezioni sollevate.

Parte della dottrina ritiene che la surrogazione, determinando l'intrusione di una terza persona nella generazione, costituisca un fatto lesivo delle relazioni coniugali, una minaccia per la coppia e per la famiglia, tanto da essere assimilata, così come la inseminazione artificiale con seme di terzo donatore, alla violazione del dovere di fedeltà coniugale o, addirittura, all'adulterio. Sul punto, però, non tutti concordano: il ricorso alla maternità sostitutiva potrebbe, invero, determinare proprio un rafforzamento dei legami familiari e in particolare del ruolo materno della donna¹⁶⁹.

Un altro indirizzo reputa contraria alla dignità umana sia la circostanza che una donna possa disporre del proprio corpo come se fosse un'incubatrice, sia il fatto che persone trattino altre come semplici mezzi per raggiungere i loro fini: in tal senso si asserisce che non deve essere minimizzato lo sfruttamento delle madri surrogate, per lo più appartenenti a classi economiche e sociali di livello inferiore rispetto alle madri committenti. Secondo altra impostazione, tuttavia, la scelta di mettere a disposizione il proprio corpo è espressione della libertà e dell'autonomia della donna. Il pagamento di una somma di denaro, ad avviso dell'orientamento in esame, non sminuirebbe in alcun modo la decisione, ma la renderebbe, proprio per questo, più consapevole e rigorosa¹⁷⁰.

Ulteriori critiche alla maternità surrogata riguardano, infine, il rapporto madre-figlio che appare distorto in quanto l'approccio alla gravidanza viene falsato dall'impegno di consegnare il bambino, una volta nato, ad altra madre:

¹⁶⁹ In tal senso vedi la riflessione del giudice Sarkow della Superior Court of New Jersey, 31 marzo 1987, trad. it. in *Foro it.*, 1988, 104 ss., che nel famoso caso "*Baby Melissa*", si domanda come sia possibile ritenere che la surrogazione mini la tradizionale concezione della famiglia quando i coniugi senza prole desiderano tanto intensamente un figlio e dunque una famiglia. Sul punto cfr. *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, presieduta da Mary Wornock, Londra 1984 (c.d. rapporto Wornock), 8.1, trad. it. in *Dir. fam.*, 1986, 1278 ss.

¹⁷⁰ Per un approfondimento si rinvia a CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, 30 ss.

l'esperienza surrogatoria si assume essere una *unnatural practice*, dannosa per il nato, strappato a quel forte e intenso legame creatosi con la figura materna durante la gestazione. Queste valutazioni non trovano in realtà valido supporto nella scienza, non solo perché l'esperienza mostra numerosi esempi di madri che abbandonano o affidano ad altri il proprio figlio ma, soprattutto per la difficoltà di definire il concetto stesso di natura¹⁷¹.

Inoltre, secondo alcuni, l'accordo di maternità darebbe luogo ad una vera e propria compravendita di bambini. Anche questa obiezione non è totalmente condivisa, tenuto conto del legame genetico che generalmente unisce il nato ad almeno uno dei genitori committenti¹⁷².

34. Prima ancora di analizzare gli aspetti giuridici connessi alla maternità per sostituzione, occorre definire le varie tipologie di intervento che, tradizionalmente, vengono unificate sotto la ricordata unica espressione "surrogazione di maternità".

In proposito, si suole distinguere almeno tre diversi fenomeni: la donazione di ovocita, la locazione d'utero e la maternità surrogata vera e propria¹⁷³.

Il primo dei citati fenomeni si verifica quando una donna, che non potrebbe autonomamente concepire un figlio, si fa donare da un'altra donna un ovocita, che, fecondato con il seme del marito (o del compagno-convivente) le viene impiantato in utero, portando poi essa stessa a termine la gravidanza. In tale ipotesi, la fattispecie di surrogazione di maternità si realizza attraverso lo scissione delle due figure della madre biologica (colei che, fornendo l'ovocita, trasmette il proprio patrimonio genetico al nascituro) e della madre uterina e

¹⁷¹ Sul punto, v. ZATTI P., *Artificio e "natura" nella procreazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1986, 696 ss.

¹⁷² CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1525 ss.

¹⁷³ Cassano, in BALDINI G. e CASSANO G., *Persona, biotecnologie e procreazione*, cit., 215. Per ulteriori classificazioni v. MILAN R., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 286. Non condivide del tutto la classificazione ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civile comm.*, 2000, II, 195.

sociale (figure che vengono riassunte nella medesima persona, cioè in colei che partorisce).

A parere di chi scrive, un'ulteriore forma di surrogazione di maternità per donazione di ovocita potrebbe essere costituita, in futuro, dalla c.d. *“manipolazione del Dna mitocondriale”*.

Sul punto, occorre ricordare che il Dna si distingue in nucleare e mitocondriale: il primo, racchiuso nei cromosomi, contiene la maggior parte dei geni da cui vengono i tratti della persona, mentre il secondo, contenuto nei mitocondri, ha 37 geni coinvolti nella produzione delle proteine che consentono alle cellule di respirare. I difetti di questo secondo Dna, che solo le madri trasmettono ai figli, sono responsabili di diverse malattie, in alcuni casi molto gravi, come l'epilessia e la cecità.

Negli Stati Uniti, lo studioso Shoukhrat Mitalipov, della Oregon University di Portland, ha messo a punto una tecnica che consentirebbe di risolvere il problema. In sostanza, operando su animali, ha estratto il Dna nucleare della madre e lo ha trasferito nell'ovulo di una donatrice che conteneva Dna mitocondriale sano. Quindi l'ha unito al seme del padre. In questo modo sono nate tre scimmie che hanno l'eredità genetica di tre esseri: il seme del padre, il Dna nucleare della madre e quello mitocondriale della donatrice. Mitalipov ora vorrebbe il permesso per replicare questa tecnica negli esseri umani e quindi ha chiesto alla Food and Drug Administration, ovvero all'Organismo americano che regola le pratiche mediche e farmaceutiche, di studiare la questione.

I sostenitori della c.d. manipolazione del Dna mitocondriale la definiscono un grande progresso della scienza per evitare le malattie ereditarie. I suoi avversari la qualificano, invece, come manipolazione da ingegneria genetica¹⁷⁴.

Oltre alla donazione di ovocita, rientra nel concetto di maternità per sostituzione anche la locazione d'utero. Quest'ultima si verifica quando una donna si limita a portare a compimento una gravidanza e a dare alla luce un bambino il cui corredo genetico le è completamente estraneo. L'ipotesi, poi, può

¹⁷⁴ MASTROLILLI P., *Tre genitori per un figlio sano “È eugenetica”*. “No, è terapia”, in *La Stampa*, TuttoScienze, 26 febbraio 2014, 26.

ulteriormente suddividersi in quella in cui il materiale genetico appartenga interamente alla coppia committente (verificandosi, così, una sorta di PMA omologa, portata a termine nel corpo di un soggetto terzo) e in quella in cui vi è donazione del gamete maschile o di quello femminile o di entrambi (una specie di PMA eterologa nel corpo di un terzo).

Con riferimento alla prima ipotesi, si cita, a titolo di esempio, il caso apparso su diverse testate giornalistiche il 9 settembre 2012. Si allude, nel dettaglio, alla nonna-mamma Cindy Reutzel che, nell'ospedale di Naperville, in Illinois, a 53 anni ha realizzato il sogno della figlia Emily, portando in grembo il suo ovulo fecondato. In sostanza, la donna ha "prestato" il proprio utero alla figlia Emily, che qualche anno prima aveva subito un intervento di isterectomia radicale a causa di un tumore alla cervice ed era stata costretta ad interrompere una gravidanza in corso per curarsi.

Cindy ha donato ad Emily, che non poteva più avere figli, la possibilità di realizzare il sogno di diventare madre. Alcuni ovuli della giovane, prelevati e congelati prima dell'operazione, sono stati fecondati con lo sperma del marito e poi impiantati nell'utero della nonna (ovviamente dopo un approfondito check-up fisico e psicologico).

Il caso suesposto non è l'unico esempio di "nonna in affitto": era già capitato nell'agosto 2011 a Linda Sirois, 49 anni, del Maine, "madre surrogata" per il nipote Madden, che la figlia 25enne con problemi cardiaci non poteva portare in grembo.

Queste vicende hanno sollevato, com'era prevedibile, molte polemiche, essendosi creata una netta contrapposizione tra quanti hanno definito la "locazione d'utero" un "azzardo" medico e morale e quanti, invece, manifestando una grande sensibilità nei confronti delle coppie destinate altrimenti a non avere figli, hanno qualificato la disponibilità delle "nonne-mamme" come un gesto d'amore, verso le proprie figlie.

Il caso estremo è quello di cui si è avuto notizia nel nostro Paese. Una donna romana ha partorito due gemelli per conto di due coppie diverse di coniugi, limitandosi a mettere a disposizione il proprio utero, senza partecipare

geneticamente all'operazione. Gli embrioni impiantati, infatti, sono stati formati con i gameti conferiti dai membri delle coppie "committenti". La novità di tale caso consiste nel fatto che, attraverso il sempre più agevole superamento di ogni frontiera scientifica, si è realizzato un doppio "affitto d'utero", terminato con il parto di due "fratelli uterini", cresciuti, cioè, nel corpo della madre che ha portato a termine la gravidanza, ma derivanti dall'impiego degli ovuli fecondati di altre due donne¹⁷⁵.

Un'ulteriore tipologia di maternità per sostituzione è rappresentata, infine, dalla maternità surrogata vera e propria. Quest'ultima si verifica quando una donna non soltanto porta a termine una gravidanza "per conto terzi", ma presta anche il proprio materiale genetico. L'embrione, che dopo essersi sviluppato, vedrà la luce è dunque il frutto della fusione tra l'ovocita della stessa partoriente con il seme maschile altrui. Altruità del seme maschile che, a sua volta, potrebbe essere ricondotto al marito della donna "committente", o ad un donatore terzo.

35. Poste, dunque, le definizioni delle varie tipologie di intervento, che tradizionalmente vengono unificate sotto la ricordata unica denominazione di "surrogazione di maternità", occorre esaminare separatamente le problematiche relative alle diverse ipotesi esposte.

Come anticipato, la surrogazione di maternità per donazione di ovocita si ha quando il processo riproduttivo è iniziato grazie al ricorso ad un gamete femminile "estraneo". Per comprendere appieno la fattispecie è necessario riflettere sulla circostanza che da un'analisi superficiale può capitare di considerare tale tipo di PMA "terzo" rispetto a quelli già noti, in quanto la donazione di ovocita la caratterizzerebbe in maniera particolare. A ben vedere, tuttavia, essa non appare affatto differenziarsi da un'altra ipotesi, presa in

¹⁷⁵ DE LUCA, *Due gemelli con tre mamme*, in *La Repubblica*, 22 ottobre 1997.

considerazione e disciplinata dalla legge n. 40/2004: quella, cioè, della fecondazione eterologa¹⁷⁶.

Il possibile equivoco sull'apparente diversità delle due fattispecie potrebbe essere ingenerato dalla circostanza che quando si parla di PMA eterologa viene con più frequenza in mente l'ipotesi in cui a provenire dall'esterno della coppia sia il gamete maschile, laddove l'ovulo appartiene alla donna che partorerà. La spiegazione di ciò risiede nella circostanza che quest'ultima è senz'altro l'ipotesi più consueta. In realtà, tuttavia, la fattispecie in cui a provenire *ab externo* sia il gamete femminile non è, strutturalmente, per nulla diversa da quella in cui il materiale genetico estraneo alla coppia sia di provenienza maschile.

In effetti, il vocabolo "eterologo" indica una generica alienità del corredo cromosomico rispetto a quello della coppia che intende procreare e quindi il fenomeno della PMA eterologa, a parere della dottrina, va correttamente riferito ad ogni situazione di quel genere senza, dunque, che la fattispecie possa mutare a seconda della circostanza che il patrimonio genetico donato sia quello maschile o quello femminile¹⁷⁷.

Acclarata l'identità delle due fattispecie, appare semplice individuare lo *status* del nato a seguito di PMA per donazione di ovocita. Esso sarà quello di figlio di coloro che alle tecniche di PMA hanno fatto ricorso¹⁷⁸. Anche il rapporto con la terza donatrice dell'ovulo troverà regolamentazione nella norma dettata in ambito di PMA eterologa e quindi questa non potrà avanzare alcuna pretesa, né essere sottoposta ad alcun obbligo nei confronti del nato, come stabilito dall'art. 9, comma 3, l. 40/2004¹⁷⁹.

L'interpretazione proposta in dottrina si riflette, evidentemente, anche sulle eventuali sanzioni nei confronti dei soggetti coinvolti. Chi ricorrerà alla surrogazione di maternità per donazione di ovocita rientrerà sicuramente nella

¹⁷⁶ CORTI I., *La maternità per sostituzione*, cit., 4, ritiene che si sia al di fuori dell'ipotesi di maternità sostitutiva nel caso di mera donazione di ovuli (...) la maternità per sostituzione si caratterizza come maternità di una donna che si presta ad avere una gravidanza per un'altra donna.

¹⁷⁷ Individua chiaramente la problematica AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., 37 ss.

¹⁷⁸ A questo proposito, non appare superfluo evidenziare che il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 ha eliminato qualsiasi forma di differenza tra *figli naturali* e *figli legittimi*.

¹⁷⁹ V. *supra*, sub Capitolo terzo, par. 27.

disposizione di cui al comma 1 dell'art. 12, per avere semplicemente utilizzato "gameti estranei alla coppia richiedente" e, dunque, andrà esente da sanzioni grazie alla causa di esclusione di punibilità di cui al comma 8 dello stesso articolo. Ad eguale trattamento sarà pure sottoposta la donna che abbia "donato" l'ovocita, in quanto pur essendo "terza" rispetto all'uomo e alla donna, esenti da punibilità, essa ha il ruolo di semplice "donatrice" dell'ovulo, e come tale non è destinataria di sanzione né da parte dell'art. 9, comma 3 (che si limita a prevedere che essa non acquisirà ruoli parentali con il nato), né da parte del comma 6 dell'art. 12 che persegue chi "realizza, organizza o pubblicizza (...) la surrogazione", ovvero "fa commercio" di gameti.

36. Esclusa, dunque, la donazione di ovocita tra le ipotesi di surrogazione di maternità, restano, tuttavia, aperte le problematiche relative alla validità degli accordi di sostituzione, all'attribuzione della maternità e all'individuazione della paternità nelle ipotesi di locazione d'utero e di maternità surrogata vera e propria¹⁸⁰.

Prima che fosse approvata la legge n. 40/2004, un importante punto di riferimento per la soluzione della spinosa problematica riguardante l'ammissibilità delle pratiche di surrogazione di maternità si è rivelato l'intervento operato dalla giurisprudenza.

I giudici nell'affrontare la questione, si sono trovati a dover optare tra due soluzioni estreme: dichiarare gli accordi stessi inammissibili o, viceversa, parificarli ad un contratto a tutti gli effetti, con il conseguente obbligo per le parti di darvi esecuzione.

In Italia, quella che è rimasta a lungo l'unica pronuncia giurisprudenziale in materia, si è orientata in senso contrario all'ammissibilità delle pratiche di surrogazione materna. Ci si riferisce, in particolare, alla nota sentenza emessa il

¹⁸⁰ In tal senso, v. VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 156 ss.

27 ottobre 1989 dal Tribunale di Monza¹⁸¹, chiamato ad affrontare il caso sollevato da due coniugi che si erano accordati con una donna perché questa, ricevendo il seme del marito della madre sociale, portasse a termine la gravidanza e consegnasse loro il nato, con rinuncia ad ogni diritto verso di esso a fronte del versamento di un'ingente somma di denaro. Nato il bambino, la terza donna aveva chiesto altro danaro per adempiere all'impegno assunto, rifiutando, nel contempo, la "consegna". Convenuta in giudizio dai coniugi committenti per l'adempimento del contratto, la donna vinse la causa. I giudici negarono il diritto dei richiedenti a vedersi consegnare il neonato e dichiararono anche non ripetibili le somme già corrisposte dai coniugi committenti, ritenute prestazioni contrarie al buon costume *ex art. 2035 c.c.*

Il Collegio, per motivare tale conclusione, fece appello, anzitutto, ai principi della Carta Costituzionale (artt. 2 e 30, in particolare), dai quali si ricaverebbe il diritto del minore ad essere educato nella propria famiglia d'origine (a meno che questa, per incapacità, non sia in grado di adempiere al relativo obbligo), ad avere un unico, comune *status filiationis*, nonché all'identificazione dei propri genitori biologici.

A tale motivazione, i giudici lombardi aggiunsero che la Costituzione non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione, quale espressione del più generale diritto della personalità, tale da sovrapporsi a quello del minore ad essere allevato dalla propria famiglia¹⁸².

L'Organo giudicante chiamò, inoltre, in causa le difficoltà legate all'eventuale tentativo di giustificare la liceità delle pratiche di maternità surrogata mediante il riferimento all'istituto dell'adozione. Quest'ultimo, si legge nella sentenza in commento, "seppure asseconda il desiderio di fecondità degli aspiranti adottanti, presuppone l'esistenza in vita del minore adottabile (e, perciò, il bisogno precipuo di tutela da parte dello stesso e, quindi, non solo e non prioritariamente il desiderio della coppia sterile) ed è rigidamente presidiato da un

¹⁸¹ La sentenza è pubblicata in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1991, 611; nonché in *Giust. civile*, 1990, 482; e in *Foro Italiano*, 1990, I, 298, con nota di PALMIERI M., *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*.

