



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Genitorialità e Procreazione Medicalmente Assistita: spunti e riflessioni

Il Candidato

Marta Savini

Il Relatore

Prof.ssa Chiara Favilli

Anno Accademico 2015 / 2016

INDICE

INTRODUZIONE... pag. 1

CAPITOLO I

NUOVE FRONTIERE DELLA PROCREAZIONE

ED I SUOI DIRITTI.

EVOLUZIONE DEI MODELLI GENITORIALI.

- 1.1 Cenni introduttivi sull'evoluzione del diritto di
Filiazione ... pag. 3
- 1.2 Il diritto ad avere figli nell'età dei diritti ... pag. 6
- 1.3 Teorie dei diritti riproduttivi ... pag. 8
- 1.4 L'interferenza della scienza e la possibile
configurazione di un diritto a procreare
artificialmente ... pag. 11
- 1.5 La fecondazione artificiale: le teorie per un
diritto assoluto... pag. 13
- 1.6 Le teorie per un diritto relativo. Il modello seguito
in Italia ... pag. 15
- 1.7 Il quadro normativo italiano ed europeo di un diritto
dai contorni opachi ... pag. 16
- 1.8 Diritto alla genitorialità, una prima analisi ... pag. 19
- 1.8.1. Figure genitoriali ... pag. 22
- 1.9 La Procreazione medicalmente assistita ... pag. 23
- 1.9.1 Tecniche esistenti: fecondazione omologa,
fecondazione eterologa, surrogazione di
maternità, fecondazione *post-mortem*... pag. 26
- 1.10 Il genitore sociale: un nuovo *status* genitoriale dopo
la sent. n. 162 del 2014 della Corte Cost. ... pag. 30
- 1.10.1 Verità biologica o verità legale? ... pag. 33

CAPITOLO II

RELAZIONE FRA *STATUS FILIATIONIS* E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

- 2.1 *Status filiationis* e modelli procreativi ... pag. 36
- 2.1.1. Appartenenza allo *status*. Funzione e rilevanza
dell'accertamento della filiazione nella disciplina
del c.c. (cenni)... pag. 37
- 2.1.2. Regole determinative della genitorialità
nella Procreazione medicalmente assistita
(PMA)... pag. 41
- 2.2 Il ruolo del consenso. Riflessioni sulla volontarietà che
contraddistingue la genitorialità ricercata tramite la
PMA dalla "genitorialità naturale" ... pag. 44
- 2.3 *Mater semper certa est?* Superamento della certezza
della maternità, nella fecondazione eterologa e nella
surrogazione di maternità ... pag. 48
- 2.4 Il diritto all'identità filiale e il diritto alla conoscenza
delle proprie origini ... pag. 53

CAPITOLO III

LA DIAGNOSI GENETICA PRE-IMPIANTO

- 3.1. L'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto.
"Quando una scelta di vita è guidata
dalla tecnica"... pag.56
- 3.2. I "punti critici" della tecnica ... pag. 58
- 3.3. La giurisprudenza italiana in tema di
PGD (cenni)... pag. 62
- 3.4. Riflessioni sull'utilizzo delle tecnologie riproduttive.
Opinioni a confronto ... pag. 67

CAPITOLO IV
QUESTIONI ANCORA APERTE SULLA
PROCREAZIONE ARTIFICIALE

- 4.1. La maternità surrogata. Problemi applicativi
in Italia ... pag. 73
- 4.2. Il diritto del *single* a procreare artificialmente.... pag. 83
- 4.3. Può l'omosessualità costituire un limite
alla genitorialità? ... pag. 85

CAPITOLO V
I CASI GIURISPRUDENZIALI ED ALCUNE
RIFLESSIONI A MARGINE

- 5.1. Il caso dello “scambio di embrioni”. “Quali e
quante genitorialità per un minore?” ... pag. 93
- 5.1.1. Le questioni in diritto... pag. 95
- 5.1.2. Riflessioni conclusive ... pag. 100
- 5.2. Il confronto con il caso Perry Rogers v. Fasano.
Una soluzione opposta... pag. 102
- 5.3. Le “due madri” della Corte d’Appello di
Torino ... pag. 104
- CONCLUSIONI ... pag.107
- BIBLIOGRAFIA ... pag.112
- SAGGI E RIVISTE ... pag. 113
- GIURISPRUDENZA CITATA ... pag. 115
- SITOGRAFIA ... pag. 116

INTRODUZIONE

Questo lavoro di tesi è maturato da una riflessione sollecitata da un professore durante i miei anni universitari ed alla quale ho cercato di offrire una mia personale risposta, anche alla luce di diversi casi di attualità che nel panorama italiano, ma non solo, si sono affacciati all'attenzione della cronaca.

Il principio di bigenitorialità, considerato un dato di fatto nella realtà quotidiana, è rimasto un principio attuale o a fronte del sempre maggior utilizzo delle nuove tecniche di riproduzione artificiale, deve lasciar spazio a nuovi tipi di genitorialità che prevedono una pluralità di figure? E se queste coesistono, che ruolo possono ricoprire nella vita del minore?

Il punto di partenza è stato così l'approfondimento sulle varie teorie riproduttive, anche in vista di successive comparazioni con altri ordinamenti, con i quali si è posto un confronto per capire il carattere relativo di alcuni concetti.

Si è proseguito con un'analisi della genitorialità, sia naturale, che nello specifico artificiale, e sullo stretto legame con l'attribuzione dello *status* di figlio anche in base alla Riforma del 2012, cercando sempre un punto di contatto tra le discipline della filiazione naturale e quella "per scelta" ed i diritti spettanti ai figli.

Ampio spazio durante tutto il lavoro è stato attribuito a due capi saldi del diritto della filiazione: il principio secondo cui *mater semper certa est*, analizzato anche alla luce del fenomeno della surrogazione di maternità ed i possibili conflitti sulla maternità, e l'art. 269 del c.c. che lega la maternità al fatto storico del parto.

Si è posto, altresì l'accento su un altro punto controverso delle tecniche artificiali, la diagnosi genetica pre-impianto ed il diritto

ad avere un figlio sano, analizzata in parallelo con la legge 194 del 1978.

Nel capitolo IV sono osservate con un occhio critico le questioni ancora aperte sulla procreazione artificiale fra le quali la maternità surrogata ed i problemi relativi a due categorie di soggetti esclusi dalla legge 40/2004, i *singles* e gli omosessuali.

Si è concluso infine, con l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali di particolare rilevanza ed attualità, per poter consolidare alcune riflessioni maturate nel lavoro svolto nei capitoli precedenti.

CAPITOLO I

NUOVE FRONTIERE DELLA PROCREAZIONE

ED I SUOI DIRITTI.

EVOLUZIONE DEI MODELLI GENITORIALI

1.1 Cenni introduttivi sull'evoluzione del diritto di filiazione

«La nascita, come evento di natura, dovrebbe essere un avvenimento neutro...¹». Così l'autorevole dottrina del passato, ma anche la più recente, si esprime a proposito di uno fra i temi più delicati e spesso discussi, anche in ambiti non-giuridici, del diritto di famiglia. Il diritto della filiazione ha attraversato nell'ultimo trentennio, un'evoluzione assai significativa, nell'ambito di un cambiamento di portata più generale che ha investito l'intera materia del diritto di famiglia.

Punto focale è stato certamente l'evolversi della famiglia c.d. tradizionale, così come delineata dall'art. 29 Cost., oggi vista sempre di più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca e sempre meno dotata di quel carattere istituzionale che la contraddistingueva in passato. Il riferimento al brocardo dell'autorevole dottrina è da ascrivere certamente alla condizione dello *status filiationis*, tematica che a lungo ha tenuto banco sia fra le nostre corti (specie quella costituzionale) sia fra le corti sovranazionali (soprattutto quella di Strasburgo). Quest'ultima, nelle decisioni rese con riguardo all'art. 14 della Convenzione (ma anche all'art. 8) proibisce ogni discriminazione fondata sulla nascita, e «non contempla neppure l'esistenza di quel soggetto – la famiglia legittima– che negli ordinamenti nazionali ha storicamente ricoperto il

¹ G. PALAZZOLO, *Accertamento dello status e interesse familiare alla successione*, in *Famiglia, persone e successioni*, n.1 del 2009, p.33.

ruolo di “terzo incomodo” da tutelare insieme ai genitori e ai figli, ed eventualmente anche a scapito di questi ultimi, se nati fuori dal matrimonio²».

Nella nostra Costituzione, la nascita non è ricompresa fra i fattori di discriminazione previsti all’art. 3 che riguardano il singolo individuo; le norme sulla filiazione tuttavia, sono considerate in relazione perlopiù alla famiglia, rispondenti quindi ad una visione di tipo comunitario della stessa, dove i diritti dei singoli arretrano in secondo piano.

Questa visione, frutto del retaggio storico fin dall’epoca del diritto romano ed esaltato durante il periodo fascista, considerava la famiglia, basata interamente sul matrimonio, quale espressione di interessi pubblicistici³, in cui il singolo trovava pochi spazi.

Nella legislazione dello Stato fascista si delineava con evidenza un modello incentrato, non sulla tutela della famiglia in sé, riguardante cioè la protezione dei suoi stessi componenti per affermare i loro diritti individuali, ma sulla salvaguardia, ciascuno secondo il suo specifico *status*, di membri di una collettività considerata vitale per il mantenimento dello Stato stesso.

La famiglia legittima si configurava come l’unico tipo di unione possibile nel contesto sociale e, in quanto tale, veniva disciplinata dall’ordinamento⁴.

La sua struttura gerarchica e discriminatoria era rafforzata dall’indissolubilità del vincolo matrimoniale (rimasto nel

² E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 302.

³ A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914. «Il diritto di famiglia andava, nel suo complesso, qualificato come diritto pubblico»

⁴ M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2007, p. 207. «al di fuori della famiglia legittima vi era disordine, non solo sul piano etico, ma anche su quello sociale».

nostro ordinamento fino all'entrata in vigore della legge sul divorzio del 1970) e dalla potestà, maritale e patria, esercitata dal marito e padre, rispettivamente, verso la moglie ed i figli.

D'altro canto, la filiazione "legittima" (figlio concepito in costanza di matrimonio) si contrapponeva alla filiazione "illegittima" (figlio concepito tra genitori non coniugati tra loro), considerata decisamente inferiore rispetto alla prima.

Questa discriminazione trovava il suo fondamento nella finalità di salvaguardare e rafforzare la sola famiglia legittima.

Il superamento della visione precedentemente delineata (*status* legato all'appartenenza ad un gruppo) è stato raggiunto in anni più recenti attraverso numerose tappe.

Di fondamentale rilievo è stato in primo luogo il processo innescato dall'art. 30 Cost. e portato avanti dalla giurisprudenza costituzionale e dalla riforma del diritto di famiglia del 1975⁵ (in attuazione dei principi costituzionali agli articoli 29 e 30 Cost.); ulteriori tappe (non certamente esaustive) di tale percorso normativo possono comunque essere rinvenute nella legge sulle adozioni del 1983 (poi modificata nel 2001), nella legge sull'affidamento dei figli del 2006 e, da ultimo, nella recente legge n. 219/2012 di riforma della filiazione, dove si giunge alla piena parificazione fra filiazione legittima e filiazione naturale e quindi allo *status* unico di figlio. La formale distinzione fra gli *status filiationis* (figli nati fuori e all'interno del matrimonio) permane nell'impianto codicistico limitatamente all'attribuzione e alla rimozione del rapporto formale di filiazione: solo il matrimonio, almeno allo

⁵ Legge 19 maggio 1975, n.151 (G.U. n. 135 del 23/05/1975) *Riforma del diritto di famiglia*.

stato attuale, rappresenta il possibile ancoraggio per l'operatività del meccanismo presuntivo.

Molti, inoltre i confini non ancora ben delineati della disciplina degli *status* per i soggetti nati da procreazione medicalmente assistita, di cui negli anni, ma perlopiù recentemente (dopo la legge 40 del 2004 che ne ha regolato la materia) si è visto una crescente applicazione.

Le nuove tecniche consentite (nella fattispecie la fecondazione eterologa, dopo la caduta del divieto operato dalla Corte Costituzionale nel 2014) hanno inoltre aperto a nuovi problemi applicativi, non ancora risolti ed in parte aggravati da altri fattori, fra cui l'errore umano, di cui tratterò in seguito.

1.2 Il diritto ad avere figli nell'età dei diritti

Se da un lato la nostra è "l'età dei diritti"⁶ come discuteva Norberto Bobbio, dall'altro è anche vero che è l'età "dell'inflazione dei diritti"⁷, così definita per la tendenza a riconoscere ai più disparati desideri, aspirazioni, bisogni più o meno legittimi il rango e la pretesa tutela dei diritti, cercando una norma o un principio di rango costituzionale o sovranazionale che li ricomprenda.

Pur nella consapevolezza che «fondare una famiglia» sia un'attività diversa dal procreare, perché una famiglia può esistere anche senza figli, parte della dottrina ritiene comunque che figli e genitori costituiscono una famiglia e che allora, il diritto ad avere figli, anche non biologici, non possa non rientrare nel contenuto del diritto a fondare la famiglia⁸.

⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁷ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 152.

⁸ I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 61-62.

Occuparsi delle questioni etiche derivanti dai mutamenti che la medicina e la biologia hanno prodotto nelle condizioni relative al nascere, al morire e alla cura degli esseri umani ha storicamente impedito di convergere su norme giuridiche condivise, che nel tempo hanno portato a varie rielaborazioni del legislatore e a opinioni contrastanti nella dottrina.

Infatti sulla natura e sui limiti, del c.d. diritto a procreare non si registra unanimità di vedute. Se infatti è condiviso da gran parte della dottrina e della giurisprudenza il riconoscimento di una libertà di procreazione, che assume i caratteri di una non interferenza nelle decisioni personali e nella loro realizzazione, non altrettanto condivisa è l'esistenza di un diritto a procreare, che si sostanzia nel diritto di ognuno ad avere una propria discendenza.

Nel corso degli anni, complice il progresso medico scientifico, il desiderio di maternità e paternità è diventato sempre più forte ed ha subito delle evoluzioni talmente notevoli che da puro e semplice volere si è tramutato in una necessità, a volte tanto forte da essere, ad oggi, elevata a rango di vero e proprio diritto. Parlare di un diritto alla procreazione, può dirsi, tuttavia, un'affermazione scontata e parziale; forse esso sembra meglio identificarsi come un contenitore complesso, di diritti ed interessi, anche talvolta in conflitto fra loro. La riflessione sulla rilevanza della procreazione come diritto si è sviluppata dietro la spinta di due fattori che hanno messo in crisi il legame esistente fra sessualità e riproduzione: da una parte, la diffusione della contraccezione negli anni '60 ha fatto sì che si potesse discutere di una "sessualità senza procreazione", dall'altra, l'impiego a partire dalla fine del decennio successivo delle tecniche di procreazione artificiale ha aperto la strada ad una "riproduzione senza sessualità".

Varie teorie sono state così poste all'attenzione degli studiosi del diritto e non solo, con lo scopo di ricercare, e forse meglio definire, le basi che hanno portato così tante differenze tra gli ordinamenti internazionali, che hanno dato delle leggi a materie così delicate riguardanti i modelli di genitorialità, come ad esempio la maternità surrogata e la fecondazione eterologa.