¹⁸² Cfr. *supra*, Cap. I.

penetrante controllo preventivo e successivo della pubblica autorità (inteso, per di più, a verificare, essenzialmente, non tanto la prospettiva di benessere economico, quanto la capacità affettiva ed educativa della comunità d’inserimento)”.

Il Tribunale invocò poi, sotto il profilo strettamente civilistico, l’illegittimità dell’atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità, il quale, “quand’anche non cagioni una diminuzione permanente dell’integrità fisica della donna – assolutamente ingiustificabile, nella specie – e sia sanato dal consenso successivo, validamente espresso, non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell’avente diritto, a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all’ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume (art. 5 c.c.)”.

Il Collegio, dunque, escludendo la possibilità di rinvenire nella Costituzione o nella legge ordinaria i presupposti per legittimare un concetto di genitorialità, che prescindendo dal legame biologico, sancì la nullità dell’atipico contratto di maternità surrogata per mancanza, nell’oggetto, dei prescritti requisiti di possibilità e liceità (artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.). In particolare, nella sentenza in esame si legge che “se la funzione economico-sociale del contratto medesimo, da sottoporre, trattandosi di figura atipica, al giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322 c.c.), potrebbe forse, sotto l’aspetto strettamente finalistico, almeno nel caso in cui non sia previsto alcun corrispettivo, sfuggire ad una sanzione di illiceità, in quanto consistente nel procurare una discendenza, nel realizzare uno degli scopi naturali della famiglia (la procreazione), sicuramente non si sottraggono, invece, a censura i mezzi e i modi impiegati, ossia le prestazioni dedotte in obbligazione e gli effetti strumentali, rispetto a quello, per così dire, principale e tipizzante, mediante i quali si attua la funzione predetta¹⁸³.

¹⁸³ A parere degli organi giudicanti, “non possono, formare oggetto di un atto di autonomia privata, regolato dal quarto libro del codice civile, sicché non sono beni in senso giuridico, le parti del corpo umano (gameti ed organi della produzione, nella specie), sulle quali il soggetto ha un diritto della personalità e non un diritto patrimoniale e, quindi, il consenso alla disposizione delle stesse, se la prestazione non cagiona una diminuzione permanente dell’integrità fisica e non è contraria alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume, integra non già un negozio o un contratto, ma un mero atto unilaterale di volontà lecito, ma sempre revocabile e, in caso contrario, integra un atto illecito. Non possono, inoltre, essere dedotti in obbligazione una prestazione consistente nel compimento dello sviluppo fetale del nascituro, che non è, anch’esso, un bene

A tutto ciò, i giudici lombardi aggiunsero che la nullità del contratto è determinata anche dalla illiceità della causa, quando venga pattuito il versamento di un corrispettivo, o per frode alla legge (art. 1344 c.c.) ove s'intendano aggirare le norme sull'adozione dei minori.

Dalla rilevata nullità, ovviamente, derivò, per la coppia committente, la mancanza di una tutela giudiziaria delle proprie ragioni, di fronte al rifiuto della madre surrogata o portante di dare piena esecuzione alle obbligazioni assunte, nonché, come già accennato, l'impossibilità, stante il disposto dell'art. 2035 c.c., di esigere la ripetizione di quanto eventualmente pagato in anticipo a titolo di compenso.

Le citate posizioni furono, però, disattese dalla successiva giurisprudenza. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 17 febbraio 2000, si pronunciò, discostandosi nettamente dall'orientamento seguito dai Giudici di Monza, per la liceità e meritevolezza del contratto di maternità surrogata¹⁸⁴.

Il caso affrontato era quello di due coniugi che, affetti da problemi di sterilità, avevano concluso un contratto di prestazione medica finalizzato alla fecondazione degli ovociti in provetta. In attesa di una donna che acconsentisse a portare a termine la gravidanza, gli embrioni vennero crioconservati.

Quattro anni più tardi, resasi disponibile una donna, la coppia si rivolse al medico per procedere all'impianto degli embrioni, ottenendo, però, un rifiuto da parte dell'operatore sanitario, il quale, pur non essendo obiettore di coscienza, dichiarò di essere "vincolato" al codice di deontologia medica, che vieta espressamente l'accesso a pratiche di maternità surrogata¹⁸⁵. I coniugi adirono,

giuridico, né tantomeno, il fatto in sé della riproduzione umana o peggio, ancora, la stessa persona da chi dovrà essere concepito. Non possono, ancora, formare oggetto di contratto e, comunque, è vietato costituirli, modificarli od estinguerli negozialmente, gli *status* personali, quali quello di figlio e quello di madre, i *munera*, quali la potestà dei genitori, ed i diritti personali dei minori all'educazione ed al mantenimento nella famiglia *iure sanguinis*. Del pari, non possono essere negoziati comportamenti costituenti reato".

¹⁸⁴ Tale provvedimento è pubblicato in *Corr. Giur.*, 2000, 483. Con ordinanza del 29 marzo 2000, *ivi*, 663, i giudici del reclamo, con una decisione di carattere meramente processuale, hanno confermato sostanzialmente il provvedimento cautelare, impugnato, con reclamo *ex art. 669-terdecies*, dal P.M. e dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei medici chirurghi ed odontoiatri.

¹⁸⁵ A questo proposito, si noti che il divieto di attuare forme di maternità surrogata sancito nell'art. 44 del codice di deontologia medica del 1995 è stato ribadito nell'art. 42 dell'attuale codice di deontologia medica.

allora, l'autorità giudiziaria, adducendo quale *fumus boni iuris*, la validità del contratto concluso col medico prima dell'approvazione del codice deontologico (del 25 giugno 1995) e, come *periculum in mora*, il pregiudizio imminente e irreparabile legato al rischio di deterioramento degli embrioni.

L'adito Tribunale di Roma accolse la domanda attorea, affermando che il contratto atipico di maternità surrogata, con cui una donna assume l'obbligazione di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia che riceverà e allevierà come proprio il neonato, persegue un interesse meritevole di tutela della coppia stessa all'autorealizzazione genitoriale, ed è valido se la madre surrogata non sia spinta da motivi di lucro, ma dall'intento solidale di soddisfare il bisogno di maternità dell'altra donna e purché non si impegni ad astenersi completamente dai rapporti col bambino, dovendole essere permesso di partecipare alla sua crescita.

A sostegno del proprio orientamento, il Collegio capitolino sostenne l'esistenza di un diritto ad essere genitori, come diritto costituzionalmente tutelato, anche a prescindere dall'evento naturale del parto, nonché la non contrarietà del consenso della madre sostituita all'art. 5 c.c. ed ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume. In particolare, discostandosi nettamente dall'indirizzo seguito dal Tribunale di Monza, ritenne possibile e lecito l'oggetto del contratto in esame e si pronunciò, pertanto, per l'ammissibilità dell'atto di disposizione del proprio corpo sulla base della considerazione secondo la quale "è vero che la coscienza morale e sociale non può permettere la commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità, comportando ciò una gravissima lesione della dignità della persona amata, ma tale affermazione deve essere messa in dubbio quando il consenso all'utilizzazione dell'utero sia determinato, come nella vicenda che si esamina, da ragioni di solidarietà e concesso per spirito di liberalità".

Logica conseguenza del ragionamento seguito dal Tribunale di Roma fu l'affermazione della validità del contratto di maternità surrogata e la legittimità della pretesa della coppia committente che la donna terza portasse a compimento la gravidanza.

Tale decisione sollevò, com'era prevedibile, molte polemiche in letteratura. In particolare, due erano le diverse impostazioni che si contrapponevano in dottrina. Da un lato si poneva chi riconosceva al Collegio capitolino il merito di aver manifestato una grande sensibilità nei confronti delle numerose coppie condannate a non avere figli in modo naturale¹⁸⁶. Su opposta posizione si attestava, invece, chi negava la validità degli accordi di maternità surrogata alla luce dei principi costituzionali e delle disposizioni codicistiche (in particolare, artt. 5 e 269 c.c.)¹⁸⁷.

Il nostro legislatore si è orientato proprio in quest'ultima direzione. La legge n. 40 del 2004, infatti, proibisce radicalmente, alludendo genericamente alla "surrogazione di maternità" (art. 12, comma 6), ogni forma di accordo avente ad oggetto la gestazione, si tratti di vera e propria surrogazione materna o, invece, di affitto d'utero. L'illiceità (per contrarietà a norme imperative) è prevista, inoltre, indipendentemente dal fatto che la stipulazione del contratto avvenga pattuendo un compenso in danaro o, invece, a titolo di atto di liberalità.

37. Oltre alla enunciazione della proibizione e della conseguente sanzione, la legge n. 40/2004 null'altro prevede, lasciando pertanto irrisolte, come si è già avuto occasione di anticipare, molte questioni che, stante la delicatezza dei rapporti coinvolti, avrebbero meritato adeguate risposte: sarebbe stato utile e necessario precisare, ad esempio, gli effetti di eventuali, per quanto sanzionati, rapporti surrogatori. Si allude, nello specifico, al problema, forse più rilevante, posto dalle pratiche di surrogazione materna, riguardante la determinazione della condizione giuridica del nato. Ci si chiede, in particolare, quale sia da considerare la vera genitrice del bambino procreato mediante tali tecniche, comportando esse una inevitabile moltiplicazione della figura materna e mettendo, in crisi, uno dei

¹⁸⁶ DOGLIOTTI M., *Maternità surrogata: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e dir.*, 2000, 156.

¹⁸⁷ SESTA M., *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. Giur.*, 2000, 483.

principi cardine in materia di accertamento del rapporto generazionale, quello, cioè, secondo il quale *mater semper certa est*.

La pressante necessità di affrontare e risolvere tale questione dipende anche dal fatto che la regolamentazione dello stato del nato finisce col costituire un proficuo strumento per scoraggiare il ricorso alle tecniche in esame. Eppure il legislatore italiano non ha fornito alcuna indicazione al riguardo, essendosi limitato a vietare e punire il ricorso alla maternità surrogata (artt. 4, terzo comma, e 12, comma 6).

L'attuale punto di riferimento normativo – per la soluzione della controversa identificazione della madre legale – resta, dunque, solo l'art. 269, comma 3, del codice civile, secondo il quale la maternità è stabilita dal parto.

Sebbene si tratti di una disposizione indubbiamente elaborata in relazione al procedimento naturale di filiazione, la maggior parte delle leggi straniere e delle proposte di disciplina legislativa presentate in Parlamento nel corso delle passate legislature hanno ritenuto applicabile il principio in essa contenuto anche nel caso di nascita conseguente a tecniche di procreazione assistita. E non sembra che il nostro legislatore abbia inteso regolarsi diversamente in proposito: risulta verosimile che l'omissione contenuta nella legge n. 40 derivi proprio dall'aver il legislatore stesso data per scontata, in ogni caso, la maternità della partoriente.

Pare, comunque, opportuno evidenziare che – secondo quanto non ha mancato di osservare la dottrina che si è occupata della materia¹⁸⁸ – la questione si ponga diversamente, secondo che si tratti dell'ipotesi, più diffusa, in cui la madre surrogata si faccia fecondare col seme di un uomo, impegnandosi a consegnare l'embrione a costui (e alla sua *partner*), o di quella, senz'altro più delicata, che si verifica allorché la madre sociale contribuisca alla generazione col proprio materiale genetico¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Le cui opinioni, sebbene manifestate prima dell'approvazione della legge attualmente vigente, risultano ancora attuali, non avendo il legislatore assunto, lo si ripete, una esplicita presa di posizione riguardo alla identificazione della maternità nel caso di surrogazione della stessa.

¹⁸⁹ Si ricordi la distinzione operata da Trabucchi A., *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di maternità e di paternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 502, tra i due concetti di “madre in affitto” e di “affitto di ventre”. Nel primo caso “la donna presta tutto di sé alla coppia che dà l'incarico: dalle sue capacità generative alla completa gestazione”. Madre, in tale fattispecie, è, nell'ottica dell'a., senz'altro la partoriente –madre genetica, valendo gli eventuali impegni a favore di terzo

Mentre vi è sempre stata ampia concordia di opinioni circa la prevalenza, nel primo caso, della madre portante (e biologica) su quella meramente sociale, non altrettanto può dirsi riguardo all'ultima fattispecie prospettata. In tal caso, infatti, l'inconsueto sdoppiamento dell'apporto genetico fra madre genetica e quella uterina impone la necessità di compiere una "tragica scelta fra due verità parziali"¹⁹⁰, entrambe parimenti rilevanti: mentre dalla prima dipende la trasmissione al nascituro del patrimonio genetico, è la seconda che lo prepara alla vita, attraverso l'inscindibile legame che si instaura, durante la gestazione, tra le proprie funzioni vitali e quelle del feto che porta in grembo.

Sebbene alla luce del principio codicistico, un consistente orientamento si sia indirizzato, anche in tale ultima ipotesi, verso l'attribuzione della maternità alla partoriente¹⁹¹, siffatta soluzione non ha mancato di sollevare contrasti tra gli studiosi.

A quanti hanno evidenziato l'esigenza imprescindibile e condizionante – ai fini dell'eventuale identificazione della vera madre sulla base del duplice fattore biologico e sociale - di un puntuale intervento legislativo orientato in questa direzione¹⁹², si è opposto chi, seguendo una strada diversa, ha ritenuto insufficiente, già *de jure condito*, il dato "ginecologico" del parto¹⁹³.

esclusivamente sul piano "extragiuridico". Nella seconda ipotesi, invece, "la portatrice mette in opera soltanto la sua capacità e gli oneri per dare incremento al seme altrui". Anche qui, peraltro - sottolinea l'a. -, la maternità non pare vada attribuita a donna diversa dalla partoriente. L'a. evidenzia che "il lavoro della gestante non è un lavoro per altri" e che la "volontà non può avere un significato determinante". Viene, inoltre, richiamato il concetto di *responsabilità* degli atti umani: la partoriente non può pretendere, secondo l'a., che la responsabilità di un rapporto vitale sia assunta dalla committente.

¹⁹⁰ Così testualmente, PATTI S., *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 242, il quale si riferisce, appunto, alla verità genetica, da un lato, e a quella del parto, dall'altra.

¹⁹¹ Oltre a Trabucchi A., *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di maternità e di paternità*, cit., 242, si esprimono in tal senso, tra gli altri, BIANCA M., *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 969 ss, COMPORTI M., *Profili costituzionalistici e civilistici*, in *Justitia*, 1985, 336 ss. e CALOGERO M., "La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi", Giuffrè, 1989, 201.

¹⁹² In questo senso, v. QUADRI E., *Le tecniche di riproduzione tra diritto vigente e possibili opzioni legislative*, in *Famiglia e ordinamento civile*, 1999, 259, il quale afferma l'insuperabilità, almeno alla luce del diritto vigente, del principio che individua nella partoriente la madre legale.

¹⁹³ Tra gli studiosi che attribuiscono prevalente rilievo alla madre genetica-committente, perché ritenuta meglio in grado di assicurare le ragioni del bambino di quanto non lo sia la partoriente, emergono CLARIZIA R., *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Giuffrè, 1988, 143; GORASSINI A., *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir.fam. pers.*,

Sotto quest'ultimo profilo, si è osservato che solo apparentemente la legge attribuisce la maternità alla donna partoriente. Il principio che sta alla base della regola contenuta nell'art. 269, comma 3, c.c., andrebbe, infatti, letto nel senso che madre è colei che partorisce il frutto della fecondazione di un proprio ovocita. Se il legislatore del 1942 non ha espressamente richiesto la sussistenza di tale coincidenza tra madre partoriente e madre genetica, ciò sarebbe dipeso – si è detto - esclusivamente dalla impossibilità per lo stesso di immaginare una situazione diversa.

Nel caso in cui, dunque, per effetto del ricorso alla pratica della locazione d'utero, tale coincidenza venga effettivamente a mancare, la scelta tra le due donne dovrebbe essere fatta tenendo conto dell'interesse del nascituro, che, secondo l'orientamento considerato, si identifica nell'attribuzione della genitorialità alla madre genetica (sempreché questa coincida con la madre committente)¹⁹⁴. Solo quest'ultima, infatti, avrebbe con il bambino un legame affettivo, oltreché biologico, considerato il contributo, non solo genetico, ma anche sociale - avendo la stessa posto in essere coscientemente e responsabilmente la serie causale di atti conclusasi con la nascita - dato alla creazione dell'embrione¹⁹⁵.

1987, 1249 ss., nonché BALDINI G., *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam.* 1998, 780.

Anche il Tribunale di Rimini (24 marzo 1995), in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1996, fasc. 6, 1502 ss., pur trattando una questione non riguardante la maternità surrogata, ha “incidentalmente” affrontato l'argomento. I giudici hanno ritenuto la “gravidanza per procura” un'ipotesi speculare a quella esaminata (inseminazione eterologa) e, pertanto, sono giunti ad estendere a tale fattispecie i principi affermati per la donazione di seme. Come nel caso di fecondazione della donna con gamete di terzo “nessun rapporto genetico sussiste tra il marito (o convivente) e il nascituro (rapporto che sussiste, invece, nei confronti del donatore)”, così, nel caso di affitto d'utero, in omaggio alla prevalenza del dato biologico, madre non sarebbe quella che porta a termine la gravidanza (fungendo da “incubatrice”), ma la titolare del patrimonio genetico. Il Collegio riminese giustifica la discrepanza tra siffatta conclusione e il chiaro disposto codicistico (art. 269, comma 3, c.c.) facendo leva sui progressi scientifici (che rendono possibile la scissione tra madre partoriente e biologica) e appellandosi all'obbligo, penalmente sanzionato, di “non alterare il rapporto di procreazione e discendenza dei minori”.

¹⁹⁴ In tal senso, v., per tutti, VERCELLONE P., *Fecondazione assistita e status familiari*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, in *Atti del convegno tenuto a Pisa*, 30 gennaio – 2 febbraio 1997, *Cic Ed. internaz.*, 104.

¹⁹⁵ SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004, 139 ss., secondo il quale, tra partoriente e madre genetica donatrice, dovrebbe prevalere sempre o quella che abbia anche voluto il bambino, o colei che risulti legata da vincolo matrimoniale con il padre del bambino. Mentre, nel caso in cui alla procreazione contribuiscano addirittura tre donne

La tesi, tutto sommato, più accreditata resta, comunque, quella che attribuisce alla partoriente la maternità legale: tra gli argomenti a sostegno di tale opzione particolare rilevanza sembra vada riconosciuta alla constatazione che il nato acquista la capacità giuridica al momento del distacco dall'alveo materno, a nulla rilevando la circostanza che il parto sia seguito alla immissione nel corpo della gestante di un ovocita altrui¹⁹⁶. Si osserva, inoltre, che è nel comportamento della madre portatrice che va ravvisato l'elemento di autoresponsabilità necessario alla costituzione del concetto giuridico di maternità¹⁹⁷; che è grazie al contributo della gestante che la vita della persona sorge e si sviluppa in un legame simbiotico con la madre fino al momento del parto¹⁹⁸; che la partoriente non è una macchina per produrre figli, né un animale il cui ventre può essere utilizzato per un puro servizio materiale¹⁹⁹. Ma, soprattutto, che è la gestante a restare "arbitra" della prosecuzione della gravidanza²⁰⁰.

38. Premesso quanto sopra, si ritiene necessario non sottrarsi ad un esame delle possibilità di aggiramento delle norme e alle conseguenti problematiche che la fattispecie presenta.

(partoriente, donatrice e aspirante madre), la maternità andrebbe senz'altro ascritta alla madre sociale, sebbene la stessa non sia né madre genetica né partoriente. "E nell'estrema ipotesi di mancanza anche di questa, si verificherebbe, in sostanza, un abbandono del minore, con possibilità quindi di fare luogo ad una declaratoria di stato di adottabilità, restando formalmente madre legale la donna partoriente, secondo il criterio-base previsto dall'art. 269 c.c. Potrebbe comunque riconoscersi, per legge o per decisione del giudice, una sorta di prelazione adottiva a favore della coppia committente della procreazione per surrogazione". Al riguardo, v., anche BALDINI G., *Volontà e procreazione*, cit., 764 ss. L'a. afferma, inoltre, che il superamento dell'interpretazione tradizionale dell'art. 269, comma 3, c.c. dovrebbe essere favorito anche dalla circostanza che allo stato attuale "è sempre più fattibile la crescita artificiale del feto, realizzata, cioè, senza nessun collegamento con un ambiente biologico umano". "Risulta evidente", dunque, secondo l'a., "che si potranno avere nascite senza parto, prive così di quel fatto dal quale si vuole far scaturire l'attribuzione della maternità giuridica". Con riferimento all'*utero artificiale*, v. AARATHI TPRASAD, *Storia naturale del concepimento*, Bollati Boringhieri, cit. nella nota 84.

¹⁹⁶ DOGLIOTTI M., *Inseminazione artificiale e rapporti di filiazione*, in *Giur.it.*, 1991, I, 2, 73.

¹⁹⁷ CALOGERO M., *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, cit., 158.

¹⁹⁸ TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di maternità e di paternità*, cit., 502, nonché BIANCA M., *Stato delle persone*, cit., 970.

¹⁹⁹ TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di maternità e di paternità*, cit., 502.

²⁰⁰ SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, cit., 281 ss.

È opinione comune che la regola fondamentale del nostro ordinamento destinata a regolare l'attribuzione di maternità, allo stato attuale, non può non essere individuata nel disposto del già ricordato art. 269, comma 3, del codice civile, secondo cui il nato è figlio della donna che lo ha partorito²⁰¹.

Non v'è dubbio, inoltre, che il divieto di anonimato della madre di cui all'art. 9, comma 2, della legge n. 40 del 2004, presuppone, per essere operativo, che sia nota la circostanza che la gravidanza è iniziata a seguito dell'applicazione di tecniche di PMA. Fuori da quelle ipotesi il divieto di anonimato non esiste.

In caso di aggiramento delle norme (ed, in particolare, dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 e dell'art. 269, terzo comma, c.c.), potrebbe accadere che una donna si sottoponga a tecniche di "surrogazione" presso un Centro situato oltre confine. A gravidanza iniziata, ella potrebbe tranquillamente tornare in Italia, ivi completare la gestazione e partorire. Ometterebbe, ovviamente, di far menzione della PMA praticata all'estero e, al momento del parto, chiederebbe di non essere nominata nell'atto di nascita. Facoltà che, a quel punto (non risultando il figlio nato da PMA) le verrebbe senz'altro concessa. Così facendo, l'attribuzione di maternità tornerebbe ad essere incerta²⁰².

Potrebbe ancora accadere che il nato venga riconosciuto dal marito della committente la nascita (con salvezza dei problemi di cui si dirà nel trattare l'attribuzione di paternità) e infine adottato anche dalla medesima *ex art.* 44, comma 1, lett. *b)* della legge n. 184 del 1983 sull'adozione. Circostanze queste che permetterebbero di completare l'*iter* voluto, facendo, dunque, sorgere il

²⁰¹ BISCONTINI G., *La filiazione legittima*, in BONILINI e CATTANEO (diretto da), *Il diritto di famiglia, III, Filiazione e adozione*, Torino 1997, 53; Secondo GORASSINI, voce *Procreazione (diritto civile)*, in Enc. dir., XXXVI, Milano 1987, 963, si dovrebbe giungere alla conclusione, anche alla luce di una lettura sistematica delle norme in materia di filiazione, che il ruolo di madre spetta senza possibilità di dubbio a colei che ha messo al mondo il neonato.

²⁰² Non pare che allo stesso risultato si possa pervenire sottoponendosi alle pratiche di PMA in un Centro italiano, andando poi a partorire in una struttura molto lontana dallo stesso, tentando di proporre la gravidanza come "naturale" e chiedendo, quindi di non essere menzionata nell'atto di nascita. Ad impedire il conseguimento di tale risultato dovrebbe intervenire il Registro di cui all'art. 11 della legge n. 40 del 2004 nel quale dovrebbero essere annotati tutti gli embrioni formati a seguito dell'applicazione di tecniche di PMA perché esso consentirebbe di individuare la corrispondenza tra colei che ha partorito (ovunque abbia partorito – purché in Italia -) e colei con il cui materiale genetico è stato formato l'embrione impiantato. Ciò che impedirebbe l'anonimato della partoriente.

sospetto che per eludere il divieto di maternità surrogata sancito dalla legge n. 40 del 2004 sia sufficiente recarsi all'estero (come accade d'altronde anche per la fecondazione eterologa), sottoporsi alla PMA e poi venire in Italia a partorire.

E che l'ipotesi non sia fantasiosa è dimostrato dalla sentenza del Tribunale di Salerno del 15 novembre 1991, confermata in appello il 25 febbraio 1992. In questo caso, la moglie aveva chiesto, in base all'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983, di ottenere l'adozione del figlio del proprio marito, nato da un'inseminazione artificiale con il contributo genetico di quest'ultimo e di una donna (anonima), che aveva anche portato a termine la gravidanza per loro conto. La Corte concesse l'adozione, sostenendo, da un lato, che tale soluzione corrispondeva al preminente interesse del minore, menzionato dall'art. 57, n. 2, della legge n. 184/1983 e, dall'altro, che l'esistenza di un contratto illecito di maternità surrogata non poteva condizionare negativamente l'applicabilità di una precisa norma vigente²⁰³.

39. Si è poc'anzi ipotizzato che il padre genetico “committente” riconosca come proprio figlio il nato e, in applicazione di quanto previsto dall'art. 252 del codice civile, ne chieda l'inserimento nella propria famiglia legittima²⁰⁴.

²⁰³ Si è espressa, invece, in senso contrario la giurisprudenza francese, dove la Corte di Cassazione (31 maggio 1991, in *Foro it.*, 1991, IV, I, con nota critica di PONZANELLI G., *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità di sostituzione: il caso francese*), intervenuta per decidere circa l'adottabilità della figlia denunciata dal padre naturale, da parte della moglie di lui, ha dichiarato inammissibile l'adozione della bambina richiesta alla donna committente.

La Corte francese è pervenuta a tale conclusione sostenendo la “contrarietà del contratto di maternità surrogata ai principi di indisponibilità del proprio corpo e dello stato della persona”. In particolare, nella decisione si legge, con riferimento alla sentenza del giudice di merito che aveva concesso l'adozione della bambina, che “così statuendo – dal momento che questa adozione non era che l'ultima fase di un processo d'insieme volto a permettere ad una coppia l'accoglimento nel suo focolare di una bambina, concepita in esecuzione di un contratto tendente all'abbandono della stessa da parte di sua madre alla nascita, e che ledendo i principi di indisponibilità del corpo umano e dello stato delle persone, questo processo costituisce un «*detournement*» dell'istituto dell'adozione – la Corte d'Appello ha violato i testi suddetti”. Per una critica all'orientamento della Corte di Cassazione francese, v. CORTI I, *La maternità per sostituzione*, cit., 140 ss.

²⁰⁴ In dottrina, prospetta tale soluzione MORETTI M., *La procreazione artificiale*, in BONILINI G. e CATTANEO G. (diretto da), *Il diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, cit., 253. In giurisprudenza tale costruzione ha trovato esatta conferma, e proprio in un'ipotesi di surrogazione di maternità, in una sentenza del Tribunale dei minori di Roma del 31 marzo 1992 (rinvenibile in *Dir. fam.*, 1993, 188), secondo cui “qualora risulti dimostrato [...] che il riconoscimento, da parte di persona coniugata, del figlio non riconosciuto dall'altro genitore sia veritiero (e non costituisca per ciò lo strumento per celare la compravendita del minore), non v'è luogo a procedere alla

Il meccanismo appena descritto parrebbe di semplice applicabilità, sembrando non difficoltoso ricondurre la paternità al soggetto maschile della coppia che ha deciso di ricorrere alle metodiche di PMA surrogata.

L'ipotesi sopra indicata potrebbe, però, realizzarsi solo nel caso in cui concorressero congiuntamente due condizioni: la prima, che la donna che ha partorito non fosse, a sua volta sposata; la seconda che il marito (o il convivente) della madre sociale fosse davvero colui che ha fornito il materiale genetico alla donna che poi ha partorito.

A proposito della prima, basterà ricordare che se la donna che ha partorito è a sua volta già sposata con un altro uomo, in ossequio a quanto previsto dall'art. 231 c.c. la paternità andrà riconosciuta al marito di lei, senza possibilità di disconoscere il nato; con definitiva compromissione dei rapporti con il committente, stante l'impossibilità, stabilita dall'art. 253 c.c. di un riconoscimento, da parte del padre naturale, contrastante con lo *status* di figlio di altra persona. La situazione sarebbe, peraltro, ulteriormente complicata dalla circostanza che da un lato, per costante giurisprudenza²⁰⁵, il padre naturale non potrebbe nemmeno introdurre l'azione di contestazione della legittimità di cui all'art. 248 c.c. e, dall'altro, che se le operazioni di surrogazione sono note,

nomina di un curatore speciale, ex artt. 263 e 74, legge 184 del 1983, per l'impugnazione del riconoscimento effettuato, ma occorre solo decidere se l'inserimento del figlio nella famiglia legittima del genitore naturale sia rispondente al suo interesse psicofisico e morale, rimanendo l'art. 252 c.c. pertinente ed applicabile anche qualora il concepimento con donna diversa dalla moglie del padre, donna rimasta sconosciuta, sia avvenuta, per volontà di entrambi i coniugi, a seguito di inseminazione artificiale con liquido seminale del marito".

²⁰⁵ Secondo Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 1989, n. 25 (in *Foro it.*, 1990, I, c. 959; in *Riv. giur. scuola*, 1990, 1111 con nota di DANIELE) il preteso padre naturale non è legittimato ad esperire l'azione prevista dall'art. 248 c.c. per la contestazione dello stato di figlio legittimo allo scopo di ottenere l'accertamento della paternità naturale, giusta la preclusione posta dall'art. 235 c.c. che consente l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità alla madre, al marito di lei ed al figlio divenuto maggiorenne. Posizione che trova conferma anche in Cass. civ., sez. I, 18 settembre 1986, n. 5661 e in App. Cagliari 19 ottobre 1991 (in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 458), secondo cui anche qualora non vi sia conformità tra atto di nascita e possesso di stato, l'impugnativa della paternità è consentita esclusive mente mediante l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ad opera di soggetto legittimato. Pertanto, anche in caso di difformità tra atto di nascita e possesso di stato, il preteso padre naturale non è ammesso ad esperire l'azione di contestazione della legittimità al fine di rimuovere la paternità legale. Ed anche in App. Catania 7 maggio 1990 (in *Giur. mer.*, 1992, 883, con nota di PIRRONE), il presunto padre naturale non è legittimato a proporre l'azione di contestazione della legittimità del figlio al fine di procedere poi al riconoscimento, poiché il rapporto di filiazione legittima può essere escluso solo con l'azione di disconoscimento di paternità.

scatterà la preclusione al disconoscimento anche da parte del marito della madre sostituita *ex art. 9, comma 1, della legge 40 del 2004*.

Per superare questi due ultimi ostacoli, da un lato, sarebbe necessario che il coniuge o il convivente della madre sostituita facesse accertare la propria contrarietà (cioè l'assenza di consenso) alle operazioni di PMA, rendendo così possibile, *ex art. 9, comma 1, l. 40 del 2004*, il disconoscimento del nato, ai sensi dell'art. 235 c.c., con conseguente rimozione dello *status* di figlio, che altrimenti non sarebbe possibile²⁰⁶. Il che consentirebbe al nato di venire successivamente riconosciuto come figlio da parte del padre genetico committente. Ma è chiaro che l'azione di disconoscimento farebbe emergere inevitabilmente l'illiceità della pratica, con conseguente applicazione delle sanzioni di legge.

Diversamente si potrebbe argomentare nell'ipotesi in cui alla surrogazione si fosse ricorsi "in clandestinità". In tale eventualità la circostanza che il nato derivi da PMA non sarebbe nota e, dunque, non sarebbero nemmeno operative le limitazioni all'azione *ex art. 235 c.c.* Poiché, però, il padre naturale non potrebbe, come ricordato, proporre autonomamente l'azione *ex art. 248 c.c.*, l'unica possibilità sarebbe che a proporre l'azione di disconoscimento fosse il marito della partoriente. Il che, ovviamente, porrebbe il padre naturale committente alla mercé dello stesso.

Venendo ora, alla seconda condizione (cioè quella in cui il padre committente non avesse nemmeno fornito il materiale genetico), basterà osservare che il semplice ruolo di promotore della procedura parrebbe essere elemento veramente insufficiente per fondare il proprio legame con il nato.

40. Definito lo stato della questione nel nostro Paese, può essere utile soffermarsi brevemente e senza pretese di completezza, sulle soluzioni adottate in altri ordinamenti.

²⁰⁶ È ammessa l'azione di disconoscimento della paternità nel caso in cui la fecondazione eterologa sia avvenuta all'insaputa del marito, purché, però, avvenga nel termine di un anno dal momento in cui si è venuti a conoscenza del ricorso a tale metodo di procreazione. Lo ha stabilito la Corte di cassazione, con la sentenza n. 11644/2012, rigettando il ricorso di un padre che lamentava di aver scoperto solo parecchio tempo dopo la nascita di non essere il genitore biologico della figlia.

Austria. La maternità surrogata è vietata.

Belgio. La surrogazione di maternità non è presa in considerazione e non è soggetta a regolamentazioni specifiche: dal punto di vista giuridico alla nascita del bambino la madre gestazionale cede i suoi diritti parentali al padre genetico, la cui moglie dovrà fare domanda di adozione del figlio del suo coniuge. La prassi è che la giurisprudenza si pronunci favorevolmente.

Francia. L'articolo 16-7 del codice civile, introdotto dalla legge 94-635, stabilisce che "Qualsiasi convenzione basata sulla procreazione o gestazione per conto di altri è nulla". Il rapporto del Conseil D'Etat, su *La révision des lois de bioéthique*, pubblicato il 19 aprile 2009 ha, inoltre, aggiunto che la maternità surrogata, assimilata alla "supposizione di bambino", integra un illecito penale, punibile con tre anni di reclusione e 45.000 euro di multa (articolo L 227-13 del codice penale). A tal proposito ha, poi, precisato che sono considerati coautori di questo reato la "madre gestante", la "madre intenzionale", che simula il parto, e il marito o compagno che ha dichiarato allo stato civile una falsa filiazione. Il falso in scrittura pubblica è invece punito con una pena detentiva fino a dieci anni di prigione ed una multa di 150.000 euro. È sanzionato anche il tentativo e l'ausilio (con pene fino a sei mesi di reclusione e multe fino a 7.500 euro), nonché l'organizzazione (con pene fino ad un anno di reclusione e multe fino a 15.000 euro). Queste sanzioni sono raddoppiate se gli atti sono compiuti a scopo di lucro (articolo L 227-12 c.p.).