1.3 Teorie dei diritti riproduttivi.

Possiamo ricondurre le nostre riflessioni su due formulazioni dottrinali contrapposte, per quanto riguarda i diritti riproduttivi/procreativi e che considerano, una, il diritto riproduttivo come diritto umano non propriamente autonomo, ricostruito cioè a partire da altri diritti già riconosciuti come fondamentali dagli ordinamenti, l'altra, configura lo stesso come diritto fondamentale dotato di autonomia.

- Se considerato come diritto non autonomo, meglio sarebbe riferirsi ad esso con il termine di “interesse riproduttivo”⁹, riconducibile alle seguenti quattro categorie: 1) sicurezza riproduttiva e sessualità; 2) salute riproduttiva; 3) eguaglianza riproduttiva; 4) capacità di prendere decisioni circa la riproduzione.

Attorno a ciascuno di questi interessi ruoterebbe, a parere dei sostenitori di questa teoria, una serie di diritti umani già internazionalmente riconosciuti in grado di contribuire decisamente alla più grande “autodeterminazione riproduttiva” delle donne. Così nella prima categoria, entrambi i termini dipendono dal rispetto di altri diritti umani quali il diritto alla vita, il diritto alla libertà ed alla sicurezza della persona, il diritto a sposarsi e a formare una famiglia.

⁹ REBECCA J. COOK, *Human Rights and Reproductive Self-determination*, «*The American University Law Review*», 1995.

Per la salute riproduttiva, il diritto umano in grado di sostenerla sarebbe il diritto alla salute e con esso i relativi benefici dati del progresso scientifico. Quanto alla eguaglianza riproduttiva, essa sarebbe favorita dai diritti alla non discriminazione (sessuale, sullo stato familiare, sull'orientamento sessuale). Per ciò che, infine, riguarda l'ultima categoria, sarebbero i diritti a ricevere e a comunicare informazioni (il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, il diritto alla partecipazione politica), a renderla cioè possibile.

Altra previsione, sempre a sostegno della medesima teoria, prevede che il diritto umano alla libertà riproduttiva, non sia configurabile in sè, bensì solo a partire dai diritti umani già internazionalmente, ed indiscutibilmente riconosciuti, quali il diritto alla privacy, alla salute ed all'eguaglianza.

- Di una visione opposta, chi considera il “diritto alle scelte riproduttive” come diritto autonomo, ma “composito”¹⁰, costituito da elementi/diritti, ciascuno dei quali con fonti, espresse o indirette, di diritto internazionale a livello sia universale, aventi cioè applicazione in tutto il mondo, che regionale, utilizzati in un territorio circoscritto. Tali elementi/diritti sono i seguenti: - il diritto di fondare una famiglia; - il diritto di decidere il numero e l'intervallo dei figli; - il diritto all'informazione ed all'istruzione sulla pianificazione familiare e di accesso ai relativi servizi.

¹⁰ CORINNE A. A. PACKER, *The Right to Reproductive Choice. A Study in International Law*, Turku, Finland: Abo Arkademi University Institute for Human Rights, 1996.

Così ad esempio, il diritto a fondare una famiglia è riconosciuto a livello universale dall'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ed a livello regionale è ad esempio previsto in Europa dall'art. 12 della CEDU, e all'art. 9 della Carta di Nizza.

Giunti a questo punto della riflessione possiamo notare che questi elementi/diritti, facenti parte i diritti riproduttivi, da considerarsi come autonomi o meno, portano a riflessioni legate al loro ambito e contenuto.

Il diritto di fondare una famiglia, previsto a livello internazionale anche all'art. 23 del Patto sui Diritti Civili e Politici del 1966, prevede la possibilità di procreare e vivere insieme. Esorta gli Stati, se prevedono politiche di pianificazione familiare, a far sì che queste non siano discriminatorie o obbligatorie, in contrasto con quanto indicato nel trattato. Ciò vuol dire che gli Stati possono anche adottare leggi e politiche volte ad incoraggiare una certa dimensione familiare, ma saranno limitati nell'interferire con le libere scelte degli individui.

Il maggiore interesse relativo al diritto di fondare una famiglia sta nel fatto che è da esso che si ritiene possano essere dedotti sia, pacificamente, il diritto di procreare che, meno pacificamente, il diritto di procreare artificialmente.

Quanto al diritto di procreare, non esiste a livello internazionale una disposizione che esplicitamente lo preveda; eppure lo si considera diffusamente un diritto fondamentale, da considerarsi quasi una proiezione della personalità umana, parte integrante del patrimonio del singolo. Dall'interpretazione delle norme che tutelano il diritto di fondare una famiglia esso è ritenuto così del tutto naturalmente deducibile. Per quanto possa ammettersi

l'esistenza del diritto a procreare, meno semplice appare invece il modo in cui questo diritto può realizzarsi. Ed è da qui che derivano ulteriori considerazioni da porsi.

1.4 L'interferenza della scienza e la possibile configurazione di un diritto a procreare artificialmente.

Una volta considerata la possibile relazione (anche se a mio avviso non esaustiva e sempre presente), tra il diritto a fondare una famiglia, espressamente riconosciuto, ed il diritto a procreare "naturalmente"¹¹, dedotto questo dal primo, il problema più spinoso possiamo trovarlo una volta che si provano a tracciare i limiti entro i quali, l'aver una propria discendenza, è considerato legittimo ed incoraggiato dall'ordinamento, anche al di là della naturalità del fatto procreativo.

Tutto questo avviene quando la scienza rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe; ed ecco che lì nasce la rivendicazione del diritto a procreare artificialmente. Un tipico diritto dell'età della tecnica, derivato dalle nuove possibilità che il progresso della scienza medica pone davanti agli uomini. La fecondazione artificiale, originariamente intesa come terapia di infertilità della coppia, si sta trasformando in metodo di fecondazione di mera convenienza, cui aspirano ad accedervi coppie (ma non solo), non rientranti nei requisiti previsti dalle normative previste a regolare la materia (legge 40/2004 in Italia). Sul tema, già diversi anni fa, prima della suddetta legge, anche un illustre giurista come Stefano Rodotà, aveva sottolineato come «ci sono due modi di guardare alle tecnologie della riproduzione: semplicemente come un aumento delle possibilità di scelta della

¹¹ L'aggettivo qui serve solo per distinguerlo e meglio capire il ragionamento successivo.

donna per ciò che riguarda i tempi ed i modi del procreare, e, secondo un'interpretazione più stretta e rigorosa, che tende ad essere affermata soprattutto dalla categoria medica, come terapia della sterilità».

Se si fa questa seconda scelta, la dimensione dei diritti diventa più stringente, perché escludere un soggetto dal ricorso alla terapia significa introdurre un grave elemento di limitazione dei diritti¹².

Due sono dunque, a mio parere, le possibili vie per una riflessione sul tema dei diritti riproduttivi di tipo artificiale: ritenere che la fecondazione artificiale sia una terapia come cura della sterilità/infertilità, oppure che la stessa, sia una forma di procreazione alternativa a quella naturale. Se si propende per la seconda delle ipotesi, la possibilità che essa venga inserita come la procreazione naturale, fra i diritti fondamentali dell'individuo, da tutelare in senso assoluto, appare molto più vicina. Vincolando l'accesso alla tecnica ad una situazione di sterilità, altrimenti, la fecondazione artificiale è fatta oggetto di un diritto che può essere considerato fondamentale esso stesso, ma che è anche relativo, poiché vengono in considerazione altri diritti, fra i quali quelli del nascituro, con i quali occorrerà operare un bilanciamento.

Adesso mi soffermerò sulle possibilità sopra esposte, e su come queste, hanno inciso sulle legislazioni dei vari stati, portando a soluzioni legislative completamente differenti.

¹² S. RODOTÀ (1995b), "Problemi bioetici e molteplicità delle scelte giuridiche", in Comitato nazionale per la bioetica, *Bioetiche a confronto*, Atti del seminario di studio del 20 ottobre 1995.

1.5 La fecondazione artificiale: le teorie per un diritto assoluto

Fra i maggiori sostenitori di questa concezione, Stefano Rodotà, all'interno di un documento del 1998, il *Manifesto per la libertà di procreare*, scriveva sul tema della fecondazione artificiale (ben prima dell'approvazione della legge 40), considerando la stessa quale modo per aumentare le possibilità di scelta per la donna in ordine ai modi ed ai tempi di procreare. Oltre ad essere un rimedio alla sterilità, la fecondazione poteva aprire nuovi scorci di genitorialità. L'imposizione di forti vincoli all'accesso delle tecniche riproduttive, avrebbe costituito una minaccia per la libertà della procreazione, uno dei diritti fondamentali della persona, perché la decisione di procreare (o non procreare) ha ed ha sempre avuto un ruolo centrale per il significato della vita delle persone, la loro dignità ed il loro senso di identità. Che quel diritto venga esercitato "naturalmente" o "artificialmente" non costituisce, di per sé, una distinzione di principio dominante.

Ricondurre la procreazione assistita nel concetto di "terapia medica", sembra essere riduttivo. La scelta per la procreazione assistita deve poter essere riconosciuta come l'esercizio di un diritto, e non deve trasformare chi la fa in un "malato", al quale un trattamento viene accordato o rifiutato in base a decisioni prese con la logica della terapia medica. La riproduzione è una delle sfere essenziali di esercizio dell'autonomia umana delle decisioni che ognuno prende per sé in libero accordo con altri individui.

Il punto di vista, sopra esposto implica una sostanziale equiparazione fra la fecondazione artificiale e la procreazione naturale; quella di procreare naturalmente o artificialmente è una scelta che è incondizionatamente lasciata all'individuo.

Se si ritiene la procreazione una funzione essenziale per la realizzazione dell'individuo, sembra doversi ammettere che la libertà di scelta del soggetto in ordine al *an*, al *quantum* ed al *quando* esercitare tale funzione costituisca un diritto personale inviolabile e dunque assolutamente fondamentale a prescindere dagli strumenti o dalle forme utilizzate per la sua concreta realizzazione.

Un possibile modello di regolamentazione della fecondazione artificiale è quella del c.d. "diritto individuale". Esso si fonda sul diritto alla privacy, sul diritto al raggiungimento della felicità e sulla richiesta di un atteggiamento tendenzialmente neutrale dello stato. Nel momento in cui riconosce a ciascun individuo la piena libertà di perseguire i propri fini procreativi, questo modello non può che imporre allo Stato un divieto di interferenza, con l'eccezione costituita dall'esigenza che quest'ultimo disciplini, da un lato, le garanzie richieste da un corretto svolgimento delle pratiche di fecondazione artificiale in termine di previsione dei requisiti di informazione, autonomia e volontarietà delle scelte, dall'altro, le possibili conseguenze negative che ne derivino. Così, il compito dello Stato sarebbe soltanto quello di garantire la libertà e la serietà del consenso espresso, di tutelare la dignità e la salute degli individui, di sancire la responsabilità per le scelte compiute.

Possiamo ritrovare un esempio di legislazione vicina al modello sopra delineato, nell'esperienza nord-americana (per quanto ogni stato abbia leggi che regolano la materia in modo non uniforme), dove troviamo una tendenza giurisprudenziale (soprattutto della Corte Suprema¹³) favorevole alla

¹³ Un esempio è stata la sentenza di primo grado relativa al caso Baby M. (1987), dove la Corte del New Jersey pur invalidando il contratto oneroso di maternità surrogata affermava: "non troviamo illegale, ai sensi del diritto vigente, che una

configurazione di un diritto alla riproduzione artificiale quale diritto fondamentale, ricompreso nel diritto costituzionalmente riconosciuto al raggiungimento della felicità.

1.6 Le teorie per un diritto relativo. Il modello seguito in Italia.

L'altra teoria, si fonda sulla considerazione del diritto alla fecondazione artificiale come di un diritto relativo. Alla sua base ci sono due elementi che sono contrapposti a quelli visti nella precedente ricostruzione:

- La presenza dei diritti di altri soggetti;
- Il carattere terapeutico attribuito alla tecnica utilizzata;

Secondo i sostenitori di questa teoria, la fecondazione artificiale, coinvolgendo una pluralità di soggetti fra i quali i futuri genitori, il nascituro, gli operatori sanitari e gli eventuali donatori, non può che considerarsi un diritto "relazionale". Fra questi, il diritto del nascituro è di primaria importanza (insieme a quello dei genitori). Nel nostro ordinamento, che abbraccia questa visione (come appare ben chiaro dall'art. 1 legge 40/2004), è espressamente prevista una tutela per il concepito, considerato come uno fra i "soggetti coinvolti" cui sono assicurati propri diritti.

La cura della sterilità ed infertilità, posta come altro caposaldo di questa teoria, ha anch'essa un carattere relativo, questo perché, in effetti, l'accesso alle tecniche procreative viene sottoposto a quella condizione oggettiva, che è quella limitazione rappresentata appunto dalla situazione di sterilità ed infertilità.

donna, volontariamente e senza corrispettivo, in denaro si renda madre surrogata, affermando, senza vincoli, di rinunciare ai suoi diritti di madre e di consegnare il figlio". Sentenza storica, poiché fino a quel momento l'estensione del diritto di procreazione non era arrivato a comprendere ogni opportunità procreativa.

Nel prosieguo del capitolo ed in quelli seguenti, delinearò in modo più approfondito il modello seguito dall'ordinamento italiano, e concentrerò il mio lavoro sul tema della Procreazione Medicalmente Assistita (da qui in poi PMA) e sulle problematiche giuridiche ad essa connesse.

A tal fine inserirò linee essenziali tracciate dalla giurisprudenza europea in materia, evidenziando il ruolo dei giudici di Strasburgo nell'evoluzione del dibattito giuridico intorno alla PMA.

L'attenzione sarà sempre rivolta al quadro giurisprudenziale e legislativo italiano, cercando di individuare i nodi problematici principali riguardanti le questioni aperte e maggiormente controverse in materia, tutte riconducibili ai limiti che si ritiene opportuno fissare con legge, alla autonomia delle persone di realizzare il proprio progetto di procreazione con l'aiuto del medico.

1.7 Il quadro normativo italiano ed europeo di un diritto dai contorni opachi.

Partendo dalla nostra Costituzione, la ricerca appare subito non priva di ostacoli, poiché non vi è contenuta alcuna espressione relativa al diritto alla procreazione, né la ritroviamo all'interno del codice civile. Anche nella Carta dei diritti fondamentali, approvata a Nizza nel 2000, si menziona "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia" (art.9), non quello di procreare.

La sola normativa nella quale si ritrova la locuzione "diritto alla procreazione" ma intesa come procreazione cosciente e responsabile, è quella in tema di interruzione volontaria della gravidanza (L. 22 maggio 1978, n. 194), ove il termine è diretto non tanto alla qualificazione di un diritto, quanto ad escludere interferenze della pubblica autorità.

Il diritto di generare sembrerebbe così rappresentare, un'espressione della libertà e dell'autonomia del singolo individuo, che però non potrebbe considerarsi in senso assoluto, essendo coinvolti altri soggetti.

Dalla legge 194, si può così ricavare l'indirizzo del legislatore, che almeno allo stato attuale, impedisce la configurazione del diritto a procreare come un diritto assoluto, la cui realizzazione deve essere garantita ad ogni costo.

Che cosa significa, oggi, essere genitori?

L'essere genitori può essere inteso come aspetto fondamentale per la realizzazione del soggetto, in quanto riferibile a fondamentali interessi dell'individuo (art. 2 Cost.), ed al suo pieno sviluppo (art.3 Cost.), inoltre corrisponderebbe anche ad un interesse collettivo di sopravvivenza del gruppo sociale. La scelta delle coppie di formare una famiglia e diventare genitori costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 29, 30 e 31 della Cost. in quanto concerne la sfera privata e familiare. La giurisprudenza si guarda bene dal parlare dell'esistenza di un "diritto al figlio", preferendo concetti di "scelta" e "determinazione" a formare una famiglia. Ciò al fine di prevenire la possibile critica di trasformare il nascituro da "soggetto di diritti" in "oggetto di diritto"¹⁴. Tale giustificata cautela non incide il riconoscimento del diritto a procreare come diritto fondamentale dell'individuo: le scelte personali in questa materia si collocano in una sfera di libertà che l'ordinamento non si può limitare a tollerare, ma deve garantire e promuovere.

¹⁴ L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. Famiglia*, 2014, secondo cui «il desiderio di un figlio è legittimo, ma non è il fondamento del diritto».

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile rappresenta dunque un pezzo importante di quel pieno sviluppo della persona che dovrebbe essere tutelato.

Nella sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, la Corte Costituzionale ha introdotto un'importante novità, sganciando il diritto alla procreazione dal requisito della "naturalità" (in coerenza con una costante giurisprudenza della Corte EDU).

Tutto questo in linea con un'evoluzione del diritto di famiglia verso una concezione della genitorialità che si fonda in modo determinante su contenuti affettivi e di responsabilità, e dunque nel senso di una valorizzazione della dimensione sociale nel rapporto genitori e figli che non può essere del tutto assorbita da quella biologica.

Semplicemente, i giudici sanciscono il principio secondo cui il solo fatto che la procreazione non sia il risultato di un rapporto sessuale non è una ragione sufficiente a giustificarne la proibizione.

Questo diritto è comunque da intendersi in senso duplice, poiché se è vero che la ricerca della genitorialità non può essere imposta o vietata, attraverso misure o meccanismi che incidano sulle scelte individuali (come strategie di pianificazione familiare o sanzioni collegate al numero dei figli), è altresì vero che questo diritto non possa considerarsi illimitato, da realizzarsi ad ogni costo¹⁵.

Il diritto a procreare potrebbe allora essere inquadrato come il diritto ad avere una propria discendenza, cui corrisponde un altrui dovere (di istituzioni pubbliche e privati) di rendere effettivo questo diritto. Forse sarebbe più facile parlare di un

¹⁵ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, p. 157.

diritto di libertà procreativa, riguardante una legittima libertà nei modi e nei tempi della procreazione, differente così da una altrettanto legittima eventuale decisione del se procreare. La scelta di non procreare è qui uno dei punti più forti e, di quella scelta, un momento centrale è senza dubbio costituito dall'interruzione volontaria della gravidanza. La libertà procreativa si può ritenere che si muova insieme al riconoscimento di una responsabilità morale, da non dimenticare quando sono in gioco decisioni non riducibili a eventi biologici.

La vita umana non è un fatto esclusivamente privato, scientifico e biologico, ed è perciò necessario un contemperamento degli interessi in gioco; l'interesse ad un bambino, e gli interessi del bambino, che sono quelli della sua vita, della sua salute, della sua crescita nell'ambito di un'ambiente familiare "normale" e stabile. Questa è la riflessione che porta molti a dubitare della necessità di utilizzare strumenti quali la fecondazione di tipo eterologo, poiché essa scinde l'identità biologica e l'identità sociale del nato.

Ed ecco che qui, ancor più fortemente si dovrà tener conto delle condizioni di esistenza del bambino che dovrà nascere.

È necessario comunque ricordare che, stante le premesse fatte sul diritto a procreare, lo *status* genitoriale può trovare completezza tanto nella trasmissione del proprio patrimonio genetico o altrui, quanto nell'adozione.

1.8 Diritto alla genitorialità, una prima analisi.

Parlare oggi di genitorialità, assume connotati ben diversi da quello che da sempre, poteva ritenersi una condizione ben delineata e chiara, stante i punti fermi del classico trinomio

sessualità – riproduzione - filiazione. Vari i passaggi che hanno cambiato questa prospettiva che da secoli vigeva immutata; l'aborto, le tecniche di interruzione volontaria della gravidanza ed i metodi contraccettivi, portati all'accessibilità di molti, hanno inizialmente spezzato il binomio sessualità-riproduzione, e, successivamente, l'adozione per prima e la procreazione artificiale poi, hanno sconvolto l'altro termine del binomio produzione-filiazione.

Possono emergere così, diversi modelli di parentela, fondati su qualità variabili della persona, tra le quali la capacità di procreare, la volontà di diventare genitore, l'idoneità del soggetto di realizzare l'interesse del minore. Queste qualità soggettive possono portare a modelli diversi di filiazione, incentrati su procreazione naturale, procreazione artificiale o surrogata o sul principio non procreativo che accoglie altre figure non fondate sul legame di sangue, ma su altre caratteristiche, come nell'adozione, dove prioritario è l'interesse del minore.

- Nel modello procreativo, basato sulla procreazione naturale, la capacità di procreare coincide con uno *status* quando dal legame di sangue tra chi genera e chi è generato discendono diritti e doveri, che qualificano la posizione del genitore rispetto al figlio. Ulteriore specificazione si può avere nel modello procreativo "legittimo", dove lo *status* di genitore non dipende dal semplice legame biologico, ma dal ruolo dell'individuo nella famiglia, quale formazione sociale costituita da soggetti coniugati. In questo modo, si definisce una figura di filiazione legittima che, in forza del vincolo matrimoniale, attribuisce, quantomeno sul piano

presuntivo, lo *status* di genitore ai coniugi¹⁶. Con riguardo alla condizione genitoriale, la Carta del 1948, nel fissare all'art. 30 i due modelli di famiglia legittima e naturale, identifica, in senso implicito, nella procreazione il primo presupposto all'origine dello *status* parentale.

- Il modello procreativo artificiale o surrogato, supera il tradizionale principio bigenitoriale, scomponendolo in diverse figure legate al ruolo che ciascun soggetto svolge nel processo di procreazione.

In questi termini, si può determinare un'evoluzione, rispetto alla tradizionale nozione giuridica di genitore, nella misura in cui il legame parentale, conseguente a tali pratiche viene ricondotto sul piano positivo non solo all'apporto di materiale genetico, ma alla volontà dell'individuo di diventare genitore. In questo caso, lo *status* in questione diviene una condizione sociale, discendente dalla scelta consapevole del singolo o della coppia di accedere alle pratiche procreative artificiali per assumersi la responsabilità di un figlio, che non potrebbero altrimenti generare.

- Il modello non procreativo può essere affrontato con riguardo all'istituto dell'adozione, che configura un legame di filiazione non fondato sul dato biologico, ma

¹⁶ In Italia, anche dopo la riforma intervenuta con l'entrata in vigore del d.lgs. 28.12.2013, n.154 Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art 2 della l.10 dicembre 2012, n.219, in G.U. 5, del 8.1.2014, che ha realizzato la piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, alcune disposizioni hanno mantenuto il riferimento alla presunzione di status con riguardo ai minori nati in costanza di coniugio. Infatti, ad esempio, l'art. 231 del c.c. stabilisce che: "il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio" e l'art. 232, nella stessa prospettiva, dispone che: "si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi 300 giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento, o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

sull'interesse del minore di avere una famiglia, che prevale sugli altri interessi in gioco.

Rilevante per il nostro studio sarà dunque il fare riferimento alle nozioni di paternità e maternità presenti nel nostro ordinamento.

Dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, il concetto di paternità ha attraversato alcune fasi, in relazione anche al mutare della disciplina sulla filiazione e così dal tradizionale favore per il principio di legittimità, espressione della preferenza accordata alla famiglia legittima, siamo passati alla progressiva emersione del valore della verità biologica, attualmente temperato dal *favor voluntatis* in cui il rapporto di paternità può essere sganciato dal legame biologico e costruito su accordi liberi e volontari tra adulti.

Per la maternità, a lungo ci siamo appoggiati all'antico brocardo latino "*mater semper certa est*", stante la facilità e la logica derivazione riconosciuta con il nato, solo per il fatto storico del parto. Le innovazioni in campo medico tuttavia, hanno fatto vacillare una delle affermazioni più certe, creando, forse più che nel caso della paternità, confusione e difficoltà di applicazione delle regole attributive della maternità, che approfondiremo nei prossimi paragrafi.

1.8.1 Figure genitoriali

Il rapporto di filiazione, ed il conseguente diritto all'identità personale, si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall'appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche alle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali:

- La "madre genetica", donna da cui risale l'ovocita fecondato;

- La “madre biologica”, colei che ha condotto la gestazione;
- La “madre sociale”, colei che esprime la volontà di assumere la responsabilità genitoriale;
- Il “padre genetico” ed il “padre sociale”.

Queste le possibilità di figure genitoriali, le quali possono anche di fatto non coincidere, stante la diversità di ruolo che il futuro genitore potrebbe avere nel procedimento di procreazione.

Nel caso del genitore genetico la surroga riguarda solo la gravidanza, dal momento che i futuri genitori (o uno solo di essi) forniscono i gameti per la formazione dell’embrione, anche se la gravidanza avviene nell’utero di un soggetto terzo, che può essere definito genitore gestazionale.

Diversamente il genitore sociale, non apporta alcun materiale genetico, che proviene da soggetti estranei, in tutto o in parte alla coppia. In quest’ultima ipotesi, il rapporto parentale non si costituisce su un dato naturalistico, ma sulla volontà del singolo o della coppia di avere un figlio.

Proseguendo in questo lavoro, vedremo se tutte queste figure possono trovare spazio all’interno della vita del minore ed in che modo si sono cercati, anche in soluzioni giurisprudenziali recenti, possibili risposte e tentativi di realizzare il principale e forse più importante interesse in gioco, quale quello del minore a vivere in una “famiglia”.

1.9 La Procreazione medicalmente assistita

Il fenomeno della “procreazione medicalmente assistita” (da qui in avanti PMA), nato a partire dagli anni settanta, ha scisso inevitabilmente il binomio procreazione-sessualità trasformando le relazioni tra uomo e donna e stravolgendo gli

istituti giuridici che le organizzavano giuridicamente. La procreazione artificiale, ha aperto così a spazi di genitorialità inconcepibili in passato, in cui la discendenza genetica tra genitori e figli non è sempre realizzata.

La legge che regola l'intera materia è la n. 40 del 2004, ed è nata come strumento per favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità e infertilità, negli anni e soprattutto recentemente, vi hanno potuto accedere anche coppie fertili¹⁷ ma portatrici di gravi malattie genetiche.

I requisiti soggettivi per accedere a tali tecniche riguardano coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambe viventi.

Nello specifico, con l'indicazione «coppie coniugate o conviventi» (art. 5 l. 40) si vuole assicurare al concepito un diritto attuale alla doppia genitorialità, ossia un diritto ad avere una figura femminile (la madre), ed una figura maschile (il padre). Di conseguenza, ed a tutela di questo diritto, alla donna o all'uomo solo, in quanto non coniugati o conviventi, o vedovi, e alla coppia omosessuale, viene preclusa la possibilità di procreare artificialmente. Secondo la dottrina, il preteso diritto del figlio alla bigenitorialità, trova una base normativa in alcune disposizioni dettate in materia di filiazione. Il riferimento è all'art. 250 c.c. che, in tema di riconoscimento di figlio naturale, prevede il consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, in caso l'altro voglia riconoscere il figlio che non ha ancora compiuto i sedici anni.

¹⁷ Sentenza della Corte costituzionale, n. 96/2015, dove è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 40 del 2004, nella parte in cui non si ammette il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche.

Il consenso non potrà essere rifiutato, se però l'atto sarà nell'interesse del figlio.

I limiti soggettivi, soprattutto quelli che vietano l'accesso a single ed a coppie omosessuali, costituiscono il retaggio di una visione conservatrice del modello ideale di famiglia, presente sia nella Costituzione all' art. 29, sia nel codice civile.

Il diritto di procreare, infatti è qui strettamente collegato al modello tradizionale di famiglia, ritenuto più idoneo e conforme all'interesse educativo e formativo del nascituro, che però è solamente uno dei modelli presenti nel tessuto sociale. Il problema in larga parte è agganciato a quello dell'ammissibilità del matrimonio *same-sex*, o almeno al tipo di regolamentazione dei diritti delle coppie omosessuali. La possibilità di riconoscere il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali non sembra dipendere esclusivamente dall'estensione ad esse dello status matrimoniale.

Nella giurisprudenza europea, soprattutto la Corte EDU, si è spesso affermato che l'orientamento sessuale non è e non può essere un impedimento giuridico alla genitorialità.

L'11 maggio 2016 il ddl Cirinnà intitolato "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", dopo mesi di discussioni e polemiche, è stato approvato dal Parlamento. La nuova legge introduce l'unione civile tra omosessuali quale "specifica formazione sociale" e disciplina la convivenza di fatto sia gay che etero. Vista la recente introduzione, presto sarà necessario approfondire e probabilmente rivedere l'impianto originario della legge sulla PMA; i tempi delle discussioni e dell'intervento sulla materia si prospettano lunghi e non di facile soluzione.

Cardine della filiazione derivante da PMA è inoltre la prestazione del “consenso informato” (art.6) dove sono elencate le procedure, e possibili alternative all’utilizzo delle tecniche concordate con la struttura.

All’art. 8, è indicato lo stato giuridico del nato dall’utilizzo delle tecniche artificiali e qui la regola applicabile, importa una parificazione tra i modi di accertamento della filiazione per le coppie unite in matrimonio e le coppie conviventi poiché vige il principio di autoresponsabilità nella filiazione che nasce dal consenso (v. sopra). Il consenso è qui assimilabile a quello che nella filiazione biologica è l’atto di riconoscimento; parimenti anche l’uomo, nel caso di fecondazione eterologa, sarà impossibilitato ad utilizzare il disconoscimento del figlio (proprio a causa della manifestazione del precedente consenso). Nel prossimo paragrafo tratterò brevemente le tecniche esistenti.

1.9.1 Tecniche esistenti: fecondazione omologa, fecondazione eterologa, surrogazione di maternità, fecondazione *post-mortem*.

Preliminarmente occorre distinguere fra tecniche di I e di II livello (per entrambe è possibile effettuare sia una fecondazione omologa, che eterologa):

I) Le prime (*in vivo*) sono caratterizzate da una relativa semplicità di esecuzione: non prevedono nessuna o solo una minima manipolazione dei gameti, e la fecondazione avviene all’interno del corpo della donna, come nella procreazione naturale.

II) Le seconde (*in vitro*) sono invece più complesse, perché comportano una manipolazione dei gameti femminili e maschili, e perché prevedono quasi sempre la fecondazione *in vitro*, cioè in provetta, e il successivo trasferimento

dell'embrione nell'utero. La principale delle tecniche di II livello si chiama Fivet, una sigla che significa Fecondazione in Vitro ed Embryo-Transfer. Da questa tecnica, che ha portato a una gravidanza per la prima volta nel 1978, derivano tutte le tecniche avanzate di PMA.

- *La fecondazione omologa*

Si parla di fecondazione omologa quando gli elementi biologici utilizzati (spermatozoi ed ovociti) nella fecondazione artificiale appartengono alla coppia di genitori del nascituro, il quale presenterà quindi un patrimonio genetico ereditato da coloro che intendono allevarlo. Questa è l'unica tecnica disciplinata e consentita dalla legge 40 alla sua emanazione.

- *Fecondazione eterologa*

Nella definizione di PMA di tipo eterologo, rientrano le ipotesi in cui uno o entrambi i gameti non appartengono ai membri della coppia: nel primo caso si parla di fecondazione eterologa unilaterale in linea maschile o femminile, nel secondo fecondazione eterologa bilaterale.