Germania. La Legge per la protezione dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz*: in sigla *ESchG*) del 13 dicembre 1990 vieta e sanziona penalmente sia l'ovodonazione (ovvero la fecondazione di un ovulo che non venga poi utilizzato per la donna cui appartiene) che la pratica dell'affitto d'utero (ossia la maternità surrogata o dissociata), in ragione del fatto che la tutela del figlio esige la coincidenza tra la maternità genetica, quella biologica e quella sociale.

Ai sensi dell'art. 1 della ESchG, è punibile con la reclusione fino a tre anni o con una multa: “ 1) chi effettua il *transfer* in una donna di un ovocita non fecondato proveniente da un'altra donna; 2) chi provvede alla fecondazione artificiale di un ovocita ad un fine diverso da quello di provocare una gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene; [...]; 6) chi preleva da una donna un embrione prima che si sia concluso l'annidamento nell'utero al fine di trasferire tale embrione in un'altra donna o di utilizzarlo ad uno scopo non diretto alla sua sopravvivenza; 7) chi effettua una fecondazione artificiale o trasferisce un embrione umano in una donna (c.d. madre surrogata) disposta a cedere dopo la nascita il figlio in via definitiva a terzi”. È altresì punito “chi, con mezzi artificiali, introduce uno spermatozoo umano in un'ovocellula umana, per uno scopo diverso da quello di provocare la gravidanza nella donna dalla quale l'ovocita proviene” (art. 1, comma 2, n° 2).

Ad essere sanzionato è, pertanto, solamente il medico che consente la maternità surrogata, mentre né la madre in affitto né le persone “committenti” sono soggette ad una sanzione penale²⁰⁷.

Infine, il c.d. *Adoptionsvermittlungsgesetz* (la legge che disciplina la mediazione nel campo delle adozioni) vieta e sanziona penalmente l'attività di mediazione tesa a procurare madri in sostituzione, mentre non vengono punite le madri surrogate o i genitori che hanno dato l'incarico di mediazione (questi possono però essere ritenuti responsabili per un illecito amministrativo).

Gran Bretagna. Emblematica è la decisione del caso c.d. “Baby Cotton”. Nella specie, una coppia committente di cittadini americani aveva contattato la signora Kim Cotton, proponendole di farsi inseminare artificialmente dal marito. Al momento della nascita di Baby Cotton (che ha dato il nome al famoso caso) venne permesso alla coppia di allevare la generata, facendo applicazione di una norma simile al nostro art. 371 del codice civile. Il provvedimento, cioè, ritenne i

²⁰⁷ L'art. 1, comma 3, ESchG sancisce, infatti, che non sono punibili, 1) nei casi di cui al primo comma nn. 1, 2 e 6, la donna dalla quale ha origine l'ovocellula o l'embrione e la donna nella quale viene trasferito l'ovocellula o si intende trasferire l'embrione, nonché, 2) nei casi di cui al primo comma, n. 7, la madre surrogata e la persona disposta a prendere definitivamente in affidamento il bambino.

problemi di “*ethics, morality and social desirability*” posti dalle tecniche in questione, non idonei ad impedire l’applicazione del criterio del “*best interest of the child*”.

La violenta reazione che tale decisione suscitò nell’opinione pubblica spinse il Parlamento, poco dopo questo evento a regolamentare l’intera materia. Nel 1985 venne approvato il *Surrogacy Arrangements Act* che, a differenza del noto progetto Warnock, nettamente contrario gli accordi di sostituzione materna, ne ammette la validità, vietando soltanto lo sfruttamento commerciale delle pratiche in questione. Tale *Act* è stato, poi, modificato dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008 per permettere ad enti privi di scopo di lucro di chiedere una tariffa ragionevole per poter recuperare le loro spese.

Grecia. La surrogazione di maternità, ammessa solo per le coppie residenti nel Paese, necessita di un’autorizzazione giudiziaria rilasciata prima del trasferimento, se esiste un accordo scritto e senza compenso tra le parti. L’autorizzazione viene accordata se la richiedente è nell’assoluta impossibilità di avere un figlio e la donna che si presta alla gestazione è idonea.

Spagna. I contratti di *gestación por sustitución* (ovvero, di maternità surrogata) sono nulli. L’art. 10 della legge n. 14 del 26 maggio 2006 così recita: “È nullo in modo assoluto il contratto con il quale si conviene la gravidanza, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione in favore del contraente o di un terzo. La filiazione dei figli nati per gravidanza surrogata sarà determinata in base al parto. Si fa salva la possibile azione di reclamo della paternità rispetto il padre biologico, conformemente alle regole generali”.

Svezia e Svizzera. La maternità surrogata è vietata.

Stati Uniti. È praticamente impossibile avere un quadro unitario della legislazione esistente, perché non esistono norme federali e ciascuno Stato ha regole proprie, che possono anche divergere sensibilmente da quelle adottate in

altri Stati. Così, all'atteggiamento "proibizionista" assunto dalla Louisiana e dal Michigan, fa da contraltare un orientamento decisamente "liberale" seguito dagli Stati dell'Arkansas, del Nevada e del Kensas. Si consideri inoltre, che in Arizona, New Mexico, Utah, Michigan, Maryland e New York, affittare l'utero a scopo di lucro è considerato un crimine punibile col carcere. Per la neutralità della posizione assunta al riguardo, si segnalano, invece, gli Stati del Kentucky, Indiana e Oklahoma, i quali non penalizzano la pratica pur non avendola ancora legalizzata²⁰⁸.

²⁰⁸ Nell'esperienza giurisprudenziale americana, l'indirizzo seguito dai giudici si fonda essenzialmente sulla valorizzazione della libertà negoziale e sul principio del *best interest of the child*. Ciò si evince con chiarezza dalla celebre pronuncia della Corte Superiore del New Jersey (31 marzo 1987, in *Foro it.*, 1988, IV, 97, con nota di PONZANELLI G., *Il caso Baby M. la "surrogate mother" e il diritto italiano*), c.d. "caso Baby Melissa". Si è trattato di una controversia – dai contorni non dissimili rispetto a quelli che hanno caratterizzato la vicenda esaminata dai giudici del Tribunale di Monza – riguardante la custodia di un bambino nato tramite un contratto di surrogazione materna.

Il 6 febbraio 1985 M.B. Whitehead e W. Stern conclusero un accordo scritto presso un'agenzia di New York, con il quale la donna si impegnava ad essere fecondata artificialmente con il seme di W. Stern e a rinunciare, dopo il parto, alla custodia del generato a favore di lui. Ma, alla nascita della bambina, la donna si rifiutò di attenersi ai patti. L'uomo si vide, così, costretto a richiedere ad un ordine del Tribunale per ottenere l'affidamento della piccola. Frattanto la donna partoriente si nascose in Florida. Con l'ausilio di un investigatore e sulla base di un ordine del Tribunale della Florida, W. Stern ottenne la custodia di Baby M.

Al termine del processo, il giudice concesse, in via definitiva, la custodia della bambina al padre committente, riconoscendo la validità e l'efficacia giuridica dell'accordo di surrogazione in base alla legge vigente nel New Jersey (e spogliando la madre sostituita da ogni diritto di genitrice). Tuttavia, la sentenza della Suprema Corte (3 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 294 ss., con nota di PONZANELLI G., *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità*), adita dalla donna, modificò il contenuto della decisione dei giudici di primo grado: pur confermando l'affidamento della bambina al padre biologico, sul presupposto della maggiore conformità di tale scelta agli interessi dell'infante, ciò nonostante, ritenne il pagamento della gestante da parte del committente "illegale, penalmente illecito e potenzialmente degradante" per la stessa.

La Corte ha, dunque, circoscritto l'ammissibilità della stipulazione di contratti di surrogazione materna alle sole ipotesi in cui la madre si presti alla gravidanza per conto altrui a titolo gratuito e alla stessa sia lasciato il diritto di revocare la sua scelta e le venga permesso di far valere i propri diritti parentali.

A favore della piena validità del contratto di maternità surrogata si è pronunciata, successivamente, anche la Corte Suprema della California, con sentenza del 20 maggio 1993 (in *Foro it.*, 1993, IV, 338 ss., con nota di PONZANELLI G., *California e vecchia Europa: il caso del contratto di maternità surrogata*). La differenza tra la vicenda sottoposta all'esame dei giudici californiani (c.d. caso "Calvert") e il più celebre caso "Baby Melissa", consiste essenzialmente nel fatto che, mentre in quest'ultimo la donna portante aveva anche fornito l'ovulo e non si era, quindi, limitata ad "affittare" il proprio utero, nell'altro, invece, il bambino proveniva anche geneticamente dai committenti. La presenza del duplice fattore biologico e sociale nei coniugi Calvert ha, pertanto, senz'altro favorito la scelta della Corte californiana di pronunciarsi per la validità del contratto e per il rifiuto di qualsiasi diritto a favore della madre surrogata.

41. In chiusura, non sembra inopportuno dedicare alcune riflessioni ai problemi legati all'iscrizione all'anagrafe di bambini nati all'estero da madri surrogate.

La legge n. 40 del 2004 nulla dispone circa il riconoscimento di una eventuale maternità surrogata realizzata in Paesi stranieri che ne riconoscono la liceità, lasciando alla giurisprudenza il compito di risolvere le complesse questioni.

Un'interessante pronuncia, successiva all'introduzione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, proviene dal Tribunale di Forlì. Si tratta di un caso di surrogazione gestazionale effettuato in Kenia da cui sono nati due gemelli. Il giudice romagnolo, con la decisione del 25 ottobre 2011, da un lato ha assolto il padre committente (nonché padre genetico), autorizzando la trascrizione del certificato di nascita dei bambini (e si legge: "a prescindere dal fatto che la fecondazione sia avvenuta in violazione del disposto dell'art. 4, comma 3, legge n. 40/2004"), dall'altro lato, ha rigettato la richiesta della madre, donna che, si afferma nella decisione in commento, "non ha in alcun modo fatto nascere alla

Si segnala, infine, per il differente (e decisamente discutibile) atteggiamento assunto nei confronti della situazione del minore nato mediante il ricorso alla surrogazione materna, la scelta operata dai giudici della Corte Suprema della California che, dopo il ricordato caso "Calvert", si imbarterono, il 27 agosto 1997, in una nuova e ben più complessa questione, resa nota dalla stampa. Si trattava della vicenda di Jaycee Buzzanca, una bambina nata nel marzo 1995, dall'unione di gameti di provenienza ignota, i cui genitori avevano divorziato prima del parto.

Secondo la Corte, l'uomo, John Buzzanca, che pur aveva espresso il desiderio della paternità, non sarebbe responsabile legalmente nei confronti della bambina e, quindi, non risultava tenuto a mantenerla, mancando tra loro il legame biologico e non essendoci un obbligo giuridico, in quanto la bimba non era mai stata adottata.

Si tratta della prima figlia al mondo rimasta "orfana" pur avendo ben cinque genitori. Sebbene, infatti, alla sua nascita abbiano contribuito due uomini e tre donne – alcuni con i propri gameti, altri economicamente, mentre una "incubatrice umana" addirittura con un organo del suo corpo – per i giudici californiani nessuno avrebbe il diritto o il dovere di assumersene la responsabilità.

La controversia, in effetti, giunse davanti alla Corte quando, dopo la nascita, preceduta dalla richiesta di divorzio da parte di John Buzzanca (e dal conseguente rifiuto di allevare la figlia), la donna (committente), avendo deciso di accudire la bambina, chiese – inutilmente – un sostegno economico da parte dell'*ex* marito.

Alla pronuncia del Tribunale di primo grado, favorevole alle istanze della donna, fece seguito – per le obiezioni del marito, cui si aggiunse la deposizione della madre portante, la quale, dopo una incerta manifestazione della volontà di prendersi cura della bambina, poi ritrattò - la ricordata decisione della Corte Suprema. Questa negò, oltre al dovere del marito-committente, anche il diritto reclamato dalla donna di esercitare la funzione genitoriale. Il caso è riportato in SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, cit., 294 ss. e in versione integrale in *Fam. e dir.*, 1997, 405 ss., con nota di CARBONE V., *Giudici Usa: nata in provetta, figlia di nessuno*.

vita i due gemelli, non avendoli né concepiti, né condotti in se stessa durante la loro gestazione, né partoriti”²⁰⁹.

Ancora più severe sono le conclusioni alle quali è giunto il Giudice Minorile di Milano con il decreto n. 1248 del 4 maggio 2012. In particolare, con questo provvedimento l’Organo Giudicante ha ritenuto la trascrizione del riconoscimento effettuato dalla madre sociale contraria non solo ai fini tutelati dalla legge n. 40/2004 e ai principi desumibili dall’art 269 c.c. (che presuppone che madre sia colei che ha partorito il minore), ma anche alla normativa sull’adozione, posto che il minore è nato da ovulo di altra donna e partorito da altra donna ancora che non ha inteso essere nominata nell’atto di riconoscimento.

La situazione, ad avviso del giudice milanese, non è in nulla difforme da una adozione di minore, con la differenza che, formandosi l’atto di nascita con le modalità scelte dalla coppia, si finisce per occultare le origini adottive del bambino.

Tutto ciò è avvenuto, si legge nel decreto, “in violazione della normativa sull’adozione nella quale si richiedono alcuni presupposti che la coppia non possiede, quale lo stato di coniugio, ma in particolare la differenza di età, nel caso di specie palesemente violata da entrambi i genitori (art. 6.3 l. 184/1983 “L’età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l’età dell’adottando”, nel caso in esame la differenza è di 47 anni per il padre ed addirittura di 53 per la madre sociale)”.

Di segno opposto, con un orientamento interpretativo diverso, è la decisione resa dalla Corte d’Appello di Bari in data 13 febbraio 2009²¹⁰.

La vicenda può essere così riassunta: una cittadina italiana e un cittadino britannico, sposati e residenti in Italia, si recano in Inghilterra per la conclusione e l’esecuzione di due contratti di surrogazione di utero e donazione di ovocita (c.d. contratto di maternità per concepimento e gestazione).

Nei certificati di nascita dei due figli viene inizialmente indicato il nome della madre gestante, ma, a seguito dell’emanazione dei *parental orders* da parte del

²⁰⁹ Provvedimento rinvenibile in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, 2, 532.

²¹⁰ Sentenza rinvenibile in *Guida al diritto*, 5/2009, 50 ss.

giudice inglese, gli atti di nascita originali vengono rettificati indicando come genitori la coppia committente.

Il Comune di Bari, competente per la rettifica degli atti di nascita, non aderisce alla relativa richiesta sia per la mancata previsione nell'ordinamento giuridico italiano dell'attribuzione di maternità a seguito di surrogazione (i contratti di maternità erano stati conclusi prima del 2004), sia per la mancata sussistenza del requisito della conformità all'ordine pubblico *ex art. 64 L. n. 218/1995*²¹¹.

Di qui il ricorso alla Corte d'Appello di Bari che ha ordinato al Comune di procedere alle opportune annotazioni sugli atti di nascita. In particolare, la Corte ha invocato l'art. 33 della legge n. 218/1995, in forza del quale lo *status* del figlio viene determinato dalla legge nazionale vigente al momento della nascita; e pertanto, nel caso di specie, avendo i bambini acquisito la cittadinanza britannica *ius soli* e *ius sanguinis*, il rapporto di filiazione è da statuirsi secondo la legge britannica.

A nulla osta - ha soggiunto l'Organo giudicante - il richiamo all'art. 64 della predetta legge da parte del Comune, in quanto, trattandosi di figli con cittadinanza britannica ed italiana, è senz'altro da ritenersi applicabile il concetto di ordine pubblico internazionale; con la conseguenza che la conformità del provvedimento straniero all'ordine pubblico va verificata in relazione ai valori condivisi dalla comunità internazionale.

In senso analogo si è anche pronunciato anche il Tribunale di Napoli che in data 1 luglio 2011 ha ordinato ad un Ufficiale di Stato Civile di trascrivere gli atti di nascita di bambini nati mediante la tecnica della surrogazione della maternità nello Stato del Colorado da parte di un padre *single*.

Nel caso di specie il Comune competente, a seguito della richiesta di trascrizione dei certificati di nascita dei minori da parte del Consolato Generale d'Italia a Chicago, si era rifiutato di provvedervi, ritenendo tali atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico.

²¹¹ Rubricata: Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Il Tribunale di Napoli, chiarito che l'oggetto del giudizio era da individuarsi nella possibilità di dare ingresso in Italia, tramite la trascrizione dei certificati di nascita, alla legge straniera che consente la fecondazione eterologa, ai soli fini del rapporto di filiazione, ha sostenuto che non sussiste alcuna violazione dell'ordine pubblico nella trascrizione dei predetti certificati.

Per giungere a tale conclusione, l'Organo adito si è avvalso del concetto di ordine pubblico internazionale, inteso come l'insieme dei valori condivisi dalla comunità internazionale.