Le coppie ricorrono a questa tecnica, quando la patologia di infertilità che affligge uno dei componenti o entrambi, è tale da non poter essere risolta ricorrendo alle tecniche di PMA omologhe, ma è necessario l'apporto di un terzo soggetto per poter portare a compimento il processo riproduttivo.

Nel nostro ordinamento vi sono state numerose perplessità in ordine alla legittimità di queste tecniche.

La fecondazione eterologa comporta infatti una scissione delle figure genitoriali perché, ad un genitore biologico/donatore, che ha fornito i gameti e contribuito geneticamente alla nascita del figlio voluto da altri (cui non corrisponde una volontà di instaurare un rapporto genitoriale), si contrappone un genitore

sociale, che ha espresso la volontà di assumersi la responsabilità per la procreazione.

Prima del divieto introdotto dalla l. n. 40/2004 la fecondazione eterologa era ammessa nel nostro ordinamento e solo attualmente, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto della suddetta tecnica da parte della Corte Costituzionale (l'art 4, 3° comma), siamo tornati a riutilizzarla negli ospedali italiani.

- *Surrogazione di maternità*

Per maternità surrogata si intende quella pratica in base alla quale, una donna (madre surrogata), per soddisfare esigenze di maternità e paternità altrui, dietro corrispettivo, o a titolo gratuito, conclude un accordo con il quale porta in gestazione un bambino per conto della coppia committente, ai quali si impegna a consegnarlo appena nato e sul quale rinuncia ad esercitare alcun ruolo genitoriale. Anche per questa tecnica vi può essere sia la fecondazione *in vivo* che quella *in vitro* di un embrione.

Di tale pratica, sono da distinguere due situazioni:

- Nel primo caso la madre surrogata si limita ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo, si parlerà allora di “surrogazione per sola gestazione” (sarà una “donazione”, se a titolo gratuito, o “affitto” d’utero, se è pattuito un corrispettivo). Potrà essere inoltre “omologa” (in questo caso la madre sostituta accoglie un embrione formato dai gameti forniti dai genitori naturali) o “eterologa” (in tal caso l’embrione da impiantare nell’utero della surrogata è il frutto dell’incontro tra il gamete di un membro della coppia richiedente e quello di un terzo donatore/donatrice).

- Nell'altro caso, la madre surrogata mette a disposizione oltre al proprio utero, anche il proprio ovocita. Il bambino avrà perciò le caratteristiche sue e del donatore del seme (uno dei partner della coppia). Questa è una "surrogazione per concepimento e gestazione", ed è necessariamente una tecnica eterologa.

Gli aspetti di maggiore problematicità di questa pratica, cui troviamo il divieto all'art. 12 comma 6°, sono legati all'attribuzione della maternità tra le donne coinvolte nell'accordo di surrogazione ed in generale al rapporto di filiazione costituito all'estero dalla coppia e la trascrizione di esso nei registri italiani.

- *Fecondazione post-mortem*

L'art. 5 della legge 40, contiene fra i requisiti soggettivi anche l'indicazione circa la "salute" dei soggetti della coppia, «entrambi viventi». La contemporanea esistenza in vita, considerata insieme ad altri requisiti, quali ad esempio l'essere "coppia", risulterebbe quasi superflua.

Il momento di criticità maggiore si può trovare nella formazione del consenso.

La dottrina ritiene che il requisito presente all'art. 5 debba sussistere al momento della formazione dell'embrione, perciò se la morte dell'uomo dovesse avvenire dopo quel momento, la procedura non potrebbe essere arrestata; se la morte del convivente fosse quindi successiva alla prestazione del consenso ed alla formazione dell'embrione, ma precedente all'impianto in utero, nulla dovrebbe essere di ostacolo all'attribuzione automatica dello *status filiationis* art. 8; in quel caso il rapporto di filiazione col genitore premorto si fonderebbe sul consenso.

1.10 Il genitore sociale: un nuovo *status genitoriale* dopo la sent. n. 162 del 2014 della Corte Cost.

Con la sentenza n. 162 del 2014, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto all'art. 4, comma 3, introdotto nel 2004 dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, della PMA di tipo eterologo. Tale tipo di procreazione, vietato nella citata legge, era prima di allora invece lecito e ammesso senza limiti. La *ratio* del divieto introdotto, sembrava orientata sul diritto del nascituro ad avere una famiglia con il suo patrimonio genetico. Si è ritenuto quindi esserci un interesse primario del figlio ad un'identità familiare e ad una certezza biologica della genitorialità come condizione prioritaria per le basi della sua identità personale.

Nel nostro ordinamento tuttavia, già dopo l'introduzione della legge sull'adozione n. 184 del 1983, il dato genetico non è più considerato requisito imprescindibile per la famiglia stessa. Infatti sul punto, il c.d. genitore sociale, possiamo trovarlo, con presupposti diversi e differenti motivazioni sulla scelta di accedervi, sia nella pratica dell'adozione, che nell'utilizzo di tecniche artificiali eterologhe (istituti ben distinti. Da ricordare il richiamo nella stessa legge 40 dell'adozione come possibile alternativa alle tecniche di PMA).

Ulteriormente sul punto, è stato rilevante l'intervento della Cassazione con la decisione sul divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito della coppia che ha dato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie (sent. n. 2315/1999); nella sentenza il principio fino ad allora maggiormente seguito secondo cui la verità biologica fondasse il rapporto di filiazione è stato sovvertito, dando la prevalenza al principio della "responsabilità per la procreazione", secondo cui la legittimità del figlio è fondata non sulla derivazione biologica, ma

sull'assunzione di responsabilità del padre e della madre e, di conseguenza, si esclude che sia ammissibile l'azione di disconoscimento promossa dal padre. Il cambio di direzione intrapreso dalla Cassazione ha avuto poi un seguito con la legge 40, dove è stato vietato il disconoscimento di paternità.

Dall'emanazione della legge, il divieto di fecondazione eterologa è stato spesso attaccato. Molti sono stati i passaggi che hanno portato al superamento di questo divieto¹⁸ (non certo possibile qui elencarli tutti), ed essenziale è stato l'apporto della Corte EDU e dei tribunali italiani di Firenze, Catania e Milano, che hanno cercato di tutelare al meglio gli interessi coinvolti. Da sottolineare, come riportato nelle sentenze dei tre collegi italiani, che i concetti di famiglia e genitorialità, in quanto appartenenti a "categorie costituzionali" che per loro natura sono ampie e duttili, non possono ritenersi cristallizzati all'epoca della scrittura della Costituzione, ma devono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento e della società in cui queste si esprimono.

Le tecniche di PMA devono essere inquadrare come rimedi terapeutici, sia per i beni implicati, sia perché costituiscono in ogni caso un trattamento medico, da osservarsi presso specialisti.

Il diritto alla salute espresso dall'art. 32 della Cost. e che qui, in quanto terapia deve essere osservato, va altresì inteso anche con il significato della salute psichica, oltre che fisica. Se ci basiamo su questa riflessione, le differenze fra la tecnica omologa ed

¹⁸ Di particolare importanza la innovativa sentenza della Corte EDU nel il caso S.H. e altri c. Austria del 2010, ed il successivo ribaltamento in secondo grado del 2011, che ha influenzato anche le sentenze dei tribunali italiani (noti i casi di Catania, Firenze e Milano nel 2010).

eterologa scompaiono, essendo diverso solo il fatto che geneticamente il figlio non appartiene ad uno o entrambi i componenti della coppia. L'impossibilità di formare una famiglia con i figli insieme al proprio partner, mediante l'utilizzo di PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente sulla salute della coppia (salute psichica in questo caso). Se lo scopo della legge 40, era quello di favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti da sterilità e infertilità umana, la preclusione alle tecniche di tipo eterologo nega il diritto alla genitorialità, con incidenza sul diritto alla salute delle coppie; ed ecco che il divieto cagiona una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria, di formare una famiglia con figli.

Con l'intervento della Corte Cost. è stata così attenuata la rigidità del modello procreativo *ad imitatio naturae* su cui si fondava la normativa del 2004, per lasciare spazio ad un modello in cui si va oltre i canoni tradizionali del passato, ed in cui prevale il legame di affetto. I requisiti soggettivi sono gli stessi dell'art. 5 (sono stati cioè mantenuti quelli validi per la tecnica omologa) e l'intervento sarà consentito solo in presenza di problemi di sterilità o infertilità assoluta documentati da atto medico e da questo certificati. La donazione dei gameti sarà gratuita, non darà luogo alla creazione di legami parentali tra il donatore di gameti e il nuovo nato e l'identità del donatore sarà coperta dal segreto, con l'unico limite (per esigenze di tutela della salute del bambino) della conservazione della cartella del donatore presso l'archivio del centro presso il quale avviene il prelievo¹⁹.

¹⁹ http://www.filodiritto.com/articoli/pdf/2014/07/la-corte-costituzionale-consacra-il-diritto-a-diventare-genitori.html?_id8=3

1.10.1 Verità biologica o verità legale?

Il divieto di fecondazione eterologa trovava la sua *ratio* nella scelta del legislatore di riaffermare la primazia della c.d. verità legale sulla c.d. verità biologica, non più nel rispetto della *ratio* originaria, a tutela del decoro e della unità della famiglia, bensì a tutela dell'interesse superiore del figlio alla certezza e alla stabilità del proprio *status*.

Nel nostro ordinamento il principio base della materia familiare è il c.d. *favor veritatis*, secondo il quale è ammesso l'accertamento della paternità biologica anche quando si pone in contrasto con quella legale; si tratta della corrispondenza tra verità naturale e certezza formale della filiazione²⁰, un aspetto che ha sempre portato a vincere la presunzione di paternità ogni volta che si riusciva a provare la non coincidenza tra questa e la verità del concepimento art. 235 c.c. (l'articolo è stato abrogato con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154). Il *favor veritatis* trova riscontro normativo nella previsione in capo al nato di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241 e 269, 2° comma, c.c.).

Consegue che la verità biologica, almeno potenzialmente, può prevalere indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o sociali e dalle risultanze dei registri di stato civile²¹.

²⁰ La richiesta corrispondenza tra verità biologica e giuridica troverebbe il suo referente negli artt. 2, 29 e 30 Cost.

²¹ Corte di Cassaz., 29 settembre 2013, n. 21882, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, ed è decisivo l'elemento biologico, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare; nessuna rilevanza può attribuirsi al "disvolere" del presunto padre, che si

Essa però, ad oggi subisce dei concreti temperamenti. Il principio del *favor veritatis* nella legge sull'adozione ad esempio, acquista un significato più ampio. Così nel riformato art. 28 (legge n. 184 del 1983, riformata dalla legge n. 149 del 2001), diversamente dall'ambito della filiazione c.d. biologica, non tende ad attribuire ai genitori biologici alcuna forma di genitorialità. La ricerca della verità si è tradotta in una esigenza di conoscenza da parte dell'adottato della sua condizione, delle sue radici e di uno strumento di tutela del suo diritto alla salute (l'adottato al compimento del venticinquesimo anno di età può ricevere le informazioni relative ai genitori biologici).

Altri temperamenti, possiamo trovarli, per quanto riguarda più nello specifico la nostra analisi, in casi che riguardano la certezza dello status e la tutela dei rapporti sociali e dell'affettività, nella PMA di tipo eterologo. Il fatto che il nascituro non possa essere esposto all'azione di disconoscimento da parte del coniuge-padre non biologico che ha scelto, attraverso un atto responsabile, la via della fecondazione eterologa è una tutela forte e impedisce di sottrarsi all'obbligo giuridico ed economico del mantenimento per il genitore.

Come vedremo più ampiamente nel proseguire del lavoro, la riforma della filiazione del 2012 ha introdotto un termine perentorio di cinque anni dalla nascita utile ai fini della contestazione dello stato da parte di soggetti legittimati diversi dal figlio, mentre invece per quest'ultimo sono imprescrittibili ed egli può decidere così personalmente, in relazione ai propri interessi, la situazione che intende mantenere. Con ciò l'ordinamento vuol indicare come prevalente, rispetto alla verità

porrebbe in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

genetica, la stabilità del rapporto genitoriale sociale, nel frattempo goduta dal figlio, anche se non rispettante la realtà biologica.

Resta escluso dalla responsabilità per la procreazione, come precedentemente ricordato, soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell'art. 9, 3° comma, l. n. 40/2004, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato, non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso. Ne deriva che il principio di verità biologica non è assoluto, ma va guardato nell'ottica del concreto interesse del figlio, che è preminente.

CAPITOLO II

RELAZIONE FRA *STATUS FILIATIONIS* E

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

2.1 *Status filiationis* e modelli procreativi

Dopo le considerazioni svolte nel primo capitolo, è necessario adesso capire dove le premesse enunciate sui diritti procreativi, siano essi considerati relativi o assoluti, portano la nostra ricerca. Poiché una volta che si è intrapreso il cammino per arrivare alla faticosa condizione genitoriale, il passo successivo è vedere come questa si esplica e che conseguenze porti nella vita del minore, almeno a livello giuridico. Tutto questo, per comprendere meglio che, qualsiasi titolo si voglia attribuire alla procreazione, essa porta con sé delle conseguenze ben precise, che non devono essere sottovalutate in funzione soltanto di interessi di tipo personalistico.

Partiamo allora da due punti fermi, i c.d. capisaldi se così possiamo definirli, della disciplina del diritto di famiglia, e vediamo come essi si pongono in contrasto fra loro, complici le ormai note tecniche, affrontate nel capitolo precedente.

- «*Mater semper certa est...*»

- Madre è colei che partorisce. (art. 269 c.c.)

Entrambe le locuzioni, portano inevitabilmente a considerare il futuro di un altro soggetto coinvolto nella fattispecie procreativa, e che, dal momento del parto (anche prima, ma sul punto torneremo più avanti) sarà il destinatario di una condizione, il c.d. *status*, che gli attribuirà dei diritti fino a quel momento considerati incompleti.

Brevemente, farò qualche precisazione sullo *status* in generale, per poi arrivare alla disciplina di quello dei nati da PMA e sul

desiderio di genitorialità, espresso in modi e tempi differenti rispetto alla procreazione naturale.

2.1.1 Appartenenza allo *status*. Funzione e rilevanza dell'accertamento della filiazione nella disciplina del c.c. (cenni)

La qualifica di “figlio”, quale soggetto di diritti e destinatario di doveri, vede la luce tramite un atto giuridico dei genitori di accertamento della filiazione, in mancanza dei quali il nato è tutelato come persona, ma non come “figlio”.

L'essere figlio, possiamo quindi affermare, è la situazione ricoperta da un individuo (lo *status*) in relazione ad altri soggetti, non potendosi parlare di esso singolarmente. Si definisce in tal modo, la posizione giuridica degli individui rispetto ad un gruppo sociale, che può essere l'intera collettività o un nucleo più ridotto quale la famiglia, origine di determinate situazioni giuridiche soggettive²².

Quando si parla di modi di accertamento del rapporto di filiazione, ci si riferisce alle regole che permettono di attribuire ad un bambino che viene al mondo uno *status filiationis*.