In particolare, è stato affermato che il "divieto di fecondazione eterologa non è giustificato dalla necessità di assicurare l'osservanza dei principi costituzionali in materia di protezione della prole, ma da una scelta pienamente legittima del legislatore. Pertanto, l'ingresso della norma straniera, ovvero dei suoi effetti, non mette in crisi uno dei principi cardine dell'ordinamento, ben potendo coesistere ed armonizzarsi il divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa in Italia con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre sociale ed il nato a seguito di fecondazione eterologa negli Stati Uniti"²¹².

²¹² In senso conforme, Procura della Repubblica di Catania, 30 marzo 2013. Inoltre, pare il caso di segnalare, al riguardo, che anche in Spagna, la Dirección General de los Registros y el Notariado, il 18 febbraio 2009, ha accolto il ricorso di una coppia omosessuale a cui era stata negata la trascrizione di un certificato di nascita emesso negli Usa, ritenendola da un lato non contraria all'ordine pubblico in quanto la Spagna consente l'adozione di una coppia omosessuale e, dall'altro lato, necessaria proprio perché in grado di salvaguardare l'interesse superiore del minore e idonea a garantire l'unicità dello status (l'informazione è tratta dal sito <http://www.conflicto-flaws.net>). A ciò si aggiunge che, il 5 ottobre 2010 la Dirección General de los Registros y el Notariado ha divulgato le istruzioni per la registrazione di figli nati a seguito di maternità surrogata stabilendo le modalità per il riconoscimento di decisioni straniere che riconoscono il rapporto di filiazione con i genitori legali. Le istruzioni distinguono tra i casi in cui sorge un contenzioso e le ipotesi in cui sussiste un accordo tra le parti interessate, individuando i controlli di competenza degli ufficiali del registro di stato civile.

In Francia, invece, la Corte di Cassazione con tre interessanti sentenze (nn. 369/370 e 371) del 2011, con le quali sono stati affrontati i casi di coppie eterosessuali, che avevano fatto ricorso all'estero (negli USA) alla surrogacy, ha dichiarato contrari all'ordine pubblico francese i contratti di surrogacy, in base al principio, ritenuto fondamentale per l'ordinamento, che lo *status* di figlio è inalienabile e pertanto le disposizioni sulla filiazione non sono derogabili per contratto (Art. 16-7 e 16-9 del codice civile francese). La Corte ha anche analizzato i casi dal punto di vista delle convenzioni internazionali, arrivando alla conclusione che un simile diniego non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare della coppia di coniugi garantito dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto i bambini in ogni caso hanno un padre, che è quello biologico, ma anche una madre in base alla legge degli USA e possono vivere in Francia con entrambi. Ciò determinerebbe, secondo i giudici, che l'interesse del minore sia salvaguardato, pertanto non vi sarebbe neppure violazione dell'articolo 3, comma 1, della Convenzione di New York sui diritti dei minori.

In senso conforme all'orientamento volto a sostenere l'ammissibilità della trascrizione del certificato di nascita di prole nata mediante il ricorso alla maternità surrogata all'estero, si è pronunciato anche il Tribunale di Milano che, con la recente sentenza del 15 ottobre 2013, analogamente a quanto sostenuto dal Tribunale di Trieste²¹³, ha, tuttavia, ulteriormente precisato che, nell'ipotesi di bambini nati all'estero da madri surrogate, non si configura il delitto di alterazione di stato *ex art. 567, comma 2, c.p.* qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza - anziché come figlio della partoriente o della donatrice dell'ovulo fecondato - se l'atto di nascita è stato formato validamente nel rispetto della legge del Paese in cui il bambino è nato (nel caso di specie, l'Ucraina)²¹⁴.

Successivamente, sul medesimo argomento, si è pronunciato, altresì, il Tribunale di Brescia che, con il provvedimento del 26 novembre 2013, ha sostenuto la configurabilità del reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567, comma 2, c.p. qualora, come nell'ipotesi in esame, la legge del Paese (nel caso di specie l'Ucraina) ove il bambino è nato non consenta il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in concreto praticate.

In Inghilterra, la High Court of Justice, Family Division, con sentenza del 9 dicembre 2008 (EWHC 3030, reperibile nel sito <http://www.bailii.org>), ha riconosciuto che, malgrado una coppia di inglesi avesse stipulato in Ucraina un contratto di maternità surrogata dietro corrispettivo, vietato dal diritto inglese, per assicurare l'effettivo interesse del minore, era necessario emettere il *parental order* a vantaggio della coppia.

Non va poi trascurata la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nell'applicare la Convenzione i cui principi fanno parte dell'ordine pubblico internazionale, in particolare nella sentenza Wagner contro Lussemburgo del 28 settembre 2007 (ricorso n. 76240/01), ha stabilito che lo Stato in causa era tenuto a dare esecuzione a un provvedimento di adozione ottenuto in Perù da un cittadino lussemburghese, al quale era stato negato l'*exequatur* in quanto la decisione peruviana era considerata contraria alla norma di diritto internazionale privato lussemburghese che dispone l'applicazione della legge nazionale dell'adottante. Per la Corte europea era stato violato l'articolo 8 della Convenzione perché gli Stati devono accordare una protezione giuridica, con misure positive, per rendere possibile l'integrazione del minore in una famiglia, valutando anche le diverse realtà sociali ormai esistenti in Europa (informazione tratta da CASTELLANETA M., *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in *Guida al diritto*, 5/2009, 66 ss.).

²¹³ Ufficio del giudice per l'udienza preliminare - sentenza n. 349/2013.

²¹⁴ È un'interpretazione acrobatica. Così C. Mirabelli (*Madre surrogata, un'interpretazione acrobatica*, in <http://www.avvenire.it/famiglia>, cit.), presidente emerito della Corte costituzionale, ha commentato l'assoluzione in primo grado dei due coniugi milanesi che in Ucraina hanno pagato 30mila euro per un utero in affitto e la "donazione" degli ovociti.

In particolare, secondo i giudici del Tribunale di Brescia per l'ordinamento ucraino è consentita, dopo la stipula di un apposito contratto tra le parti coinvolte: a) la donazione di ovociti attraverso cui generare *in vitro* l'embrione da impiantare nell'utero della donna infertile moglie del padre genetico; oppure b) l'impianto dell'embrione concepito con il patrimonio genetico di una coppia legalmente sposata nell'utero di una donna diversa dalla madre biologica (c.d. maternità surrogata).

Nel caso di specie gli imputati avevano fatto ricorso sia alla donazione di ovocita sia alla maternità surrogata, avvalendosi, pertanto, di una forma di procreazione medicalmente assistita che, ad avviso dell'Organo giudicante, non sembra essere consentita neppure in Ucraina. Di conseguenza – ha soggiunto il Tribunale di Brescia - l'atto di nascita nel quale si è indicata quale madre legittima la donna che non ha partorito i bambini, è ideologicamente falso anche secondo la legislazione del luogo in cui i bambini sono nati, essendo volto a «coprire» una pratica di procreazione medicalmente assistita non ammessa nella stessa Ucraina.

In relazione, poi, al profilo sanzionatorio e, in particolare, per quanto concerne l'applicazione della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale prevista dall'art. 569 c.p., i giudici del Tribunale di Brescia hanno ritenuto che tale sanzione potesse essere applicata solo all'imputato, genitore biologico dei neonati, e non anche alla moglie che si è accertato non essere la madre dei bambini.

Ora, benché gli Organi giudicanti di Milano e di Brescia siano giunti (sul medesimo argomento) a conclusioni opposte - in un caso condannando e nell'altro assolvendo gli imputati - necessita, ciò nonostante, riconoscere che i provvedimenti in commento non affermano principi di diritto di per sé contrastanti.

I giudici milanesi escludono la configurabilità del reato di alterazione di stato, perché sostengono che il bambino sia nato all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla *lex loci*. Gli Organi giudicanti del Tribunale di Brescia, invece, ritengono integrata la fattispecie di cui all'art. 567, comma 2, c.p., poiché sostengono che la legge del Paese ove il bambino è nato non consente

il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in concreto praticate.

Ciò posto, non si può non rilevare che gli imputati si sono rivolti, in entrambi i casi, ad una struttura specializzata di Kiev in Ucraina per ricorrere alla donazione di ovocita e all'utero in affitto. L'atto di nascita, in entrambi i casi, è stato formato in Ucraina dall'ufficiale di stato civile di Kiev e successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiano.

Il punto sul quale le due sentenze divergono sembra esclusivamente quello relativo all'interpretazione delle norme della legislazione ucraina, in particolare nella parte in cui consentono o vietano di ricorrere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita (donazione di ovocita e maternità surrogata) cui hanno fatto ricorso gli imputati nei casi in discorso²¹⁵.

Ora, prescindendo dall'apparente contrasto rinvenibile nelle decisioni in commento, da esse emerge comunque la necessità di riflettere sul principio di diritto condiviso da entrambe: quello secondo cui nell'ipotesi di prole nata mediante il ricorso alla maternità surrogata all'estero, non si configura il delitto di alterazione di stato *ex art. 567, comma 2, c.p.* qualora il neonato venga dichiarato figlio della donna per conto della quale è stata portata avanti la gravidanza - invece che come figlio della partoriente o della donatrice dell'ovulo fecondato - se l'atto di nascita è stato formato validamente nel rispetto della legge del Paese in cui il bambino è nato. Soluzione, questa, che *evidentemente* (e in senso analogo a quanto si è già osservato in materia di fecondazione eterologa) presta il fianco alla possibilità di aggirare le norme italiane, creando una sorta di ulteriore "legittimazione dell'illegalità"²¹⁶, che produce, sia pure involontariamente, una conseguente discriminazione di fatto tra le coppie sterili o infertili, dipendente dalla disponibilità o no delle non irrisorie risorse economiche necessarie per intraprendere i "viaggi della speranza". Non appare superfluo ricordare, inoltre, che si tratta di atti commerciali veri e propri, resi possibili da "fattorie", ove donne

²¹⁵ TRINCHERA T., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in <http://www.penalecontemporaneo.it> (consultato in data 18 marzo 2014).

²¹⁶ L'icastica espressione tra virgolette è di LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 1643.

povere passano nove mesi sotto sorveglianza “fabbricando” a pagamento bambini per altri in totale assenza di diritti²¹⁷.

²¹⁷ In tal senso, v. SARACENO C., *Coppie e famiglie*, cit., 73 ss.

CAPITOLO QUINTO

SULLA AMMISSIBILITÀ DELLA FECONDAZIONE *POST MORTEM*

Sommario: 42. Il ricorso alla procreazione artificiale dopo la morte del *partner*: le posizioni di dottrina e giurisprudenza antecedenti all'entrata in vigore della legge n. 40/2004 – 43. La carente disposizione legislativa: il momento in cui deve essere accertato il requisito della “comune esistenza in vita” – 44. Il ricorso alla fecondazione *post mortem* nonostante il divieto – 45. ...lo *status* del figlio nato entro 300 giorni dalla morte del padre – 46. ...lo *status* del figlio nato dopo 300 giorni dalla morte del padre – 47. ...lo *status* del figlio nato da genitori non coniugati – 48. La fecondazione *post mortem* negli altri Paesi.

42. La moderna tecnologia, consentendo di crioconservare il materiale genetico dei singoli soggetti o gli embrioni con essi formati ha reso non infrequente il ricorso alle cc.dd. tecniche di fecondazione *post mortem*. Con tale locuzione si è soliti indicare fondamentalmente due distinte pratiche: l'impianto nel corpo della donna di un embrione (crioconservato) in epoca successiva al decesso del marito o del convivente; la formazione di embrioni utilizzando gameti (pure crioconservati) di persona deceduta²¹⁸. Situazioni che hanno tradizionalmente sollevato

²¹⁸ In verità sarebbe tecnicamente consentita anche una terza pratica: la fecondazione mediante utilizzazione di seme maschile prelevato dalla persona deceduta o in stato di coma irreversibile. Ne esclude la liceità, SANTOSUOSSO F., *La fecondazione artificiale umana*, cit., 102 ss. Più possibilista, nel senso di ammetterla solo nell'ipotesi in cui l'interessato abbia rilasciato apposita autorizzazione, è invece AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., 23 ss. In tal senso, v. anche Tribunale di Vigevano, decreto 3 giugno 2009, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 2011, 2, 855, con nota di GIAIMO G., *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*. In breve sintesi, la questione che costituisce il presupposto di fatto della decisione in esame è originata dalla volontà di una donna di generare un figlio — mediante le tecniche di procreazione medicalmente assistita — con l'utilizzazione del liquido seminale asportato al marito, mentre questi si trovava in stato di coma irreversibile per una grave neoplasia cerebrale dalla prognosi infausta. Una volta avvenuto il prelievo, il genitore dell'uomo, nella qualità di suo tutore provvisorio, propose un ricorso al fine di essere autorizzato ad esprimere il consenso — in luogo del figlio e previa ricostruzione della volontà di costui, ormai non più nella possibilità di esprimerla — perché questi potesse accedere alla procreazione medicalmente assistita. Il Collegio giudicante, tuttavia, decise di non accogliere l'istanza e, di conseguenza, di

inquietanti interrogativi relativi allo *status* del figlio, oltre che, naturalmente, alla stessa liceità delle antecedenti pratiche procreative.

Sotto quest'ultimo profilo, sino all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, due erano le diverse impostazioni che si contrapponevano in dottrina. Taluni ritenevano che la pratica dovesse essere ammessa, sul presupposto del rispetto del diritto a procreare e quindi a trasmettere la vita, e della libertà sessuale di ogni individuo. Situazioni soggettive, queste, che non avrebbero tollerato ingerenze e limitazioni dall'esterno²¹⁹.

Su opposta posizione si attestava, invece, chi sosteneva l'illegittimità di tale procedura (cioè dell'accordo tra la donna o la coppia ed il medico) sul presupposto che dagli artt. 29 e 30 Cost. si sarebbe potuta desumere l'esistenza di un diritto costituzionalmente tutelato del nato a venire allevato da entrambi i suoi genitori, sì che la fecondazione *post mortem* sarebbe risultata in contrasto con tale diritto, consentendo di pianificare la venuta al mondo di una persona in assenza della figura paterna²²⁰.

Le pratiche di PMA *post mortem* avevano formato oggetto di attenzione anche da parte della giurisprudenza. Per limitarci all'esperienza italiana²²¹ un caso di particolare interesse fu quello originato dalla vicenda di due coniugi, i quali avevano iniziato le pratiche per la PMA ed ottenuto alcuni embrioni che erano stati crioconservati presso un Centro di medicina riproduttiva. Poi il marito era venuto a mancare. Dopo il decesso la moglie prese contatto con il Centro che aveva eseguito la PMA chiedendo l'impianto di alcuni degli embrioni ivi conservati. La struttura oppose il rifiuto, adducendo il divieto imposto dal Codice

non consentire l'utilizzazione del liquido seminale stante l'assenza, nella fattispecie esaminata, della fase informativa preliminare all'applicazione delle tecniche riproduttive e considerata, pertanto, l'impossibilità di ricostruire *a posteriori* la volontà del soggetto incapace.

²¹⁹ LOJACONO, voce *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 1971, 757 ss. Secondo BIANCA M., *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 2001, 351 ss., non esistendo (all'epoca) alcun divieto di legge alla PMA *post mortem* (non bastando la prescrizione del codice deontologico medico) non si poteva negare alla donna il diritto di accedervi.

²²⁰ AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., 22.; CALOGERO M., *La procreazione artificiale*, 1989, 130 ss.; MANERA G., *Osservazioni in tema di fecondazione artificiale o procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 1996, 12.

²²¹ Per riferimenti alla giurisprudenza, inglese, francese e statunitense, v. FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, 1999, 433 ss.; CALOGERO M., *La procreazione artificiale*, cit., 124.

di deontologia medica nel frattempo entrato in vigore. La donna si rivolse, allora, alla Magistratura che accolse le sue istanze ed impose, attraverso un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, l'impianto degli embrioni ottenuti.

In particolare, il Tribunale di Palermo motivò il provvedimento dell'8 gennaio 1999 richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 347/1998²²², nella parte in cui la stessa invitava i giudici ad effettuare un ponderato bilanciamento tra i diversi beni costituzionali coinvolti. Sulla scorta di tale premessa, i magistrati siciliani affermarono che un ragionevole punto di equilibrio tra il perseguimento delle finalità di cui all'art. 30 Cost. (che sancisce il diritto dei figli a crescere e ad essere educati, mantenuti ed istruiti in un nucleo familiare in cui debbano essere presenti entrambe le figure genitoriali) da un lato, e il diritto alla vita del nascituro e all'integrità fisica e psichica della madre dall'altro, postulerebbe la prevalenza di questi secondi, reputando opportuno prevenire la produzione di un danno certo e duplice (quello che subirebbero nascituro e madre nell'ipotesi in cui si dovesse decidere di sopprimere l'embrione a causa del decesso del padre), in luogo di un altro meramente eventuale (il pregiudizio che subirebbe il nascituro a crescere in un contesto familiare senza la figura paterna).

Dall'esame del provvedimento ora riferito e della dottrina che si è espressa sull'argomento emerge con chiarezza che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, il dibattito, pur apparentemente riferito, in modo generico, alla fecondazione *post mortem*, in realtà si era incentrato sulla sola questione concernente le sorti di un embrione già ottenuto e crioconservato.

Nulla dottrina e giurisprudenza avevano detto a proposito dell'altra ipotesi, cioè quella avente ad oggetto la liceità della produzione di embrioni con seme

²²² Che ha giudicato inammissibile la questione di costituzionalità, sollevata dal Tribunale di Napoli, dell'art. 235 c.c. nella parte in cui non preclude l'azione di disconoscimento della paternità al padre che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie. Tale sentenza è stata seguita dall'importante pronuncia della Cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315 (in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di SESTA M., *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*; in *Guida al diritto*, 1999, 12, 48 con nota di FINOCCHIARO A., *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*), con la quale la Corte ha affermato che il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non può esercitare l'azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito attraverso tale tipo di fecondazione artificiale.

crioconservato. E va sottolineato che gli argomenti addotti dalla giurisprudenza a sostegno della liceità della fecondazione assistita dopo la morte del *partner*, fondati sulla presenza di un embrione già formato, volti a far prevalere la tutela dell'interesse del nascituro, non avrebbero potuto essere utilizzati nell'ipotesi suddetta nella quale, per definizione, di embrioni già formati non si sarebbe potuto parlare.

43. Sulle tematiche oggetto di dibattito prima della legge n. 40/2004 il legislatore è intervenuto assumendo una posizione drastica e, almeno in apparenza, chiarissima: ai sensi della vigente disciplina normativa i membri della coppia che intendano ricorrere alla fecondazione assistita devono essere entrambi viventi (art. 5). Nell'art. 12, comma 2, della legge ora menzionata è statuito, inoltre, che chiunque, a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi (...) è punito con la sanzione amministrativa da 200.000 a 400.000 euro, mentre, ai sensi del comma 8, non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5.

Al di là della apparente chiarezza e generalità della previsione legislativa, se ci si sofferma sulla effettiva portata della stessa, pare potersi affermare che non sembra che essa abbia davvero prevenuto o posto fine ad ogni problema. L'unica cosa che si può ritenere certa è che non si potranno più produrre embrioni con il seme di un uomo defunto. Ma altri dubbi continuano a porsi, anche e soprattutto in conseguenza del fatto che il legislatore, dopo aver introdotto il tassativo divieto per le pratiche *post mortem*, non ha regolato, a differenza di quanto è accaduto con riferimento alla fecondazione eterologa, tutte le conseguenze della possibile violazione dello stesso. E così, ci si chiede ancora: *a)* qual è il momento in cui va accertato il requisito della comune "esistenza in vita" dei richiedenti; *b)* qual è lo *status* del figlio eventualmente nato nonostante l'esistenza in vita di un solo genitore, in caso di aggiramento del divieto mediante il ricorso ad un centro straniero.

Sotto il primo profilo, non è difficile rispondere al quesito esposto e non si hanno conseguenze di particolare gravità nei casi in cui le pratiche mediche siano iniziate ma non sia ancora avvenuta la formazione dell'embrione: in questi casi sembra potersi affermare che la procedura dovrà inevitabilmente essere interrotta. Il che renderà inutile ogni trattamento effettuato sulla donna sino a tale momento, quale che sia stato il peso dello stesso sull'organismo della medesima.

Ben più gravi problemi si prospettano, invece, nell'ipotesi in cui il decesso di uno dei componenti la coppia (ovviamente non potrà che trattarsi dell'uomo, alla luce di quanto si è detto in tema di surrogazione di maternità) si verifichi dopo che le pratiche abbiano già portato alla formazione dell'embrione e prima dell'impianto in utero. Ciò perché, da un lato, la legge n. 40/2004 vieta di "accedere" a (art. 5) e di "applicare" (art. 12) tecniche di PMA a coppie in cui i componenti non siano entrambi viventi, dall'altro, impedisce la crioconservazione o la soppressione degli embrioni già formati (art. 14).

Le ipotesi che potrebbero astrattamente prospettarsi sono le seguenti: *a)* se si ritiene prevalente il principio secondo cui la PMA è possibile solo se entrambi i soggetti che la richiedono siano viventi, si deve anche sostenere che la morte di uno di essi imponga inevitabilmente la interruzione delle procedure; *b)* se si reputa, invece, prevalente il postulato secondo il quale la vita dell'embrione deve essere salvaguardata al punto che non si può ritenere lecito né crioconservarlo né sopprimerlo, si deve anche sostenere che la morte di un richiedente non possa interrompere le metodiche, le quali dovranno essere portate a compimento.

Tra le due possibili alternative, in letteratura si asserisce che debba accordarsi preferenza a quella *sub b)*²²³. A sostegno di tale assunto, basti addurre una recente decisione del TAR Lazio (21 gennaio 2008, che conferma, sotto questo profilo, quanto già disposto sempre dal medesimo Tribunale il 5 maggio 2005 con la decisione n. 3452) dove si legge che dalla disposizione di cui all'art. 14, comma 1 (che vieta la soppressione di embrioni), e dalla norma di cui all'art. 6, comma 3 (che stabilisce la inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo), va desunto,

²²³ In tal senso, v. VILLANI R., *La procreazione assistita*, cit., 178 ss.

in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno.

In questa prospettiva, si deve prendere atto del fatto che, il divieto di fecondazione *post mortem* non si può ritenere assoluto. Non si può, però, negare che, sul piano attuativo, la soluzione che è apparsa e appare tutt'ora preferibile si presuppone che la donna sia d'accordo. In ossequio ai convergenti interessi di tutela del diritto alla vita dell'embrione e della volontà della madre di procedere, l'embrione dovrà trovare la sua collocazione naturale. Non potrà, invece, trovare applicazione nell'ipotesi in cui la donna sia dissenziente. In assenza di volontà di quest'ultima di procedere nelle pratiche, le operazioni si dovranno senz'altro interrompere. Ciò in quanto, la tutela della sua salute, l'impossibilità di imporre un trattamento sanitario obbligatorio e il bilanciamento (in coerenza con quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 18 febbraio 1985) tra l'interesse di chi ancora persona non è (il nascituro) con quello di chi, invece, già lo è (la madre), inducono inevitabilmente a concludere per l'impossibilità di prosecuzione delle operazioni di PMA²²⁴.

²²⁴ VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, cit., 1525 ss. : La disposizione di cui all'art. 6 della legge n. 40/2004 (che stabilisce la inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo), indirizzata alla tutela dell'embrione, rispondente alla logica di scongiurare la distruzione o la crioconservazione (vietate dall'art. 14, comma 1) che si potrebbero verificare nel caso di "ripensamento" di uno o di entrambi i soggetti dopo la fecondazione, suscitò, sin dalla sua introduzione, più d'una perplessità. Una prima nasceva dalla circostanza che dopo avere posto il divieto della revoca del consenso, la legge non ha previsto alcuna sanzione per il suo mancato rispetto. Altra grave, perplessità nasceva dalla constatazione che ritenere inefficace una revoca del consenso che fosse, comunque, manifestata, almeno dalla donna, anche dopo la fecondazione avrebbe significato imporre la prosecuzione delle operazioni, con il trasferimento dell'embrione ottenuto nell'utero materno. Al che ostava e osta più d'una ragione. Innanzitutto, *ex art. 32, comma 2, Cost.*, "nessuno può essere obbligato ad un *determinato* trattamento sanitario se non per *disposizione di legge*". E l'art. 6 non rispetta nessuno dei due requisiti. Dopo aver stabilito il divieto della revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, la norma null'altro dispone. Non solo, dunque, non si prevede espressamente, come la riserva di legge impone, che in quell'ipotesi si debba ricorrere ad un trattamento sanitario obbligatorio, ma nemmeno si dispone quale, in concreto, esso potrebbe essere. E la semplice circostanza che, in via interpretativa, si possa ipotizzare il trasferimento forzoso dell'embrione in utero non può certo essere ritenuta sufficiente per ammetterne la praticabilità.

44. Si è già osservato che il legislatore, dopo aver vietato la PMA *post mortem*, si è preoccupato di introdurre (art. 12, comma 8) una causa di non punibilità, della quale può beneficiare chi abbia fatto ugualmente ricorso a quella tecnica.

Preso atto di ciò, appare abbastanza evidente che la dissuasione esercitata dal divieto su chi è determinato ad accedere a tale pratica non può che risultare modesta. Pertanto, basterebbe recarsi in un Centro straniero per compiere le necessarie operazioni, senza avere nemmeno, poi, la preoccupazione di tenere celata tale circostanza al proprio rientro, dal momento che non si andrà incontro a nessuna sanzione. È dunque ben possibile che casi di fecondazione *post mortem* si verificano ancora nonostante l'introduzione del divieto.

Ma se così è, continuano ad essere di attualità le problematiche che già prima della legge n. 40/2004 erano state sollevate a proposito delle conseguenze del ricorso alla fecondazione dopo la morte del *partner*, con particolare riferimento allo *status* del nato.

In secondo luogo, l'«imposizione» del trasferimento si porrebbe in contraddizione con la l. n. 194/1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, la quale, nel tutelare la salute della donna, le consente, all'art. 4, di porre termine alla gravidanza ogni qualvolta la stessa, "in relazione alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento", possa recare serio pericolo per la sua salute "fisica o psichica". E siccome il trasferimento forzato dell'embrione (e la conseguente imposizione della gravidanza) rappresenterebbe sicuramente operazione non solo pericolosa ma sicuramente lesiva della salute fisica e psichica della donna, non vi sarebbe dubbio che la stessa, subito dopo quella operazione, potrebbe decidere di ricorrere all'interruzione della gravidanza. Con evidente illogicità (oltretutto pericolosità) di un ipotetico trasferimento forzoso dell'embrione.

Ancora, la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 prevede (art. 5, commi 1 e 3), da un lato, che un intervento sanitario non può essere effettuato in assenza di libero consenso del soggetto destinatario e, dall'altro lato, che il consenso prestato può in ogni momento essere liberamente ritirato.

Da ultimo, contrasta con la possibilità di ritenere inefficace la revoca tardiva del consenso anche la previsione di cui all'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004, secondo cui i soggetti che si sottopongono alle tecniche di PMA hanno diritto di essere informati, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti. E non avrebbe senso informare i genitori sullo stato di salute (e quindi sulla presenza di una eventuale malattia) dell'embrione se l'informazione si dovesse considerare fine a se stessa. Sembra, dunque, da ritenersi che dal diritto alla informazione sulla salute dell'embrione discenda la possibilità per la coppia di assumere nuove decisioni che si potrebbero tradurre nella revoca del consenso al trasferimento di un embrione risultato affetto da conclamata malattia". Conclusione, infatti, recentemente fatta propria anche dalla più recente giurisprudenza formata in tema di diagnosi genetica preimpianto. Pertanto, nonostante la previsione di legge, la revoca, anche tardiva, del consenso alle pratiche di PMA deve ritenersi legittima, per evidente contrasto con i vigenti insuperabili principi legislativi costituzionali. A questo proposito, si stima utile ricordare che il Tribunale di Firenze, con l'ordinanza 7 dicembre 2012 n. 4942, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa proprio all'impedimento a revocare il consenso al trattamento sanitario dopo la fecondazione dell'ovulo. All'uopo, v. PORRACCILO A., *Altro punto sottoposto al vaglio della Consulta l'impedimento a revocare il consenso alla PMA*, in *Guida al diritto*, 2013, 8, 17 ss.

Il problema viene generalmente affrontato seguendo un approccio diverso, secondo che il momento della morte si collochi prima della creazione dell'embrione o prima dell'annidamento di esso nell'utero della donna. In entrambe le ipotesi, peraltro, la nascita può avvenire sia entro i 300 giorni dallo scioglimento del vincolo, sia dopo il suddetto termine; inoltre, non sempre il figlio viene concepito ad opera di genitori uniti in matrimonio. Si tratta di circostanze che, com'è prevedibile, finiscono con l'incidere notevolmente sulla soluzione dei singoli casi.

45. Al figlio nato entro 300 giorni dalla morte del padre l'ufficiale di stato civile attribuirà senz'altro lo *status* di figlio, in forza della presunzione di cui all'art. 232 del codice civile.

Potrebbe però verificarsi l'ipotesi in cui la gravidanza sia stata il frutto di una scelta unilaterale della madre, la quale, subito dopo la morte del coniuge, abbia deciso di dare egualmente corso ad una pratica di PMA voluta da entrambi prima della morte dell'uomo mediante l'utilizzo dei gameti crioconservati del marito, la fecondazione *in vitro* e il successivo impianto dell'embrione.

In tale evenienza il figlio ben potrebbe nascere ugualmente entro i 300 giorni dalla morte del padre, ma non sarebbe stato veramente "concepito" in costanza di matrimonio essendosi questo già sciolto, al momento del concepimento, *ex art.* 149 del codice civile, per morte del marito.

Ci si deve, dunque, domandare se in tal caso divenga possibile, per chiunque vi abbia interesse, esperire l'azione *ex art.* 248 c.c., al fine di contestare la legittimità del nato.

Stante la circostanza che la presunzione di cui all'art. 232 c.c. sul concepimento in costanza di matrimonio è normalmente considerata una presunzione assoluta, nei cui confronti non è ammessa prova contraria, parrebbe doversi concludere per l'inammissibilità dell'azione, nonostante le peculiarità che caratterizzano questa fattispecie.

Una parte della dottrina ha, tuttavia, tentato di contestare la preclusione nascente dall'art. 232 c.c. (frutto, d'altronde, non di una espressa norma di legge, ma di consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale) provando il momento iniziale della inseminazione e la durata della gravidanza: i recenti e progressivi sviluppi della scienza consentono, infatti, possibilità sempre più ampie di raggiungere, al riguardo, livelli di certezza di gran lunga superiori a quelli offerti dal meccanismo delle presunzioni²²⁵.

Non si può non ricordare, però, che vi è stato chi, seguendo un diverso orientamento sul punto, ha ricollegato al consenso espresso in vita dal marito l'attribuzione dello *status* di figlio al nato, indipendentemente dalla circostanza che il parto sia avvenuto o no entro i trecento giorni dalla morte²²⁶.

Alcuni, poi, hanno addirittura sostenuto che, anche nel caso di mancanza di un consenso personalmente e validamente espresso in vita dal marito, la volontà del defunto di procreare possa comunque ricavarci dall'atto di donazione dei propri gameti depositati presso la banca del seme²²⁷.

46. Quanto, invece, all'ipotesi in cui la nascita avvenga dopo i 300 giorni previsti dall'art. 232 c.c., è stata prospettata l'operatività di un'interpretazione estensiva dell'articolo 234 c.c., allo scopo di provare che il concepimento sia avvenuto in costanza di matrimonio²²⁸.

Ma le critiche a tale soluzione non si sono fatte attendere: più specificamente, è stato messo in evidenza che, nell'ipotesi di inseminazione con sperma crioconservato, mancherebbe addirittura la fase della fecondazione del gamete, realizzandosi, in costanza di matrimonio, il solo deposito del seme²²⁹.

²²⁵ CALOGERO M., *La procreazione artificiale*, cit., 131; LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 265.

²²⁶ BALDINI G., *tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, 1999, 55; VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 185.

²²⁷ CLARIZIA R., *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Giuffrè, 1988, 18.

²²⁸ Tra gli altri, v. VERCELLONE P., *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, Utet, Torino, 1987, 323.

²²⁹ In questo senso, cfr. SEMIZZI C., *Rilievi giuridici sull'inseminazione artificiale*, in *Dir.fam.pers.*, 1984, I, 369.

La situazione non si configurerebbe diversamente nel caso di impianto dell'embrione congelato: sebbene durante la permanenza del rapporto coniugale si realizzi la fecondazione dell'ovulo, creandosi, così, il progetto del nuovo essere, ciò nonostante tale evento non dovrebbe ritenersi coincidente con il concepimento del nascituro. Ciò sul presupposto che il momento del concepimento si verifichi esclusivamente nell'atto dell'impianto in utero del seme (o dell'embrione) crioconservato²³⁰.

Da altri si è, invece, osservato che, alla luce dell'attuale quadro normativo (in cui, accanto alla irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, ex art. 6, comma 3, l. 40/2004, ed al generale divieto di soppressione degli embrioni, ex art. 14, comma 1, l. 40/2004, risulta sancita la tutelabilità dei diritti del concepito), non sembra da ritenere illecito l'impianto dell'embrione già formato: ciò con la conseguenza che sarebbe difficile dubitare circa l'ascrivibilità al premorto della paternità del generato²³¹.

47. La morte dell'uomo durante il procedimento procreativo pone problemi diversi, alla luce del diritto vigente, ove questi non sia coniugato con la madre.

Sul punto, parte della dottrina ritiene che mentre, nel caso in cui la morte del *partner* sopravvenga alla crioconservazione del seme, un eventuale riconoscimento preventivo, compiuto mentre l'uomo era ancora in vita, risulterebbe privo di oggetto (non esistendo ancora un concepito da riconoscere, ex art. 254, comma 1, c.c.)²³², non sembrerebbe, viceversa, da escludere l'applicabilità di tale norma nell'ipotesi in cui al momento del decesso l'embrione risulti già formato. Con la conseguenza che non dovrebbe ritenersi preclusa neppure l'esperibilità di una successiva dichiarazione giudiziale di paternità²³³.

²³⁰ Così LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., 241.

²³¹ SANTOSUOSSO A., *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto*, 2004, 29; OPPO G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, I, 105 ss.

²³² LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., 233.

²³³ In tal senso, v. VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 189 ss.