Tuttavia, è necessario precisare che, in questo caso, il termine *status* è da tempo utilizzato in due diverse accezioni:

a) *status* in senso sostanziale: designa il rapporto tra il figlio e i genitori che lo hanno generato e sussiste per il solo fatto della procreazione, indipendentemente dal suo accertamento (art. 30,

²² Riflessioni dottrinali sulla nozione di *status* hanno portato ad avanzare una distinzione a seconda che lo si valuti nella sua accezione “comunitaria”, relativa alla posizione del singolo nei confronti del gruppo cui appartiene e di cui è necessariamente partecipe, ovvero in chiave individuale o “personalistica”, facendo riferimento al singolo come entità sempre identica a sé stessa (quale sinonimo di “qualità personale”). L'elemento che accomuna le varie opinioni sarebbe riferibile al fatto che lo *status* trova la sua ragion d'essere solo in quanto considerato in relazione ad altri soggetti. Esempio è lo *status familiae*, cioè il legame che si instaura tra il singolo ed una formazione sociale, la famiglia, in cui si realizza il legame parentale tra i singoli componenti.

comma 1, Cost.); si tratta del c.d. principio di responsabilità per la procreazione. La titolarità dello *status* in senso sostanziale spetta ad ogni essere umano.

b) *status* in senso formale: è la nozione tradizionale di *status*, che si riferisce al rapporto di filiazione giuridicamente accertato e che colloca la persona in una determinata relazione con i suoi genitori, la famiglia, la società. L'attribuzione dello *status* in senso formale è regolata dalle norme sull'accertamento del rapporto di filiazione, a seconda che la nascita sia avvenuta nel matrimonio o fuori da esso. Dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, l'unica categoria di figli che non avrebbero mai potuto conseguire uno *status*, era quella dei figli incestuosi; grazie anche all'intervento della Corte Costituzionale ed alla riforma del 2012 lo *status filiationis*, anche in senso formale, è stato ricondotto quale diritto di ogni persona, secondo un principio riconducibile all'art. 3 Cost, ed è quindi stato possibile che anche questi ultimi potessero accedervi.

Il minore che si vede privato dell'acquisizione di uno *status*, subisce una violazione del proprio diritto alla genitorialità²³. Ciò comporta, per i soggetti che hanno rifiutato l'accertamento, la violazione degli obblighi genitoriali di cui all'art. 315 *bis* c.c., fonte di responsabilità aquiliana una volta accertata la discendenza dal minore che intenda operare un accertamento giudiziale circa il suo *status*. E così dall'atto lecito della procreazione derivano conseguenze giuridiche, che possono sfociare nel fatto illecito²⁴, qualora l'autore di essa, sempre che sia accertato come tale, violi i diritti fondamentali del figlio.

²³ Corte cost. 10.6.2014, n. 162.

²⁴A. SASSI, Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea. (<http://publicaciones.urbeetius.org/index.php/uei/article/view/118#sthash.XbJ4C9He.dpuf>)

In tal senso si è espressa sempre più di frequente la Corte di Cassazione, indicando come sussista responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare del genitore che non abbia effettuato il riconoscimento e, di conseguenza, provveduto al relativo obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio biologico, sebbene questi, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i segnali²⁵.

Questo poiché il concetto di genitorialità, innanzitutto, deve essere necessariamente osservato sotto un duplice profilo, essendo impensabile, poter considerare solamente uno/due fra i soggetti coinvolti. Ed allora possiamo considerare:

1) il lato dell'adulto, che si dirama in due modi contrapposti: positivo e negativo: a) la possibilità di avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; b) la volontà della madre alla non genitorialità, tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, o sempre per la madre, la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio (DPR n. 396/2000, art. 30);

2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

Dalle affermazioni sopra esposte, possiamo considerare quindi due termini strettamente connessi ed inscindibili: genitorialità e rapporto di filiazione.

²⁵ Corte di Cassaz., 22 novembre n. 26205, in Giur. it., 2014, p. 1593.

Il rapporto di filiazione qualifica la genitorialità, in quanto quest'ultima rappresenta la volontà della persona ad instaurare legami di tipo affettivo e corrispondenti alla responsabilità genitoriale²⁶.

Nel nostro sistema non c'è mai attribuzione automatica della genitorialità, poiché serve sempre un atto di accertamento a prescindere dal documento che lo contiene e dalla sua provenienza, in mancanza del quale non opera nemmeno il sistema di finzioni e presunzioni relativo al figlio nato/concepito all'interno del matrimonio²⁷.

L'accertamento dello *status* segue quello riguardante la nascita, anche se generalmente possono coincidere a livello temporale, ma i due atti sono distinti. Il secondo, infatti, ha ad oggetto un mero fatto giuridico (la nascita), dal quale deriva in capo al soggetto l'esistenza di quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali che l'ordinamento riconnette al verificarsi dell'evento nascita²⁸. Per farlo operare è necessaria la dichiarazione di nascita resa da uno qualunque dei legittimati *ex art. 30, DPR 3 novembre 2000, n. 396*, affinché l'ufficiale di stato civile possa stilare l'atto di nascita.

²⁶ L'affermazione riguarda la genitorialità giuridica che differisce da quella naturale, priva delle caratteristiche sopra citate. Quest'ultima è considerata come l'insieme delle relazioni di fatto tra genitori e figli che, pur in mancanza di uno *status filiationis* formalmente riconosciuto, trovano riparo nell'art. 2 Cost, così come indicato dalla recente giurisprudenza (Corte cost., 22.11.2013, n. 278).

²⁷ In giurisprudenza, si afferma che la previsione contenuta nell'art. 231 c.c. non opera per il semplice fatto della procreazione della donna sposata, ma solo quando vi sia un atto di nascita di figlio nato all'interno del matrimonio, a seguito di dichiarazione della partoriente in tal senso. Quando invece risulti che questa abbia dichiarato il figlio come naturale, le regole della presunzione non operano. Diversamente in altri ordinamenti, come quello francese o tedesco, l'attribuzione della maternità è automatica, a meno che la madre decida di ricorrere all'anonimato: art. 326 del *code civil* e § 1591 BGB.

²⁸ Ad esempio, il diritto al nome sorge indipendentemente dall'accertamento della filiazione. Infatti nel caso in cui il dichiarante non dia un nome al bambino, o non siano conosciuti i genitori, vi supplisce l'ufficiale di stato civile, che attribuisce al nato un nome ovvero un nome e un cognome (art. 29, 4° e 5° comma, DPR n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile).

L'accertamento della filiazione avviene in maniera differente e con regole proprie, a seconda della dichiarazione effettuata; nello specifico, dai soggetti che effettuano l'accertamento e dal fatto che siano legati o meno dal vincolo matrimoniale (risultante dalla dichiarazione delle proprie generalità), se l'accertamento proviene da entrambi²⁹, oppure da un singolo soggetto, se la madre ha dichiarato di non voler essere nominata o se il padre non effettua il riconoscimento.

Tutto questo non incide sulla condizione di figlio, che dalla riforma della filiazione del 2012, ha visto la scomparsa degli aggettivi che lo qualificavano e delle ultime discriminazioni residue.

Accanto ad una filiazione matrimoniale ed una naturale, esiste anche una filiazione "per scelta", dove le regole che consentono una piena tutela per il nascituro sono contenute in una legge *ad hoc*, che tuttavia, secondo alcune opinioni dottrinali, non può esimersi dalla disciplina del codice che regola l'accertamento dello *status filiationis*, non costituendo la situazione dei figli nati attraverso la fecondazione artificiale, uno statuto particolare.

2.1.2 Regole determinative della genitorialità nella Procreazione medicalmente assistita (PMA)

Fin dal loro primo utilizzo, le tecniche artificiali, hanno inciso in misura assai rilevante sulle scelte dei soggetti coinvolti, sia nel momento antecedente all'impianto (tramite le condizioni di accesso regolate per legge), sia nel momento successivo, dopo la nascita del bambino. Così dalla legge 40/2004, si evince che il desiderio di genitorialità, una volta espresso, tramite il consenso informato presso la struttura medica, porta a conseguenze ben precise nella sfera giuridica del nascituro, ed anche ai futuri

²⁹ Il riconoscimento, anche se effettuato congiuntamente da entrambi i soggetti (coniugi) è comunque sia un atto personalissimo.

genitori, impone delle regole di condotta cui non possono sottrarsi (almeno formalmente, come indicherò in seguito).

La tutela del nascituro sembra soddisfatta dalla previsione, in capo a tale soggetto, dello stesso *status* riconosciuto agli altri figli (ottenuti con procreazione naturale), cioè di figlio nato nel matrimonio, o di figlio riconosciuto dalla coppia, a seconda che si tratti di coppia unita in matrimonio o convivente (art.8). Qui la Riforma della filiazione del 2012, ha mantenuto inalterato il sistema contenuto nella legge sulla PMA. L'esigenza che si è colta, è stata quella di trattare in modo diverso situazioni diverse, seguendo i principi di ragionevolezza e uguaglianza sostanziale, ispiratori della Riforma. La differenza con la procreazione naturale, risiede nel principio di autoresponsabilità nella procreazione; per l'individuazione della maternità e paternità, rilevante sarà l'assunzione di responsabilità per la genitorialità, espressa tramite la volontarietà dell'agire. Quindi possiamo affermare che coloro che hanno dato un consenso informato alla procedura saranno considerati i genitori, e non potranno utilizzare (art. 9):

- il disconoscimento della paternità;
- l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento (art.263 c.c.);
- l'anonimato della madre.

I primi due punti valgono rispettivamente, per il coniuge o convivente, il cui consenso al ricorso alle dette tecniche è ricavabile da atti concludenti; per l'anonimato della madre è necessario fare una precisazione.

La donna infatti, ai sensi dell'art. 9, comma 2, non può dichiarare la volontà di non essere nominata, cosa che le è invece permessa nella procreazione naturale (DPR n. 396/2000).

Questo poiché a differenza della procreazione artificiale dove il consenso esprime la sicura volontà di instaurare il rapporto di filiazione, in quella naturale questa volontà non è un fatto scontato, ed in questo caso il diritto all'anonimato serve a proteggere il superiore interesse del minore a nascere.

È con il consenso alla PMA, che si ha l'identificazione di coloro che hanno scelto d'investirsi giuridicamente del ruolo di padre o di madre di colui che nascerà, ed è proprio tale preventiva assunzione di responsabilità del futuro rapporto, a segnare la distinzione tra filiazione biologica ed artificiale. Il figlio frutto della scelta consapevole e ricercata, in modi e tempi nettamente differenti dal naturale processo riproduttivo, è stato così tutelato con maggior forza dall'ordinamento, almeno sul piano formale.

È tuttavia noto, che il divieto all'anonimato materno, è stato spesso eluso. Questo poiché esso è subordinato alla circostanza che sia dichiarato che la gravidanza è il risultato dell'utilizzo della tecnologia riproduttiva, e ciò accade quando l'intervento medico avviene nelle strutture nazionali autorizzate. È sufficiente che la madre si rechi in un'altra clinica nazionale (mancando un'anagrafe sanitaria nazionale), o all'estero, per rendere nulla la previsione a tutela del nascituro.

In altri paesi europei (Belgio, Olanda, Portogallo, Spagna, Svizzera, Austria, Germania, Francia), una tutela maggiore in questo senso è consentita dall'attribuzione automatica della maternità. In essi è previsto che le generalità della partoriente siano necessariamente contenute nell'atto di nascita, così che il vincolo di filiazione materna si costituisca automaticamente per il solo fatto della nascita.

Il sistema francese (con la Riforma del 2005), si distingue ulteriormente, prevedendo una sorta di automatismo "non obbligatorio", poiché la donna può comunque fare una scelta per

l'anonimato, impedendo così l'instaurazione del rapporto con il figlio, altrimenti operante automaticamente. La scelta non è tuttavia irreversibile, e, se la donna acconsentisse, potrebbe rimuovere il segreto, essendo i suoi dati contenuti presso un apposito organo, il *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP).

Una scelta dunque volta ad un ragionevole bilanciamento tra diritto alla riservatezza della donna e diritto del nato alla costituzione immediata dello *status* nei confronti della madre, nonché alla conoscenza delle proprie origini genetiche.

Il nostro legislatore rimane invece tuttora fermo sul principio volontaristico dell'attribuzione della filiazione, forse nell'idea di poter assicurare condizioni favorevoli ad un parto assistito, igienico e sereno a tutela della salute della madre e del nato e dissuadere, per quanto possibile, il fenomeno degli abbandoni; la scelta è comunque orientata per una prevalenza dei diritti della madre, anche se con la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁰ sembra che si proceda verso un'apertura al sistema utilizzato in Francia.

2.2 Il ruolo del consenso. Riflessioni sulla volontarietà che contraddistingue la genitorialità ricercata tramite la PMA, dalla “genitorialità naturale”.

Il consenso appare come uno dei momenti essenziali della PMA, e le sue funzioni sono qui considerate molteplici: esprime l'autorizzazione all'intervento medico, identifica la paternità e

³⁰ Corte Cost. sent. n. 278 del 2013, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui tale articolo non prevede - tramite un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza- la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata (art. 30, comma 1, del DPR 3 novembre 2000, n. 396) su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

maternità del nato ed è l'elemento giuridicamente rilevante per l'identità personale del figlio.

Se è vero dunque che il valore del consenso, assume il significato di un principio di scelta consapevole di procreare, è ipotizzabile il pensiero secondo il quale in questa fattispecie la donna può sempre rifiutare la gravidanza quale espressione della sua insopprimibile libertà personale, andando anche oltre il termine previsto dalla legge 40 per la revoca del consenso? La vita dell'embrione può essere considerata prevalente rispetto alla libera autodeterminazione della donna?

Prima di rispondere occorre fare un passo indietro, e riesaminare cosa nella legge 40 è riportato, nello specifico all'art. 6, comma 3³¹.

Sulla base di una interpretazione letterale della norma, la volontà può essere revocata da ciascuno dei due soggetti singolarmente fino alla fecondazione; secondo parte della dottrina invece, successivamente e fino al momento dell'impianto, può essere revocata solo dalla donna e unicamente per gravi motivi.

La disposizione, si rivolge alla tutela dell'embrione, e risponde alla logica di scongiurarne la distruzione o la crioconservazione (vietate dall'art. 14,1³²) che si potrebbero verificare nel caso di ripensamento di uno o di entrambi i soggetti dopo la fecondazione; il legislatore, con questa previsione, ha cercato di offrire una garanzia ai diritti del nato e spingere i futuri genitori alla coerenza dei propri doveri nei suoi confronti.

³¹ «La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.»

³² La Corte Cost. con sentenza n. 151/2009, determinando la caducazione dell'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 14, introduce una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, proprio perché, quale logica conseguenza di essa, rende necessario ricorrere a tecniche di congelamento per gli embrioni non impiantati per scelta medica.

Molte sono state e sono tutt'ora le perplessità sul contenuto dell'art.6, *in primis*, la mancanza di una sanzione per la violazione del divieto di revoca del consenso previsto, inoltre, la previsione di rendere comunque obbligatorio l'impianto, anche successivamente ad un'opposizione della donna, integrerebbe una tipologia di trattamento sanitario obbligatorio (queste almeno le perplessità di parte della dottrina).

La previsione sarebbe in contrasto con l'art. 32 della Cost., da cui si ricava che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. E l'art. 6 non rispetta questi requisiti: dopo aver stabilito il divieto di revoca successivo alla fecondazione dell'ovulo, la norma non prevede altro.

Essendo presente una riserva di legge, non può essere sufficiente, per potersene ammettere la praticabilità, la semplice circostanza che, in via interpretativa, si possa ipotizzare il trasferimento forzoso dell'embrione in utero, ponendosi ulteriormente quest'ultimo in contraddizione con la legge n. 194/1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza, che nel tutelare la salute della donna, le consente, di porvi termine quando si ravvisino i motivi richiamati dalla citata legge.