Non è mancato, d'altro canto, chi, nell'escludere che tale opzione interpretativa sia idonea a garantire una pacifica soluzione della questione concernente lo *status* del nato da procreazione *post mortem*, ha ritenuto che la morte comporti la fine biologica di ogni essere umano e la conseguente radicale impossibilità di ascrivere il nato al defunto, sia se la nascita avvenga nei 300 giorni, sia se tale termine venga superato, ed indipendentemente, nell'uno e nell'altro caso, dalla circostanza che lo stesso fosse o no sposato²³⁴.

48. Delineato lo stato della questione nel nostro Paese, può essere utile osservare, senza pretese di completezza, qual è la soluzione adottata in altri ordinamenti stranieri.

Francia. La legge francese (894-654) nell'imporre che membri della coppia siano entrambi viventi, vieta l'inseminazione o il *trasfer* di embrioni *post mortem* e considera privo di effetto il consenso del *partner* nel caso in cui lo stesso muoia “prima della realizzazione della procreazione medicalmente assistita”, con la conseguenza che non gli potrà essere attribuita la paternità del bambino in tal modo concepito (art. 311-20 *code civil*).

Gran Bretagna. La legge del 1990 (*Human Fertilization and Embriology Act* 1990, art. 28 comma 6b), relativa alla fecondazione e all'embriologia umana, autorizza l'inseminazione artificiale ed il trasferimento degli embrioni *post mortem*, purché le persone interessate chiariscano la sorte che intendono riservare ai propri gameti e agli embrioni in caso di morte. La richiamata disciplina normativa esclude, però, che, nell'ipotesi di utilizzo *post mortem* dei propri gameti, venga riconosciuta la paternità del genitore.

²³⁴ LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, cit., 235.

Grecia. La fecondazione dopo la morte del *partner* è consentita previa autorizzazione di un Tribunale e a condizione che il coniuge/compagno sofferisse già in vita di una malattia che ne compromettesse la fertilità o la vita e che avesse acconsentito per iscritto alla tecnica in oggetto²³⁵.

Spagna. La fecondazione omologa, se effettuata non più di sei mesi dopo la morte del marito (o convivente), risulta pienamente legittima. La paternità viene sempre attribuita all'uomo deceduto, a condizione che questi abbia prestato il proprio consenso con atto pubblico o nel testamento²³⁶.

Un rigido divieto della pratica in esame è, invece, contenuto (oltreché nella legge danese²³⁷ ed in quella svizzera²³⁸) nell'art. 4, comma 1, n. 3 della legge tedesca del 1990, dove risulta addirittura sanzionato penalmente colui che “effettua con consapevolezza la fecondazione artificiale di un ovocita con lo sperma di un uomo deceduto”²³⁹

²³⁵ Legge n. 3089/2002 in parte modificata dalla successiva legge n. 3305/2005.

²³⁶ Art. 9 l. 14 del 26 maggio 2006.

²³⁷ La legge n. 460/1997 vieta l'inseminazione artificiale e il trasferimento di embrioni *post mortem*: in caso di morte dell'uomo, lo sperma che era stato conservato in vista di una inseminazione artificiale della moglie o della compagna, deve essere distrutto; analogamente, in caso di morte di uno dei *partner* (o in caso di divorzio o di separazione), gli ovuli fecondati devono essere distrutti.

²³⁸ La legge federale sulla procreazione medicalmente assistita del 18 dicembre 1998 vieta, da un lato l'utilizzo dei gameti e degli ovuli impregnati di una persona dopo la sua morte e, dall'altro, la conservazione degli embrioni, con la conseguenza che risulta vietato il ricorso all'inseminazione artificiale ed al trasferimento di embrioni *post mortem*.

²³⁹ L'art. 41 della legge tedesca dispone che è “passibile di ammenda o di pena detentiva fino a tre anni, chiunque...fecondi con cognizione di causa un ovulo con il seme di un uomo dopo la morte di quest'ultimo. Il comma 2 del medesimo articolo precisa che la donna che benefici di una tale inseminazione non viene perseguita. La legge non regola, invece, almeno esplicitamente, la questione del trasferimento di embrioni *post mortem*. Secondo taluno, dal divieto sancito nell'art. 41 resterebbe, dunque, escluso il caso in cui la morte dell'uomo sopravvenga alla formazione, con l'apporto dei propri gameti, dell'embrione non ancora impiantato nel corpo della donna. Per tutti, v. VERCELLONE, *La filiazione*, cit., 4.

CONCLUSIONI

Riprendendo le fila del discorso iniziale, non v'è dubbio che, in ragione della sua severità, la vigente normativa sulla PMA abbia prodotto l'effetto di arginare il "flusso turistico procreativo" delle coppie straniere verso l'Italia. Purtroppo, è altrettanto agevole riconoscere che essa, sempre in virtù del suo rigore, ha provocato il fenomeno inverso, cioè l'«emigrazione» di coppie italiane verso Stati in cui la legislazione è più "permissiva".

Al riguardo, è appena il caso di sottolineare la discriminazione di fatto esistente tra le coppie sterili o infertili che, per le condizioni economiche poco floride, possono rivolgersi solo a sanitari operanti sul nostro territorio nazionale e non possono usufruire delle tecniche vietate e quelle economicamente più abbienti, le quali hanno la possibilità di ricorrere a tutte le metodiche di fecondazione, rivolgendosi a sanitari operanti all'estero.

Relativamente all'altra essenziale finalità perseguita dalla legge in discorso – la realizzazione di un appropriato bilanciamento dei valori e degli interessi coinvolti dalla PMA, riconducibili alla coppia, in primo luogo alla donna, e al nascituro – deve anzitutto riconoscersi che la legge ha provveduto doverosamente a salvaguardare lo *status* giuridico del bambino concepito con l'impiego delle tecniche in oggetto. Basti ricordare, ad esempio, la sancita preclusione dell'azione di disconoscimento di paternità *ex art. 235 c.c.* e dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità in base all'art. 263 dello stesso codice, rispettivamente, al marito ed al *partner* che avevano prestato il consenso – si noti, anche tacitamente – alla fecondazione eterologa della donna (v. art. 9 della legge n. 40). Così come merita di essere rimarcata la sottrazione alla madre del nato "a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita" del diritto a non essere nominata, così da evitare che il bambino venga dichiarato in stato di abbandono (v. sempre l'art. 9, comma 2, della legge n. 40).

Qualche riserva, invece, è stata manifestata in ordine alle scelte compiute dal legislatore in merito al “bilanciamento” fra gli altri valori e interessi in campo, in particolare fra quelli riconducibili alla donna e quelli riferibili all’embrione.

Ad evitare malintesi, qui va subito ribadito, e decisamente, che l’embrione di certo non può essere assimilato ad una *res* e quindi a un ammasso di cellule. Così come si è fermamente convinti che l’embrione debba essere protetto dall’ordinamento giuridico. Su questa linea si è collocata giustamente, oltre alla nostra giurisprudenza (da quella di merito a quella della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale), anche la legge n. 40/2004 (cfr. artt. 13 e 14): è sufficiente ricordare, per tutti, il divieto di “produzione degli embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione”, il divieto di selezione degli stessi a “scopo eugenetico”, il divieto, non meno significativo, della “commercializzazione” degli embrioni.

Naturalmente, la salvaguardia dell’embrione, non ancora persona fisica, (perché l’art. 1 c.c. chiarisce che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita), va adeguatamente bilanciata con la tutela di un soggetto che persona è già: la donna. Ora è proprio il modo in cui la legge ha operato questa “conciliazione” che desta perplessità: ciò in quanto, dal raffronto tra la posizione dell’embrione e quella della donna, emerge uno “sbilanciamento” ai danni di quest’ultima sotto il profilo della tutela della sua salute. Ci si riferisce, com’è intuibile, all’ipotetico (assurdo) trasferimento “coatto” nell’utero della donna degli embrioni ottenuti *in vitro* (sottoposto al vaglio della Corte costituzionale) e soprattutto all’asserito divieto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche (anch’esso oggetto della sollevata questione di legittimità costituzionale).

Altrettanto discutibile risulta la questione relativa alla destinazione degli embrioni non utilizzati e abbandonati dai genitori. Dopo la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale - che ha dichiarato l’illegittimità dell’articolo 14, comma 2, della legge n. 40/2004 nella parte in cui prevedeva che il numero di embrioni creati non dovesse superare quello strettamente necessario “a un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” - è stato eliminato il

divieto di crioconservazione, sancito in via generale dal precedente comma 1 dello stesso articolo 14, dando di conseguenza il via libera alla tecnica di congelamento degli embrioni non impiantati.

In questi ultimi anni, quindi, il numero degli embrioni congelati è aumentato in maniera esponenziale: nel 2008 quelli formati erano 84.861 e quelli crioconservati 763; nel 2009 i primi erano 99.258 e i secondi 7.337, nel 2010 il dato totale di quelli composti era 113.019 e la quantità di quelli congelati è arrivata a 16.280.

Il problema è serio e le strade da percorrere sono in teoria tre: utilizzarli per la ricerca e la sperimentazione; impiegarli nel campo delle cellule staminali per la terapia di varie malattie; destinarli ad altre coppie che desiderano divenire genitori.

Secondo l'opinione di Fernando Santosuosso, la prima via, anche se da preferire rispetto all'ipotesi della distruzione, comporterebbe l'attribuzione agli embrioni, della "limitata e poco nobile funzione strumentale di cavia agli esperimenti". Per quanto riguarda, poi, il secondo percorso, si sostiene che una prospettiva accettabile sarebbe che il progresso tecnico-scientifico riuscisse a formare o "rieducare" delle cellule con efficacia pari a quelle embrionali, senza sacrificare gli embrioni umani. Solo la terza destinazione "sarebbe effettivamente conforme alla natura dell'embrione: completare il proprio cammino vitale e dare la gioia della genitorialità a una coppia".

Di qui la sollecitazione a riflettere su un preciso quesito: attraverso quale percorso si può conseguire questo obiettivo? Quale strumento giuridico può essere più idoneo? La donazione o l'adozione?

La maggior parte di quanti escludono la prima scelta evidenziano che la donazione implica che il donante e non soltanto l'autore genetico dell'embrione possa decidere la destinazione dello stesso. Ciò implica l'equiparazione dell'embrione ad una *res*, di cui il proprietario può disporre fino alla distruzione.

Un'altra ragione importante che induce ad escludere che il destino degli embrioni soprannumerari possa essere ricondotto ad una donazione deriva dall'esperienza alquanto traumatica emersa in altri ordinamenti. Negli Stati Uniti

d'America, in particolare, sono tutt'altro che rari i contratti relativi alla donazione dell'embrione accompagnata da una serie di clausole tra le più minute, tra le quali è inclusa anche quella che regola il "possesso" dell'embrione. Vi è, dunque, una concezione tipicamente "*patrimonialistica*" che, evidentemente, non rende un buon servizio alla posizione giuridica e alla dignità che merita l'embrione.

Parimenti indicativa della menzionata concezione è anche la natura del contratto che interviene tra i soggetti titolari dei gameti e la struttura di crioconservazione. Correntemente viene, infatti, adoperato il c.d. contratto di deposito. In questo modo ancora una volta viene confermato che l'embrione è una sorta di "*bene*", in quanto il contratto di cui sopra in tutti gli ordinamenti, compreso quello italiano, è un accordo con il quale una parte riceve un "*bene*" con l'obbligo di custodirlo e di restituirlo.

Non può, pertanto, essere sostenuta la strada della donazione, perché indica una sorta di degradazione dell'embrione fino allo stadio di un insieme di cellule, ovvero una sorta di materiale biologico senza alcuna destinazione.

Di conseguenza, l'unica alternativa possibile è quella dell'adozione. Concetto, questo, che implica l'esigenza di risolvere non semplicemente il problema dell'impianto, ma anche quello del destino degli embrioni una volta che la gravidanza è giunta a termine. Al riguardo, si è, infatti, evidenziato che se si ponesse l'accento soltanto sulla prima fase si finirebbe per lasciare l'embrione privo di tutela nel momento in cui, avutasì la gravidanza e il parto, l'embrione si troverebbe privo del supporto a cui ha diritto come "persona". Ci si riferisce, naturalmente, all'ambiente familiare in grado di accoglierlo.

In questa prospettiva, sembra che l'istituto dell'adozione dei minori (o meglio del "Diritto del minore ad una famiglia") possa senz'altro essere un percorso possibile.

A questo punto, un altro interrogativo con riferimento alla precisazione di ordine terminologico (che non è fine a se stessa) nella scelta della strada meglio percorribile.

A tal proposito, nella letteratura, non si riscontra una univocità lessicale: alcuni discorrono di "*adozione precoce*", altri di "*adozione per la nascita*"

(espressione, questa, adottata anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica) o di “*adozione sic et simpliciter*” oppure di “*adozione prenatale*”.

Ad avviso del Prof. Carmine Donisi, tutte queste espressioni non tengono conto del sopracitato aspetto fondamentale, qui condiviso: quello relativo al fatto che l’impianto dell’embrione è soltanto il primo stadio, a cui deve seguire quello che costituisce l’essenza del fenomeno dell’adozione, cioè il prendersi cura della vita del nato, affinché questi possa svilupparsi nel migliore dei modi. Motivo, questo, per il quale sembrerebbe più idonea l’espressione “adozione per la vita” (in sigla: APV).

Per rendere, però, questa soluzione operativa, occorre risolvere altre questioni.

Anzitutto, necessita tener presente che un’eventuale legge sull’adozione provocherebbe vari problemi sull’assetto della legge n. 40/2004. Si allude, in particolare, alla questione relativa alla surrogazione di maternità e quella attinente alla fecondazione eterologa, due pratiche testualmente vietate dall’attuale disciplina normativa. Se si decidesse di condividere l’orientamento favorevole all’adozione bisognerebbe bilanciare i menzionati divieti con la disciplina sull’adozione.

Ancora, un altro aspetto importante su cui riflettere sarebbe quello di individuare il rapporto tra l’adozione degli embrione crioconservati (di cui si parlava, seppur in linea generale, già nell’art. 22 del testo di legge, rubricato “Disciplina della procreazione medicalmente assistita”, approvato dalla Camera dei Deputati nel 1999) e l’attuale legge sul “Diritto del minore ad una famiglia” (n. 184/1983).

A questo proposito, si potrebbe tentare un’applicazione analogica della disciplina contenuta nella suddetta legge. Se non si riuscisse, però, a colmare le lacune relative alla sorte degli embrioni soprannumerari mediante l’applicazione analogica delle norme in tema di adozione dei minori, si porrebbe l’esigenza di elaborare un apposito provvedimento legislativo.

Si auspica, pertanto, l’elaborazione, in tempi brevi, di una specifica regolamentazione legislativa in materia di embrioni crioconservati, volta a

garantire la tutela della vita umana fin dal suo primo istante di esistenza. Così come si spera che l'adito Giudice delle leggi, a seguito di una interpretazione serena e meditata degli indici normativi, rimuova le incongruenze che, nonostante il lungo "martirio giudiziario", sono ancora presenti nella legge n. 40/2004. Si allude, ad esempio, al trasferimento ("coatto") nell'utero della donna degli embrioni ottenuti *in vitro* e soprattutto al divieto di accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie ereditarie.

In attesa di un intervento legislativo chiarificatore dei molteplici problemi suscitati dalla vigente normativa sulla procreazione medicalmente assistita, si stima utile ricordare quanto qualche anno fa, a questo proposito, scriveva in un celebre volume (*Credere e conoscere*), il Cardinale Carlo Maria Martini: "non si tratta (...) di dire no alla diagnosi di test genetici per prevenire malattie ereditarie, ma di chiedersi se sia ammissibile procedere con la selezione di embrioni, un concetto che rischia di non rimanere relegato alla sfera della salute, ma di sfociare in tentativi sempre più incalzanti di determinare a tavolino le caratteristiche fisiche e forse anche mentali degli esseri umani (...). La vera questione è quella di tenere sotto controllo il potere, sempre crescente, che l'uomo ha acquisito nel decidere della nascita, della non-nascita e del tipo di vita da dare ai propri discendenti"²⁴⁰.

²⁴⁰ C.M. MARTINI, in C.M. MARTINI e I. MARINO, *Credere e conoscere*, Torino, 2012, 14 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AARATHI TPRASAD, *Storia naturale del concepimento*, Bollati Boringhieri, 2014, 222 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Sterilizzazione e diritto penale*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 783 ss.
- AMERI D., *Scusi vuole fare un figlio con me?*, in Supplemento al quotidiano *La Repubblica*, 9 novembre 2013, 138 ss.
- ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III T.A.R. Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2735.
- ANNECCA M. T., *Lesioni della capacità procreativa*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. 2, Cedam, Padova, 2001, 114 ss. e 1111.
- ANTINORI S., in “*La Repubblica*”, 10 ottobre 2011, n. 720, inserto *sull’Infertilità*.
- APRILE A. e BENCIOLINI P., *La Sterilizzazione: aspetti clinici e casistica medico legale*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 799 ss.
- AULETTA T., *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 22; 35; 37 ss.
- BAGNASCO A. Card., presidente della CEI, in *Avvenire*, 2 agosto 2009.
- BALDINI G. - SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona*, Firenze University Press, 2007, 17; 18.
- BALDINI G., CASSANO G., in *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 28.
- BALDINI G., *Le nuove frontiere del diritto di procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in BALDINI G. e CASSANO G., *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 8 ss.; 17.
- BALDINI G., *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, ESI, 2006, 28; 56 ss.

- BALDINI G., *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1999, 17; 24 ss.; 55.
- BALDINI G., *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam.* 1998, 764; 780.
- BALDINI G., *Procreazione medicalmente assistita e costituzione per valori: alla ricerca di un bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di giustizia*, in AA.VV., *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, a cura di G. Baldini, Giappichelli, Torino, 2004, 139.
- BALESTRA L., *Inseminazione eterologa e status del nato*, in *Giur. it.* 1999, 461.
- BIANCA M., *Diritto civile, I, La norma giuridica, I soggetti*, 1990, 221 ss.
- BIANCA M., *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 2001, 351 ss.
- BIANCA M., *Stato delle persone*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, 969 ss.
- BISCONTINI G., *La filiazione legittima*, in BONILINI e CATTANEO (diretto da), *Il diritto di famiglia, III, Filiazione e adozione*, Torino 1997, 53.
- BUSNELLI G., *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1996, 583
- CALOGERO M., "La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi", Giuffrè, 1989, 124; 130 ss.; 201; 158 ss.
- CANOVA L., *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 2, 669.
- CARBONE V., *Riconoscimento di paternità ed inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema* in *Il Corriere giuridico*, 1998, 11, 1294, con nota di, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51.
- CARBONE V., *Giudici Usa: nata in provetta, figlia di nessuno*, in *Fam. e dir.*, 1997, 405 ss.
- CASINI C. - CASINI M. - DI PIETRO M., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, Torino, 2004, 184; 204 ss..

- CASINI M. “La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004, in *Dir. famiglia* 2009, 3, 99.
- CASINI M., *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Giur. merito*, 2008, 287.
- CASSANO G., in BALDINI G. e CASSANO G., *Persona, biotecnologie e procreazione*, Ipsoa, 2002, 215.
- CASTELLANETA M., *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in *Guida al diritto*, 5/2009, 66 ss.
- CASTELLANETA M., *La tendenza sessuale non è più determinante nella regolamentazione dei rapporti familiari*; in *Guida al diritto*, n. 5 del 26 gennaio 2013, 14 ss.
- CASTELLANETA M., *Spente le speranze di una “scelta” internazionale la palla torna nell'area del legislatore nazionale*, in *Guida al diritto*, 2011, 46, 14 ss.
- CESÀRO A. N. (a cura di), *Il bambino che viene dal freddo*, FrancoAngeli, Milano, 2000, passim.
- CHIEFFI L. (a cura di), *Bioethical issues by the Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B.*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, passim.
- CLARIZIA R., *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Giuffrè, 1988, 18; 143.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il problema bioetico della sterilizzazione non volontaria*, Pubblicazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1999, 8 ss.
- COMPORTI M., *Profili costituzionalistici e civilistici*, in *Justitia*, 1985, 336 ss.
- CORRADI M., “*Quel battito che bussava alla coscienza*”, in <http://www.avvenire.it> (consultato in data 28/01/2014).
- CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, 4; 30 ss.; 60 ss.; 80; 140.
- CORTI I., *La maternità per sostituzione*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1525 ss.

- COSSU C., *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*, in *Giur. it.* 1999, 461.
- COSSU C., *La filiazione legittima e naturale*, in *La famiglia*, III (a cura di Cendon P.), Utet, 2000, 4.
- COSTANTINO M., *L'identità del bambino e del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 767.
- D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, terza edizione ampliata, 1998.
- D'ALOIA A. e TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1353 ss.
- D'ALOIA e TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1365 ss.
- D'ANTONA – DELL'OSSO – GUERRINI- MARTINI, *La sterilizzazione volontaria. Aspetti giuridici, tecnici e medico legali*, Milano, Giuffrè, 1980, 33 ss.
- DE LUCA, *Due gemelli con tre mamme*, in *La Repubblica*, 22 ottobre 1997.
- DOGLIOTTI M., *“La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna”*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 768.
- DOGLIOTTI M., *Inseminazione artificiale e rapporti di filiazione*, in *Giur.it.*, 1991, I, 2, 73.
- DOGLIOTTI M., *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Fam. e dir.*, 1994, 182.
- DOGLIOTTI M., *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento di embrioni a tutela della salute della donna*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 764.
- DOGLIOTTI M., *La legge sulla procreazione assistita*, 117 ss.; sul punto v. anche Id., *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul*

trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2009, 768 ss.

- DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, 2, I, Utet, 1999, 52.
- DOGLIOTTI M., *Maternità surrogata: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e dir.*, 2000, 156.
- DONISI C., *Aspetti giuridici del c.d. accanimento terapeutico*, in *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche*, a cura di C. Buccelli, Napoli, 2013, 253 ss.
- DONISI C., *Prime note sulla disciplina legislativa della procreazione medicalmente assistita*, in *La Procreazione Medicalmente Assistita: attualità bioetica e attualità giuridica*, Atti di una giornata di studio, a cura di P. Amodio, Edizioni Partagées, Napoli, 2005, 63 ss.
- E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere Giuridico* n. 7/2010.
- FARRI MONACO M., *Le nuove condizioni del nascere e la libertà procreativa: aspetti bioetici e psicodinamici*, in *Minori e Giustizia*, 2005, 2, 41 ss.
- FAVILLI C., *Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475 ss.
- FERRANDO G., "Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475.
- FERRANDO G., *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 996.
- FERRANDO G., *L'inseminazione artificiale nella coppia coniugata. Spunti per una riflessione sulle proposte di legge*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, 1153, ss.
- FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 6, 814.
- FERRANDO G., *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati*, in *Dir. fam. e pers.*,

- 2004, 4, 380; id. *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2004, 489 ss.
- FINOCCHIARO A., *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*, in *Guida al diritto*, 1999, 12, 48
 - FINOCCHIARO A., *Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti*, in *Guida al diritto*, n. 9/2000, 74 ss.
 - FINOCCHIARO M., *La prova del rischio di ripercussioni negative non doveva essere posta a carico del padre*; in *Guida al diritto*, n. 5 del 26 gennaio 2013, 14 ss.
 - FLAMIGNI C. – BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, L'Asino d'oro edizioni, Roma, 2012, 156; 162.
 - FURGIUELE G., *La fecondazione artificiale*, in *Quadrimestre*, 1989, 260.
 - GALLO F. – LALLI C., *Il legislatore cieco. I paradossi della legge 40 sulla fecondazione assistita*, Editori Internazionali Riuniti, 2012, 25 ss.
 - GATTI S., *Procreazione assistita: regole ancora nella bufera ma il nodo è la destinazione degli embrioni congelati*; in *Guida al diritto*, 2013, 8, 17 ss.
 - GIACOBBE E. “*La festa della mamma. Osservazioni "a caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*”, in *Giust. civ.* 2009, 6, I, 1177.
 - GIAIMO G., *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2011, 2, 855.
 - GORASSINI A., *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in AA.VV., *Liber amicorum, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, vol. I, 234-235.
 - GORASSINI A., *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir.fam. pers.*, 1987, 1249 ss.,
 - GORASSINI A., *Procreazione*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, 1971, 952; 963.
 - GORGONI M., *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.* 1994, I, 1691.
 - GORGONI M., *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1242 ss.

- IAGULLI P., *Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale*, Giappichelli, Torino, 2001, 3 ss.
- LA ROSA S., “*Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – Un nuovo problema – Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*”, in *Famiglia e Diritto*, 5/2010, 476 ss.
- LA ROSA S., *Il divieto di fecondazione eterologa va al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2010, 1623 ss.
- LA ROSA S., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Corriere Giuridico* n. 12/2010.
- LALLI C., *Libertà procreativa*, Liguori, Napoli, 2004, 10; 67 ss.
- LECALDANO E., *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Bari, 2009, 133; 135.
- LENTI L., *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, 233; 235; 241 ss.; 265.
- LOJACONO, voce *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, 1971, 757 .
- LOMBARDI R., *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 2, 663.
- LORENZETTI L., *RU 486 farmaco di morte, che aggira la legge*, in *Famiglia Cristiana*, 2009, 32, 126.
- LORETI BEGHÈ A., *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, 1993, 442.
- MANERA G., *Osservazioni in tema di fecondazione artificiale o procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 1996, 12.
- MANTOVANI F., *Problemi giuridici della sterilizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 841.
- MARTINI C.M., in MARTINI C. M. e MARINO I., *Credere e conoscere*, Torino, 2012, 14 ss.
- MARTINI F. *Nel risarcimento per omessa diagnosi prenatale spunta il diritto del neonato a ricorrere in proprio*; “*In assenza di nesso causale tra omissione e danni la soluzione proposta appare un'alchimia giuridica*, in *Guida al diritto*, n. 46 del 17 novembre 2012, 14 ss.

- MARTINI F., *Il chirurgo è tenuto a risarcire il danno alla paziente che resta incinta dopo un intervento di sterilizzazione*, in *Guida al diritto*, 10/2014, 35 ss.
- MASTROLILLI P., *Tre genitori per un figlio sano “È eugenetica”. “No, è terapia”*, in *La Stampa*, TuttoScienze, 26 febbraio 2014, 26.
- MILAN R., *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, 1997, 286.
- MIRABELLI C., *Madre surrogata, un’interpretazione acrobatica*, in <http://www.avvenire.it/famiglia>.
- MORETTI M., *La procreazione artificiale*, in BONILINI G. e CATTANEO G. (diretto da), *Il diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, Torino, 1997, 253.
- NADDEO F., in *Accesso alle tecniche*, Stanzione e Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, 69.
- NEGROTTI E., *Viene messa in crisi l’impalcatura della 194*, intervista a Gambino, in *Avvenire*, 2 agosto 2009.
- OPPO G., *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 528-529.
- OPPO G., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, I, 105 ss.
- PADOVANI T., voce “Sterilizzazione”, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1085.
- PALMIERI M., *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*, in *Foro Italiano*, 1990, I, 298
- PATTI S., *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 242
- PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civi.*, 1982, 1020 ss.
- PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, Esi, 1994, 138 e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 2006, 719; 775.
- PICIOCCHI C., *Il “diritto a non nascere”: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 677 ss.
- PICKER E., *Il danno alla vita*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2004, 24 ss.

- PICOULT J., *La custode di mia sorella*, TEA, Milano, 2004.
- PONZANELLI G., *La "forza" e la "purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione eterologa*, in *Fam. e dir.*, 1994, 186 .
- PONZANELLI G., *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità di sostituzione: il caso francese* in *Foro it.*, 1991, IV, I.
- PONZANELLI G., *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di sostituzione di maternità* in *Foro it.*, 1989, IV. 294 ss.
- PONZANELLI G., *California e vecchia Europa: il caso del contratto di maternità surrogata* in *Foro it.*, 1993, IV. 338 ss.
- PONZANELLI G., *Il caso Baby M. la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, IV, 9.
- PORRACCILO A., *Altro punto sottoposto al vaglio della Consulta l'impedimento a revocare il consenso alla PMA*, in *Guida al diritto*, 2013, 8, 17 ss.
- PORRACCILO A.: *"Il giudice può ordinare al personale sanitario di effettuare la diagnosi genetica preimpianto"*, in *Guida al Diritto*, 2013, 8, 35 ss.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., voce "Sterilizzazione", in *Digesto IV ed.*, Disc. pen., XIV, Torino, Utet, 1999, 5 ss..
- PUCCINI C., *Istituzioni di medicina legale*, Milano Ambrosiana, 2003, VI ed., 902.
- QUADRI E., *Le tecniche di riproduzione tra diritto vigente e possibili opzioni legislative*, in *Famiglia e ordinamento civile*, 1999, 259.
- QUADRI E., *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 1999, 108.
- *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, presieduta da Mary Wornock, Londra 1984 (c.d. rapporto Wornock) , 8.1, trad. it. in *Dir. fam.*, 1986, 1278 ss.
- RESCIGNO P., *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614.
- RIGHETTI P., GALLUZZI M., MAGGINO T., BAFFONI A., AZZENA A., *La coppia di fronte alla procreazione medicalmente assistita*, FrancoAngeli, Milano, 2009, passim.

- RODOLFI M. *“Concepito equiparato a un centro di interessi”*, in *Guida al diritto*, n. 46 del 17 novembre 2012, 14 ss.
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 169.
- RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma, 1992, 215; 217.
- ROSSINI G., in *“È legittimo predire e selezionare l'uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto”*, 2011, 115 ss.
- SALANITRO U., *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, 977.
- SALANITRO V.U., *Principi e regole, contrasti e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 85.
- SALERNO G., *Chance ormai ridotte per l'incostituzionalità delle norme italiane contenute nella legge 40*, in *Guida al diritto*, 2011, 46, 14 ss.
- SALERNO G., *Nessun rischio di pianificazione delle unioni*; in *Guida al diritto*, n. 5 del 26 gennaio 2013, 14 ss.
- SALERNO M., *“Procreazione assistita: la riscrittura della legge passa di nuovo per le modifiche alle linee guida”*, in *Guida al diritto*, 2011, 48, 6 ss.
- SALVI M., *Biotecnologie e bioetica, un ritorno alla metafisica? Terapia genica in utero, clonazione umana e lo statuto morale dell'embrione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 595.
- SANDULLI A., *Rapporto etico-sociali, sub. art. 29*, in Cian, Oppo, Trabucchi (a cura di), *Comm. al Diritto Italiano della Famiglia*, Cedam, 1992, 22.
- SANTOSUOSSO A., *Per ricorrere al soccorso della tecnologia basta la sola certificazione di sterilità*, in *Guida al diritto*, 2004, 29.
- SANTOSUOSSO F., *La fecondazione artificiale*, Giuffrè, 1984, 118 e ss..
- SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004, 23; 139.
- SARACENO C., *Coppie e famiglie*, Feltrinelli, Milano, 2012, 69 ss.
- SCIA F., *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*, Jovene, 2010, 32; 281 ss.; 294 ss.

- SCIANCALEPORE G., *Assunzione volontaria di paternità e "diritto al ripensamento"*, in *Il Corriere giuridico*, 1994, 5, 631.
- SEMIZZI C., *Rilievi giuridici sull'inseminazione artificiale*, in *Dir.fam.pers.*, 1984, I, 369.
- SESTA M., *“La procreazione medicalmente assistita tra legge, corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica”*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 839; 845 .
- SESTA M., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 11, 1406.
- SESTA M., *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*, in *Fam. e dir.*, 1999, 237
- SESTA M., *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. Giur.*, 2000, 483.
- SESTA M., *Procreazione medicalmente assistita*, in Sesta M. (a cura di), *Il codice della famiglia*, Tomo I, Giuffrè, 2007, 3126.
- SESTA M., voce *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Treccani*, 2005, 4.
- SOLDANO M., *Disconoscimento di paternità in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito*, in *Giust. civ.* 1994, I, 1697.
- SPALLAROSSA M.R., *La procreazione responsabile*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1373 ss.
- TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e genetica umana*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986, 510.
- TRABUCCHI A., *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di maternità e di paternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 242; 502.
- TRIMARCHI M., *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009,1021; R. M. Bova, *Indennità di espropriazione: l'Italia condannata dalla CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 541.
- TRINCHERA T., *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di*

Brescia, in <http://www.penalecontemporaneo.it> (consultato in data 18 marzo 2014).

- TRIPODINA C. “*Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*”, in *Dir. famiglia* 2007, 1, 21.
- TRIPODINA C. “*La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la Costituzione che non vale più la pena difendere*”, in *Giur. cost.* 2009, 3, 1656 .
- TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*, in *Il Diritto pubblico*, 2004, 539.
- UCCELLA F., *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. it.* 1999, 461.
- VACCARO G. “*Un richiamo all'intangibilità dei principi costituzionali*”, in *Guida al diritto*, n. 46 del 17 novembre 2012, 14 ss.
- VACCARO G., *L'interesse del minore alla base di ogni decisione*; in *Guida al diritto*, n. 5 del 26 gennaio 2013, 14 ss.
- VACCARO G., *Nessuna interpretazione è possibile, la parola passa alla Corte Costituzionale*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com> (consultato in data 3 marzo 2014).
- VEGETTI FINZI S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in *Questioni di bioetica*, a cura di Rodotà S., Roma-Bari, 1993, 182 ss.
- VELLA G., *Breve panoramica storico-sociale sul fenomeno della sterilizzazione*, in A.A.V.V., *Il problema della sterilizzazione volontaria: studio e ricerca interdisciplinare*, Milano, Franco Angeli, 1983, 11 ss.
- VERCELLONE P., *Fecondazione assistita e status familiari*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, in *Atti del convegno tenuto a Pisa, 30 gennaio – 2 febbraio 1997*, Cic Ed. internaz., 104.
- VERCELLONE P., *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, Utet, Torino, 1987, 4; 323.

- VILLANI R., *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004, passim.
- VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto, Il Governo del corpo*, Giuffrè, 2011, 1517 ss..
- VILLANI R., *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 475.
- VIOLINI L., *La legge francese sui danni da mancata diagnosi di malattie genetiche fetali*, in *Quad. cost.* 2005.
- ZATTI P., *Artificio e “natura” nella procreazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1986, 696 ss.
- ZATTI P., *Familia e familiae. Declinazione di un’idea. II. Valore e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 2, 350 ss.
- ZATTI P., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civile comm.*, 2000, II, 195.
- ZATTI P., *Natura e cultura nella procreazione artificiale*, in Ferrando G. (a cura di), *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, 1989, 177 ss.