Costituendo il trasferimento imposto dell'embrione (e la conseguente imposizione della gravidanza) un'operazione non solo pericolosa, ma probabilmente, anche lesiva della salute fisica e psichica della donna, sarebbe molto probabile che questa, subito dopo l'operazione, decidesse di ricorrere all'interruzione della gravidanza³³.

³³ Tribunale di Cagliari, ordinanza 29 giugno 2004. La pronuncia si segnala perché per la prima volta, asserisce che l'aborto è praticabile (sempre in presenza dei presupposti sanciti dalla legge 194/78) anche in caso di una gravidanza procurata da PMA (sancisce inoltre che è possibile una parziale interruzione della gravidanza).

Secondo un opposto orientamento, non sarebbe necessaria la qualifica di trattamento sanitario obbligatorio, poiché è richiesto il consenso del paziente alla terapia ed è previsto un periodo di riflessione entro il quale tale consenso può essere revocato. In questo modo si afferma che l'impianto dell'embrione nel corpo della donna dopo la fecondazione sia un obbligo giuridicamente rilevante anche se non coercibile.

Ciò che comunque appare chiaro, al di là delle opinioni dottrinali, è il fatto che l'irrevocabilità del consenso mostra la sua incoerenza con la legge 22 maggio 1978, n. 194.

Ammettendo infatti il principio che, avvenuta la fecondazione, la procreazione sia avviata, non si comprende come la stessa decisione di una vera e propria interruzione della gravidanza sia allo stesso tempo, vietata dalla legge 40/2004 e permessa dalla 194/1978, tenendo conto che l'art 14 della legge sulla PMA fa salva la disciplina sull'aborto.

La valorizzazione del consenso ha ad oggi una notevole importanza, e solo il pericolo di grave danno alla salute (sia fisica che psichica) della gestante potrebbe legittimarne l'aborto; questo poiché la scelta orientata sulla procreazione di tipo artificiale è dettata da caratteri propri quali, occorre ribadirlo, la sicura volontà di instaurare un legame con il nascituro, ed è quindi sempre e certamente una scelta consapevole, che poco entra in relazione, dal momento dell'impianto, con considerazioni che riguardano la decisione abortiva (tranne forse le considerazioni che svolgeremo nel prosieguo dell'indagine, sul controverso diritto "a nascere sani").

Per ritornare alla domanda che ci eravamo posti all'inizio del paragrafo, nel sistema attuale, e considerando il ruolo privilegiato del corpo della donna, quale luogo di accoglienza della nuova vita, si può ritenere che, anche se l'accesso alle

pratiche è consentito alle sole coppie, il destino del nascituro dal momento dell'impianto, è affidato alla madre, e qui le considerazioni giuridiche hanno ben poco spazio (nella maternità surrogata la questione è differente). Ed è quindi vero che la donna può rifiutare la gravidanza (anche con il disaccordo del marito/convivente), sottraendo il proprio corpo a quello che potrebbe essere definito, un trattamento sanitario obbligatorio. Tuttalpiù, la condotta potrebbe rilevare sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale e dell'obbligo coniugale (la revoca illegittima potrebbe comportare la possibilità di addebito della separazione), nonché in termini di illecito extra-contrattuale nei confronti del convivente per il risarcimento del danno eventualmente prodotto.

2.3 *Mater semper certa est?* Superamento della certezza della maternità, nella fecondazione eterologa e nella surrogazione di maternità.

Nonostante la progressiva parificazione della situazione giuridica del padre nella sfera dei diritti e doveri che riguardano le scelte riproduttive, tanto che è ormai pacifico concordare circa un autonomo diritto alla genitorialità dello stesso, le norme del codice civile, depongono a favore della madre nella formazione dello *status filiationis*. Quindi si può condividere il pensiero di quella dottrina che definisce come “privilegio” la maternità, nell'attribuzione dello *status* del figlio³⁴. Si comprende meglio così il brocardo da sempre accolto fino ai

³⁴ Rilevante in tal senso sono sia la previsione del parto anonimo, di cui abbiamo già trattato nello scorso paragrafo, sia la regola contenuta nell'art. 254 c.c. sul riconoscimento prenatale da effettuare davanti all'ufficiale di stato civile. Esso può essere effettuato dalla madre, o dalla madre insieme al padre, o dal padre solamente dopo quello della madre e con il consenso della stessa: mai solamente dal padre o senza il consenso della madre (art. 44 D.P.R. n. 396/2000).

nostri tempi, del *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*.

Le trasformazioni in campo medico hanno inciso in modo significativo sulle forme e tempi della procreazione e della nascita, connotando la maternità di caratteristiche completamente differenti rispetto al passato, tanto che sembra sempre più necessario l'intervento del diritto non solo per analizzare le questioni morali e legislative che emergono dalla gestione degli interessi dei singoli soggetti, ma soprattutto per tentare di porre regole certe che non portino fuori strada il giurista e diano certezza alle nuove famiglie.

Ciò che emerge, è la tendenza a ridefinire il fenomeno della maternità, ridisegnandone i confini.

Con la PMA (nella tecnica eterologa e nella surroga di maternità) si discute chi possa essere la madre tra la donatrice di gamete, la gestante o la madre sociale; questo poiché avviene la dissociazione tra il dato naturale della procreazione e l'attribuzione dello *status filiationis*.

Un punto su cui riflettere ci è dato dalla nostra Corte Costituzionale che, in linea con le tendenze europee della Corte di Strasburgo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata. Per la Corte il problema di maggior rilievo sarebbe costituito dal fatto che, l'anonimato della madre, pur costituendo impedimento all'insorgenza di una genitorialità giuridica, possa precludere anche il sorgere di una genitorialità naturale, in seguito alla richiesta del figlio.

La regola così posta riguarda la procreazione naturale, ma potrebbe in futuro essere estesa anche ai donatori/donatrici di gameti nella PMA di tipo eterologo, nel caso di scelta di questi ultimi di superare l'anonimato per volere del figlio. Infatti, sia l'impronta della Riforma del 2012, sia gli interventi giurisprudenziali successivi, sia nazionali che internazionali, hanno portato a rianalizzare le regole che governano la PMA, riportandole al più ampio e comprensivo sistema del diritto della filiazione, basato sui principi di uguaglianza e di non discriminazione (art. 3 Cost., art. 14 CEDU) e di responsabilità per il fatto della procreazione (art. 30 Cost).

Il centro della disciplina è il superiore interesse del minore, il quale, pur nelle diversità delle condizioni della nascita, deve potersi vedere riconosciuti diritti propri, come altrettanto avviene per i genitori e per i donatori di gameti. Non sono il diritto all'anonimato di quest'ultimo o il diritto di diventare genitori a dover avere una prevalenza assoluta, con essi saranno da valutare anche i diritti del nato («la legge 40/2004, è preordinata alla “tutela delle esigenze di procreazione”, da contemperare con altri valori costituzionali, imponendosi un ragionevole bilanciamento in concreto tra gli stessi³⁵»).

Nei casi di maternità surrogata, è dato rilievo autonomo a tre aspetti per l'attribuzione della genitorialità giuridica: la gestazione, il legame genetico ed il progetto di genitorialità. Anteriormente alla legge sulla PMA, maggior rilievo è sempre stato attribuito al dato genetico dalla nostra giurisprudenza; si riteneva che la madre genetica svolgesse un ruolo insostituibile rispetto all'identità del nato, mentre la madre gestante avrebbe avuto una funzione accessoria, quasi “intercambiabile”, potendo

³⁵ Corte Cost. sent. n. 151 del 2009.

essere sostituita in un futuro da dispositivi tecnologici³⁶. Recentemente invece, è stata affermata la prevalenza del dato “biologico”, attribuendo la maternità alla madre che aveva portato a termine la gravidanza³⁷.

La questione "chi è la madre" non può trovare risposta da un punto di vista scientifico, poiché, considerando ad esempio il caso di donazione di gameti della coppia e gravidanza della madre gestante su commissione (c.d. locazione d'utero), entrambi i soggetti femminili appaiono causalmente necessari al processo che conduce al parto; entrambe le donne nell'accordo di maternità surrogata hanno una connessione biologica con il figlio. Il punto più difficile da risolvere, sarà quello di definire chi sia la persona che si deve prendere cura del bambino dopo la nascita e quale delle due donne ne debba essere considerata responsabile.

In assenza di una espressa disposizione nel nostro ordinamento, si è posto il problema dell'attribuzione della genitorialità giuridica nelle ipotesi di ricorso alla surrogazione di maternità di coppie italiane all'estero (considerato il divieto posto all'art. 12,6 della legge 40/2004, molte sono infatti le coppie, ma anche i single, che si recano dove la pratica è consentita). La questione ha investito la natura dell'atto di nascita formato all'estero, in base alla *lex loci* straniera che prevede l'attribuzione della genitorialità giuridica in contrasto con quella prevista dal nostro sistema. In un noto caso italiano³⁸, i giudici si sono espressi ritenendo che «anche da un punto di vista comparatistico, l'attribuzione della maternità e della paternità non è più un fatto naturale ma un “fatto istituzionale”, dipendendo dalle scelte del

³⁶ Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Fam. e Dir.*, 2000, p. 151.

³⁷ Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014.

³⁸ Trib. Milano, ord. 8 aprile 2014.

legislatore». Secondo il collegio, è necessario far riferimento alla legislazione nello Stato di formazione dell'atto di nascita per verificare la falsità della dichiarazione indicata per l'attribuzione della genitorialità giuridica. Non si tratterà del reato di alterazione di stato se l'atto di nascita sarà stato eseguito nel rispetto della *lex loci*, dove la maternità è attribuita alla madre sociale.

L'attuale disciplina, modificata in parte dal d.lgs. n. 154 del 2013, prevede il ricorso al concorso alternativo di leggi. Lo *status* di figlio è determinato dalla legge nazionale di questi (nel caso sarebbe quindi lo Stato estero) o, se più favorevole, la legge dello Stato in cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita. Se tuttavia, la legge così individuata non permette l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio, si applicherà il criterio sussidiario della legge italiana (art. 33 legge n. 218/1995 così come modificata dal d.lgs. 154/2013).

La Corte EDU sul punto, in due noti casi d'oltralpe³⁹ si è espressa affermando che i paesi dell'unione possono legittimamente vietare la surrogazione di maternità, ma devono tutelare altresì l'interesse superiore del minore.

Recentemente anche un caso italiano è arrivato di fronte alla medesima Corte (Paradiso e Campanelli c. Italia, del 27 gennaio 2015) e qui le motivazioni addotte dai giudici italiani, in riferimento all'ordine pubblico, non sono state considerate come un fattore assoluto, da utilizzare indiscriminatamente. Questo poiché, secondo i giudici europei, è l'interesse superiore del minore ad avere la prevalenza su interessi statali, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di altro genere.

³⁹ Affaire Labasse c. France e Affaire Menesson c. France del 26 giugno 2014.

Numerosi sono e saranno ancora gli interventi delle Corti, sia nazionali che europee, in una materia non regolata, o almeno, non così definita, come quella della maternità surrogata.

Il nostro legislatore, ha operato una scelta basata sul divieto dell'utilizzo della tecnica e sull'ancorare la maternità al dato certo del parto (art. 269 c.c.); una scelta cauta e comprensibile, alla luce delle basi su cui poggiano attualmente le scelte nazionali circa i diritti procreativi artificiali, anche se forse, una materia in sé così problematica, avrebbe necessitato più spazi di riflessione ed un'attenta disamina, anche in considerazione delle innovazioni ed evoluzioni in atto sul fronte familiare.

2.4 Il diritto all'identità filiale e il diritto alla conoscenza delle proprie origini.

La ricerca della genitorialità non può e non deve entrare in contrasto con i diritti propri del minore che sarà coinvolto nelle vicende familiari, e così acquista importanza essenziale il c.d. diritto all'identità filiale, ovvero sia il diritto di ciascun essere umano ad avere certezza sul proprio rapporto di filiazione. Tale diritto, non è da confondere con quello riguardo la ricerca della propria identità genetica, che non concerne l'attribuzione e la rimozione dello *status filiationis*, ma si basa su aspetti più intimi della persona umana, che attengono al diritto a conoscere le proprie origini. In tema di adozione, la questione è spesso affrontata in relazione al diritto di conoscere la storia della propria famiglia, e ricercare qui, i motivi che hanno spinto all'abbandono del minore. È necessario porre l'accento sulla diversità dei due diritti per comprendere il messaggio che la Riforma della filiazione e la legge sulla PMA, complici anche gli indirizzi della Corte europea, ci hanno fornito.

Nella PMA eterologa, non vi è la ricerca di una storia, ma quella della verità e dell'identità genetica; il “sapere” e comprendere appieno le nostre radici è una necessità radicata nel profondo di ogni essere umano. Mancando una previsione specifica per i nati da questa tecnica, la regola del raggiungimento della maggiore età per condurre indagini sulle proprie origini genetiche (tipica della disciplina delle adozioni) è stata estesa anche per questi ultimi. L'indagine non darà legittimazione ad azioni volte a contestare il rapporto di filiazione instaurato (sul punto non c'è tuttavia unanimità di vedute da parte della dottrina⁴⁰) ma sarà necessaria solo al fine di consentire una tutela della stabilità esistenziale del minore.

L'affermazione del diritto all'identità filiale è necessaria dunque, per eliminare il rischio della moltiplicazione delle figure genitoriali, quanti sono i genitori che la tecnica consente di avere. Non si può impedire al figlio di avere due genitori e di crescere serenamente nella propria famiglia. La necessità della c.d. bigenitorialità, insieme all'esigenza di una vita familiare serena, non possono piegarsi a seconda delle tante e differenti modalità di instaurazione del rapporto di filiazione, oggi moltiplicate dall'avvento delle innovazioni della scienza. È per queste ragioni che si pone la scelta di individuare due soli genitori, evitando soluzioni che possano alterare la vita del minore con conseguente lesione della sua identità.

⁴⁰ C. M. BIANCA ha rilevato che anche il nato da PMA eterologa vanta, al pari dell'adottato, un diritto a conoscere le proprie origini, ma questo può essere esercitato solo al compimento della maggiore età al fine di non alterare altro diritto fondamentale del minore, che è il diritto alla stabilità esistenziale. Contrariamente sul punto si è espresso A. MORACE PINELLI, che ribadisce la sostanziale differenza fra adozione e PMA eterologa, sostenendo che nel nato da fecondazione eterologa il diritto a conoscere le proprie origini difetta del vissuto proprio del rapporto di adozione e si risolve in mera curiosità: «...nella fecondazione eterologa c'è un donatore che non vuole essere genitore e non instaura alcuna relazione con il nato». Per entrambe le tesi v. al riguardo l'Audizione alla Camera dei Deputati il 17/09/2014.

Sul punto, la decisione del tribunale di Roma in merito allo “scambio di embrioni”, ha tutelato per quanto più possibile i diritti del minore, ritenendoli prevalenti rispetto al conflitto sull’identità dei genitori; scelte differenti invece sono state affrontate sia in campo europeo e soprattutto nord-americano⁴¹, almeno per quanto concerne il concetto di identità filiale e su come questa possa dirsi pienamente soddisfatta.

⁴¹ *Perry-Rogers v. Fasano*, 715 N.Y.S. 2d 19 (N.Y. App. Div. 1st. Dep’t 2000).

CAPITOLO III

LA DIAGNOSI GENETICA PRE-IMPIANTO

3.1 L'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto. “Quando una scelta di vita è guidata dalla tecnica”

Riprendiamo adesso, le considerazioni cui avevamo accennato nei precedenti paragrafi (sulla decisione della donna di poter interrompere la gravidanza nella PMA) e esaminiamole alla luce di un altro punto critico e spesso attaccato, la c.d. diagnosi pre-impianto (di seguito la indicherò come PGD, dall'inglese *Preimplantation Genetic Diagnosis*).

L'ammissibilità di tale procedura ha subito nel tempo un graduale processo di erosione grazie agli interventi della giurisprudenza non soltanto nazionale ma anche e soprattutto sovranazionale. Interessante è l'analisi di questa tecnica, considerata alla luce della possibile configurazione del “diritto ad avere un figlio sano”, termine di cui le pagine dei giornali ed i mezzi di comunicazione in generale hanno spesso parlato recentemente, soprattutto e come conseguenza della sentenza n. 96 del 5 giugno 2015 della Corte Costituzionale⁴².

La PGD è una metodica diagnostica, che consiste nell'analizzare le cellule prelevate dagli embrioni creati per mezzo della fecondazione assistita in vitro, con lo scopo di selezionare per l'impianto soltanto gli embrioni privi di eventuali malattie genetiche. La finalità della tecnica è identificare tra gli embrioni creati, quelli sani da trasferire nel corpo della donna, impedendo in tal modo l'eventuale trasmissibilità al nascituro della malattia,

⁴² La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche.

di cui i genitori sono portatori. Essa anticipa alla fase pre-impianto, l'accertamento di eventuali patologie che sono comunemente diagnosticabili nel corso della gravidanza con le tecniche di diagnosi prenatale (attuate sul feto attraverso il corpo della madre, durante la gestazione, con le tecniche di amniocentesi o villocentesi).

La PGD è dunque un'alternativa alla invasiva e rischiosa indagine prenatale, mentre la successiva (ed occorre precisare) eventuale selezione è volta a prevenire gestazioni destinate probabilmente a terminare per mezzo dell'utilizzo dell'interruzione volontaria di gravidanza, essendo presenti i requisiti posti dagli artt. 4 e 5 della l. n. 194/1978, ossia quando le anomalie o malformazioni del concepito espongano la donna ad un «serio pericolo per la sua salute fisica o psichica», se così ovviamente è indirizzata la sua volontà.

Numerosi sono stati i dibattiti fin dal suo utilizzo, e per diverse ragioni. *In primis* gli interessi coinvolti, ossia quelli dell'embrione da un lato (la procedura è ritenuta sicura, ma ci sono dei rischi da considerare) e quelli della coppia dall'altro (principio di autodeterminazione, e ricerca di una procreazione libera e consapevole). Inoltre, la possibilità di rendere "programmabile" un processo quale quello procreativo, ha creato discussioni e diversità di vedute sempre più forti, affacciandosi il pericolo della clonazione umana ed i rischi di manipolazioni anche a fini eugenetici.

Dall'esame delle vicende che hanno coinvolto la PGD, possiamo risalire alle problematiche maggiori, ad oggi risolte, che hanno riguardato questo aspetto della genitorialità per alcuni considerato ancora controverso, ma che procede nell'ottica di

poter assicurare una vita familiare sicuramente più serena e rispettosa di tutti gli interessi coinvolti.

3.2 I “punti critici” della tecnica

La PGD non è contenuta espressamente in alcuna legge. Se esaminiamo ad esempio la legge 40/2004, non troviamo in essa soluzioni chiare ed univoche che ci conducano al perché ci sono state negli anni così tante controversie sul suo utilizzo, anzi, in essa sono contenute perlopiù disposizioni contraddittorie ed incomplete sullo svolgersi della procedura.

Di senso contrario sono ad esempio le previsioni contenute all'art 13 e all'art 14. Nel primo caso il tono espresso sembra sfavorevole all'ammissibilità della PGD dove prevede: un divieto alla sperimentazione sugli embrioni; la possibilità di un'attività di ricerca clinica e sperimentale solo a scopi di tutela e sviluppo di quel singolo embrione; il divieto di ogni forma di selezione a scopo eugenetico. L'art. 14, al contrario, sembra porsi nell'ottica opposta, affermando per chi intenda sottoporsi a pratiche di PMA di essere informato, su richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti, e ciò è possibile solo con tecniche diagnostiche come la PGD.

Ai fini della nostra ricerca, due sono i punti di svolta nella lunga vicenda che ha coinvolto l'utilizzo della PGD: il pericolo di eugenetica ed il c.d. diritto ad un figlio sano, di cui l'esito della sentenza *Costa e Pavan vs. Italia* ci porterà alcune riflessioni.

Le pratiche eugenetiche, rimandano ad utilizzi della scienza volti al perfezionamento della specie umana tramite selezioni dei caratteri fisici e mentali ritenuti positivi, e la rimozione di quelli negativi. Alcuni studiosi nutrono timori che l'utilizzo della PGD possa condurci verso la selezione e la ricerca di esseri umani “perfetti”. Sul punto comunque sia, non c'è unanimità di

vedute. Secondo un primo orientamento in dette pratiche sarebbero ricomprese tutte le tipologie di intervento sugli embrioni, da condannare perché comprometterebbero la salute e l'integrità dell'embrione stesso, definito come un "progetto di persona"⁴³, che vanta un diritto pari a quello riservato alle persone. La legge 40/2004, in tal proposito, assicura a tutti i soggetti coinvolti i medesimi diritti, ma la stessa, come ribadito anche dalla Corte costituzionale, avrebbe un valore "meramente enunciativo"⁴⁴. La specifica questione dell'ammissibilità ovvero inammissibilità della PGD sugli embrioni è sorta dalla lettura dell'art. 13, visto dalla dottrina più legata ai valori cattolici come un divieto espresso di indagini diagnostiche, che si pone in contrasto (come già scritto) con il disposto dell'art. 14.

Un altro orientamento, a mio parere da preferire, è quello che opera una distinzione netta all'interno degli interventi che operano una selezione degli embrioni. Da un lato vi sono le vere e proprie pratiche eugenetiche, originate da motivazioni politiche e ideologiche di supremazia, utilizzate nella Germania nazista e oggi eticamente e giuridicamente condannate da gran parte dei Paesi, dalle Convenzioni europee⁴⁵, e dalla Carta di Nizza⁴⁶, poiché volte al solo scopo di migliorare gli embrioni

⁴³ Secondo questo orientamento «L'embrione è un essere umano con potenzialità di sviluppo (non un essere umano potenziale)». La sua tutela dovrebbe avvenire sin dal suo concepimento senza distinzioni rispetto alle sue modalità di formazione (cioè dopo la fecondazione dell'uovo da parte dello spermatozoo o dalla fecondazione in vitro o dal trapianto nucleare somatico).

⁴⁴ Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 48.

⁴⁵ La Convenzione di Oviedo all'art. 12 prevede che l'esecuzione di test genetici debba essere giustificata esclusivamente da un fine medico o legato alla ricerca scientifica e all'art. 14 specifica che non è ammesso l'utilizzo delle tecniche di procreazione assistita per la scelta del nascituro «... salvo che al fine di evitare una malattia grave ereditaria legata al sesso». Il par. 83 del Rapporto esplicativo della Convenzione precisa poi che «l'articolo 12, non prevede alcun limite al diritto di eseguire test diagnostici su un embrione per stabilire se è portatore di caratteri ereditari che comporteranno una malattia grave per il bambino che dovrà nascere».

⁴⁶ L'art. 3 della Carta, fa espresso riferimento al «divieto di pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Si occupa indirettamente di PGD, specialmente di quella fase di essa che consiste nel

anche in assenza di uno stato patologico degli stessi (la pratica a lungo termine porterebbe ad un miglioramento delle generazioni future) e come tali, in Italia, penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 13 della legge n. 40/2004. Dall'altro lato vi sono invece, gli interventi che consentono di selezionare, fra gli embrioni ottenuti, quelli sani non affetti da anomalie genetiche gravi.

La legge n. 194/1978, prevede ipotesi di questo tipo e consente di procedere a gravidanza iniziata all'aborto in presenza di stati patologici del feto, rimettendo la decisione nelle mani della donna. Operata in tal modo, la "selezione", non rientra fra le tecniche condannate in passato e di cui anche ad oggi si teme il possibile utilizzo, ma rappresenta quella possibilità in più che è offerta alle madri, ed i genitori in generale, di esercitare una maternità responsabile e consapevole, consentendo una scelta che possa tener conto sia della salute della madre, sia delle possibili patologie (e cure necessarie da affrontare) cui andrà incontro il futuro bambino se si decide di proseguire la gravidanza. Obiettivo prioritario della PGD riguarda la realizzazione dell'aspirazione di ciascun genitore di evitare gravi sofferenze ai figli qualora questi fossero affetti da terribili malattie genetiche. Le opinioni ancora contrarie, ribadiscono la valenza moralmente inaccettabile di quella che viene definita la "costruzione di bambini su misura".

Ciononostante, una recente sentenza della Corte Europea dei diritti umani, sul caso *Costa e Pavan vs. Italia*, ha stabilito che esiste un diritto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie

trasferimento in utero degli embrioni che sono stati sottoposti a diagnosi, anche la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'unione Europea del 31 marzo 2004, che stabilisce uno *standard* minimo di qualità e sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, prevedendo così l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia.

genetiche, di accedere alla fecondazione artificiale per poter selezionare gli embrioni, e ciò attraverso la PGD.

Il “diritto di avere un figlio sano”, così come indicato dalla Corte, rientrerebbe nella sfera della libertà alla vita privata e familiare garantita dall’art. 8 della Convenzione sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali. Il rinvio alla *privacy* in molti campi della vita umana, non è forse un caposaldo della nostra cultura giuridica, esso appartiene perlopiù alla tradizione americana, e così concepito non può trovare spazio nel nostro ordinamento, almeno non in tematiche quali quelle familiari, dove interessi di tipo pubblicistico sono ancora molto forti e radicati.

L’interferenza dello Stato nelle scelte private delle coppie che intendono ricorrere alle pratiche di PMA è infatti ancora molto forte nel nostro Paese, anche se molte barriere si stanno abbattendo (vedi la caduta del divieto della PMA eterologa) in favore di una famiglia sempre più libera da canoni precostituiti e fissati nel tempo da una tradizione conservatrice ancora molto forte. La libertà di autodeterminazione procreativa, se così possiamo definirla, spinge così il legislatore, ma soprattutto le varie Corti (più pronte ad interventi specifici e di continua attualità) ad interventi sempre più costanti, proprio in virtù della rilevanza pubblicistica che assume la famiglia e delle modalità di procreazione consentite dalla tecnica. La scelta di un’ingerenza continua del legislatore, non è tuttavia condivisa da tutta la dottrina. Alcuni sostengono ad esempio che una materia così delicata, nella quale si intersecano tra loro una pluralità di soggettività, possa essere lasciata all’arbitrio delle scelte individuali di una soltanto delle parti coinvolte (i genitori) e di conseguenza sottratta al bilanciamento di valori effettuato dal legislatore, sulla ragionevolezza del quale sono chiamati a

valutare i giudici costituzionali. Quella in oggetto sarebbe dunque considerata una materia nella quale lasciare spazio ai soggetti direttamente coinvolti ed alle loro volontà (in questo caso: non rinunciare a procreare un figlio, un figlio sano) ed alla responsabilità dei medici nel fare il miglior uso possibile dei risultati della ricerca tecnologica in campo medico.

La scelta di apporre dei limiti all'autodeterminazione dei singoli in materia di diritti procreativi, secondo altra corrente dottrinale, non nasce dalla volontà da parte dello Stato di imporre una determinata visione etica a tutti i cittadini, quanto piuttosto dalla consapevolezza che la persona non si trova "sola" nell'esercizio del diritto, ma deve misurarsi con altri soggetti coinvolti.

Sul dibattito si è inserita anche la giurisprudenza costituzionale, dove fra le ultime sentenze (che affronteremo nel prossimo paragrafo) è ormai costante nell'esprimere l'opportunità che venga assicurata un'adeguata tutela all'autonomia della scienza rispetto alle indebite ingerenze del legislatore. Sono date da essa altresì indicazioni circa formulazioni normative che consentano alla scienza e ai medici di "fare il loro mestiere".

3.3 La giurisprudenza italiana in tema di PGD (cenni)

Sull'ammissibilità della PGD, la giurisprudenza italiana è intervenuta con numerose sentenze, spesso con orientamenti contrari tra loro. Nelle prime pronunce la tendenza espressa dalle Corti, era quella di riconoscere la priorità della tutela dei diritti dell'embrione alla vita e all'integrità fin dal momento del concepimento, subordinata ad essa vi era la libertà di ricerca scientifica ed il diritto alla procreazione da parte dei genitori.

Successivamente, a mutare l'orientamento interpretativo fu dapprima una sentenza del Tribunale di Cagliari⁴⁷ che,

⁴⁷ Trib. Di Cagliari, sentenza del 22 settembre 2007.

discostandosi da pronunce precedenti, riconobbe l'accesso all'accertamento diagnostico pre-impianto, cui poi seguirono le pronunce del Tribunale di Firenze⁴⁸ e del Tar Lazio⁴⁹, le quali hanno dichiarato la legittimità della PGD. Le motivazioni addotte dal giudice cagliaritano si basarono su: 1) la mancanza di un esplicito divieto nella legge 40/2004; 2) la necessità di distinguere il campo applicativo degli artt. 13 e 14 della legge n. 40 (il primo riguardante il campo della ricerca scientifica, attinente al rapporto tra embrione e collettività, il secondo al rapporto tra l'embrione e la coppia richiedente l'accesso alla PMA); 3) il rilievo del consenso informato, che comporta un diritto della coppia alla piena consapevolezza sul trattamento sanitario da applicare, diritto che subirebbe una compressione se la PGD fosse vietata; 4) l'illiceità delle Linee Guida ministeriali del 21 luglio 2004⁵⁰ sia sotto il profilo della gerarchia delle fonti (queste ultime di rango secondario contrastavano con la legge), sia sotto il profilo medico, poiché la mera indagine osservazionale sull'embrione non consente di conoscere effettivamente lo stato di salute di questo, compromettendo così il diritto ad un'informazione adeguata.

Un'argomentazione forte a sostegno dell'ammissibilità della PGD è risultata poi dal confronto tra la legge 40/2004 e la legge 194/1978. Le due leggi pur perseguendo scopi opposti (la prima, la rimozione di cause impeditive della procreazione per coppie sterili o infertili e la seconda per evitare una maternità alla donna che la porterebbe a subire danni psico-fisici per la sua salute), trattano entrambe atti di volontà della persona circa il

⁴⁸ Trib. Firenze, ordinanza 17 dicembre 2007.

⁴⁹ Tar del Lazio, sezione III, 21 gennaio 2008, n. 398.

⁵⁰ Si poneva il limite ad ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro ai sensi dell'art. 23, comma 5. Detta indagine era consentita solo se di tipo osservazionale.

momento procreativo, ed il confronto fra le stesse ha portato più volte in passato a dubbi circa l'inammissibilità della PGD.

Solo se si ammette la tecnica diagnostica è possibile uniformare il trattamento tra la gestante che può interrompere la gravidanza quando vi sia un pericolo per la sua salute psico-fisica, anche in relazione ad anomalie e malformazioni del concepito, e la donna che può rifiutare l'impianto dell'embrione risultato non sano in seguito alla PGD (anche qui è potenzialmente reale il pericolo per la salute della donna).

In uno scenario di questo tipo, qui brevemente accennato, una svolta importante è stata così segnata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 che, pur non pronunciandosi direttamente sulla PGD, ha enunciato più precise indicazioni in merito alla protezione della salute della donna, alla tutela della maternità e del feto ed alla consapevolezza della madre sullo stato di salute degli embrioni (diritto esteso a entrambi i genitori), contribuendo notevolmente all'ammissibilità della suddetta tecnica; insieme all'aggiornamento delle Linee Guida del 2004⁵¹, ha reso la PGD una "normale" pratica clinica come le altre diagnosi prenatali, utilizzabile presso tutti i centri specializzati.

L'incoerenza del sistema italiano sui limiti posti alla PGD in contrasto con la legalità dell'aborto terapeutico, è stato espresso anche dalla Corte EDU nel 2012 (caso *Costa e Pavan vs Italia*, del 28 agosto 2012), che ne ha censurato il divieto, ponendo le basi per un definitivo superamento della questione. Il caso suddetto riguardava una coppia di coniugi portatori sani di fibrosi cistica, che lamentavano il divieto posto dalla legge

⁵¹ Decreto 11 aprile 2008, G.U. 30/04/2008.

40/2004, dell'accesso alle procedure di PGD e della PMA in generale, per coppie che pur presentando gravi patologie genetiche, non potevano accedervi poiché fertili.

L'esame della normativa italiana in materia, ha portato così all'esaltazione dei diritti costituzionalmente garantiti all'autodeterminazione della coppia, alla salute e al consenso informato. Quest'ultimo, in particolare, ha assunto un ruolo centrale nel processo di ammissione e liceità dell'accertamento diagnostico. Nell'ambito della procedura del consenso informato, la coppia ha infatti il diritto a ricevere una completa informativa, per avere una procreazione libera e consapevole; la PGD in questo, ha lo scopo di consentire alla donna una decisione sicura in ordine al trasferimento degli embrioni formati, oppure al rifiuto dello stesso.

Fra le ultime vicende giurisprudenziali, degna di nota è stata la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, che è intervenuta rendendo la presenza accertata di malattie geneticamente trasmissibili nella coppia, un requisito di accesso alla PMA, al fine di svolgere la diagnosi e selezionare gli embrioni che non hanno ereditato la malattia. La sentenza del 2015 è finalmente giunta a eliminare il divario creatosi, a partire dal 2007⁵², con l'affermazione in giurisprudenza della interpretazione a favore della PGD, tra coppie infertili, portatrici di malattie genetiche, che potevano beneficiarne in quanto ammesse alla PMA, e coppie fertili, ugualmente portatrici di malattie genetiche, che ne erano escluse e potevano solo ricorrere ad esami diagnostici durante la gravidanza, eventualmente giungendo ad interromperla con un intervento ben più traumatico, sia fisicamente che psicologicamente. La

⁵² La prima sentenza in tal senso era quella, già accennata precedentemente, del Tribunale di Cagliari del 22 settembre 2007.

Corte, ha comunque posto dei veri e propri requisiti per la liceità dell'accesso alla PMA ed alla PGD:

- 1) la malattia del genitore deve essere verificata e comportare il pericolo di “rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro”, rispondenti ai “criteri normativi di gravità” già stabiliti dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978”;
- 2) le patologie devono essere “adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata”.

La l. n. 194 del 1978 è diventata così il “metro” per determinare i casi di ammissione alla PGD di coppie fertili. Invece del richiamo all'art. 6 della legge del 1978 e al criterio di gravità da esso presupposto, la Corte avrebbe potuto fare riferimento all'art. 4 della stessa legge, che pure ammette l'aborto per la previsione, nei primi 90 giorni di gravidanza, di anomalie e malformazioni del feto che creino un pericolo serio per la salute della donna⁵³.

La norma individuata dalla Corte richiede che le anomalie del feto siano rilevanti, che siano accertate e che creino un grave pericolo per la salute della donna. È stato più semplice quindi per il giudice costituzionale ricorrere a questa norma per sostenere la necessità del rispetto del criterio di gravità.

Ad oggi lo scenario più comune tra le coppie che accedono alle tecniche riproduttive è quello di soggetti che hanno scoperto di essere portatori della malattia genetica o perché hanno già avuto

⁵³ Non è dato sapere se la Corte costituzionale si sia posta il problema di menzionare anche l'art. 4, invece od oltre all'art. 6.

Non tutte le anomalie e malformazioni dell'embrione geneticamente trasmissibili dalla coppia consentono l'accesso alla PMA alle coppie fertili. Probabilmente, rinviare all'art. 4 della l. n. 194 del 1978 sarebbe stato più coerente.

L'art. 4 infatti, regola l'aborto in una fase iniziale della gravidanza, più vicina al momento in cui è svolta la PGD; inoltre, come nel caso delle coppie fertili che si accingono ad intraprendere la ricerca di una gravidanza, ma non sono ancora certe di avere trasmesso la patologia all'embrione, l'art. 4 si riferisce alla “previsione” di anomalie e malformazioni e non richiede il loro accertamento.

aborti dovuti alla presenza della loro malattia o perché hanno già figli che l'hanno ereditata. Il difficile vissuto della coppia, in queste ipotesi, può costituire motivo di preoccupazione e malessere della donna immediatamente valutabile dal medico.

Le malattie diagnosticabili al feto che potrebbero giustificare l'aborto anche dopo i primi 90 giorni si sono ampliate nel tempo ed il loro numero è destinato a crescere⁵⁴; sarà compito del legislatore dare indicazioni più precise sui criteri di scelta delle malattie da ricomprendere in tale previsione, e dovrebbe comunque tenere conto del rilievo che la Corte costituzionale, recentemente e proprio in tema di PMA, ha dato all'importanza, per una reale tutela del diritto salute, dello spazio di discrezionalità del medico, che deve poter adattare la terapia alle esigenze del caso concreto; se invece il legislatore non deciderà di intervenire, insorgeranno altre questioni di costituzionalità, in quanto le coppie fertili escluse dalla PMA e quindi dalla PGD potranno lamentare la stessa lesione di diritti e principi costituzionali delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

3.4 Riflessioni sull'utilizzo delle tecnologie riproduttive. Opinioni a confronto

Il caso dei coniugi Costa e Pavan e le evoluzioni in materia ci impongono delle riflessioni su problematiche attuali ed irrisolte circa la garanzia di diritti tipicamente femminili. Come già riportato precedentemente in questo lavoro, pur essendo vero in casi di PGD (ma anche nella PMA in generale) che i diritti da tutelare sono quelli della coppia, possibile vittima di indebite ingerenze statali dovute a divieti ed "incongruenze" normative, è chiaro come l'esercizio di tali diritti nella sfera delle scelte

⁵⁴ Esempi sono ad ora la fibrosi cistica, la beta talassemia e la sordità congenita.

riproduttive si realizza essenzialmente attraverso l'operatività di trattamenti medici sul corpo della donna.

Gli orientamenti giurisprudenziali riconducendo l'insieme delle tecnologie c.d. riproduttive sotto la sfera del diritto alla "vita privata e familiare" (un diritto non assoluto), tutelato da Convenzioni internazionali e da leggi interne, hanno evidenziato come i criteri di accesso alle tecniche di fecondazione assistita appartengono al terreno della discrezionalità delle autorità statali, e non ad un vero e proprio diritto riproduttivo in quanto tale, di cui le persone possono disporre liberamente⁵⁵.

Il caso sopracitato del 2012 è interessante poiché racchiude le complesse interazioni tra diritto, medicina, etica e progresso scientifico. Per la Corte EDU (adita eccezionalmente ben prima di aver esaurito i ricorsi interni) l'ordinamento italiano non è conforme allo standard di tutela assicurato dalla Convenzione poiché irragionevolmente lesivo del diritto dei ricorrenti di mettere al mondo un bambino non affetto dalla malattia di cui gli stessi sono portatori sani: la scelta di interdire l'impianto dei soli embrioni sani appare infatti ai giudici della Corte contraddittoria rispetto alla possibilità, consentita da altra legge dello stato italiano, di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso in cui il feto risulti affetto dalla stessa patologia.

È da sottolineare come gli obblighi di tutela del diritto alla vita privata e familiare producano, in casi come il nostro, modelli di garanzie complementari: da una parte, l'autonomia privata del singolo (e della coppia) nelle decisioni procreative e, dall'altra, la protezione della dignità e della salute della donna che intenda

⁵⁵ La regolamentazione delle tecnologie riproduttive alla luce dei diritti dell'uomo costituisce da sempre il confronto fra l'approccio europeo e quello statunitense, dove il tema è fortemente dibattuto nell'accademia e nella società civile, ed investe essenzialmente i limiti del diritto costituzionale alla *procreative liberty*.

accedere alle *best chances* offerte dalle tecnologie mediche. Ponendo la protezione della donna, quale punto centrale della questione, le garanzie richiamate dalla sentenza di Strasburgo sarebbero da ricondurre alla categoria dei c.d. “diritti riproduttivi”⁵⁶, comprensiva di diritti e libertà riconosciuti da norme vincolanti del diritto internazionale dei diritti umani, e da atti di *soft law*⁵⁷, fra i quali sarebbero altresì ricompresi l’autodeterminazione e la salute riproduttiva della donna, i diritti all’educazione e all’informazione, nonché i principi di uguaglianza e non discriminazione ed il diritto a beneficiare dei progressi scientifici nel campo della riproduzione umana.

Il tutto rimanda così alla denuncia di una contraddizione interna insuperabile nei termini di una effettiva tutela dei diritti *ex art. 8*: da una parte il divieto della PGD, e dall’altra la liceità di un possibile ricorso all’aborto terapeutico. Questo stato di cose si ripercuote negativamente non solo sui diritti familiari e parentali dei potenziali genitori, ma ancor prima e soprattutto sulla salute della donna, come sulla sua capacità e libertà di autodeterminarsi in fatto di procreazione e pianificazione della propria vita familiare.

La pretesa discriminazione sofferta dai ricorrenti sull’utilizzo della PGD integrerebbe così su più ampio raggio la violazione del principio di uguaglianza: da una parte, il sistema italiano imporrebbe loro il divieto di accedere, attraverso la diagnosi,

⁵⁶Non esiste una definizione giuridica precisa dei “diritti riproduttivi” nel diritto internazionale. Si ritrovano più spesso riferimenti frammentari alla libertà delle scelte riproduttive.

⁵⁷ Lo *standard* internazionale di protezione dei diritti riproduttivi si è evoluto, come visto più approfonditamente nel primo capitolo di questo lavoro, nel quadro di atti internazionali non vincolanti (es: *Cairo Programme of Action*, adottato nel 1994 dalla Conferenza internazionale sulla popolazione e lo sviluppo; *Beijing Declaration e Platform of Action* della Quarta Conferenza Mondiale sulle donne, 1995 ed altri).

alle informazioni sulla salute riproduttiva disponibile invece per altre categorie di soggetti normativamente legittimati (coppie sterili ed infertili); dall'altra, lo stesso sistema sembra ignorare la disponibilità di accesso alle tecniche di PGD, riconosciuta da buona parte degli altri Stati firmatari della Convenzione stessa, con un conseguente effetto discriminatorio a danno dei soggetti economicamente più deboli.

Singolare sul punto, l'approccio proposto oltreoceano da alcuni giuristi americani, che parlano di "*equality*" quale misura per valutare le leggi in materia di tecnologie riproduttive (chiamate ARTs, *Assisted Reproductive Technologies*).

Il punto cruciale non sarebbe il corretto utilizzo in generale delle tecniche di PMA viste dal lato dell'autonomia riproduttiva, ma ci potrebbe essere un limite al giusto utilizzo delle stesse come questione di uguaglianza riproduttiva. Sulla questione è stato così argomentato: "*gli Stati possono proibire l'utilizzo di particolari tecnologie riproduttive indiscriminate, ma una volta che uno Stato ne permette l'uso in alcuni casi non può proibirne l'uso della stessa tecnologia in altri. Perciò tutte le persone devono avere ugual diritti, anche se nessuno ritiene che l'uso di PMA sia un diritto assoluto*"⁵⁸. Essenziale sarà dunque tutelare la condizione delle categorie di soggetti irragionevolmente esclusi dal ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale e impedirne la discriminazione in tutti i suoi aspetti. Questa teoria non impedirebbe così ai governi di legiferare in merito alla PMA, ma ne circoscriverebbe semplicemente i confini tra ciò che è permesso e ciò che è incostituzionale. Leggi discriminatorie basate sulle qualità dei soggetti risulterebbero

⁵⁸ RADHIKA RAO, *Equal Liberty: Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality*, in George Washington LR, 2007-2008.

coì incostituzionali, mentre quelle riguardanti tecniche differenti sarebbero accettate.

Così, una legge che consente l'accesso alle tecniche riproduttive a persone sposate, ma non a single, o a eterosessuali, ma non ad omosessuali, dovrebbe essere considerata incostituzionale. Tuttavia, se distinguesse semplicemente tra le diverse categorie di tecniche, probabilmente dovrebbe essere giudicata costituzionale. Sempre sulla base di questa previsione, il compito dei tribunali sarebbe quello di garantire che le restrizioni sulla libertà riproduttiva vengano applicate con uguaglianza.

Perché allora prevedere diritti “uguali” ma non assoluti nel terreno della PMA? Il principio della libertà riproduttiva, se vogliamo intenderlo letteralmente (quale diritto assoluto), non ha alcun limite così come è posto; conferisce protezione costituzionale su quasi ogni tecnologia necessaria per la procreazione. Una visione così aperta, tuttavia, potrebbe non riuscire a racchiudere tutte le diverse tecniche riproduttive (come ad esempio la PGD e le possibili conseguenze che potrebbe implicare). Secondo questa previsione, le leggi che limitano la creazione, l'impianto, e la distruzione di embrioni, come quelle che vietano la donazione di gameti e la maternità surrogata, e anche quelle che impediscono la selezione genetica e la clonazione, risulterebbero incostituzionali perché inibiscono l'autonomia riproduttiva.

L'altra previsione, che considera uguali diritti per tutti, permetterebbe di adottare un approccio più modesto sul controllo giurisdizionale in quanto non priverebbe il legislatore del potere di regolamentare sulla PMA ed altre tecniche.

Inoltre il lavoro dei tribunali diminuirebbe, dovendo essi solo vigilare sulle libertà che i legislatori hanno previsto per tutti i soggetti.

Ritornando invece ai casi affrontati in Italia, rispetto all'esordio della legge 40, in cui una *ratio* fortemente garantista nei confronti dell'embrione portava a bilanciamenti contrastanti e spesso difficilmente conciliabili con le esigenze delle coppie, ad oggi siamo arrivati a considerare una sintesi possibile o una *ratio* unitaria della normativa in vigore, che consenta una ragionevole valutazione degli interessi in gioco. La tutela della salute e della autonomia della madre non dovrebbe essere ritenuta in principio come recessiva rispetto a quella dell'embrione, sino a condizionarne le scelte procreative. Le conclusioni della sentenza Costa e Pavan non sono idonee a stravolgere l'originario assetto legislativo interno, ma contribuiscono a mettere in discussione l'idea di un trattamento medico imposto alla donna, indipendentemente dai suoi desideri e dagli effetti prodotti sulla sua salute psico-fisica.

La posizione assunta dalla Corte EDU rappresenta allora un segno verso una possibile regolamentazione giuridica del corpo femminile inteso non tanto come affare o bene pubblico, condizionato da finalità etiche (così come lo è stato nella tradizione storico-giuridica dell'ordinamento italiano e nell'impianto originario della legge n. 40/2004), ma piuttosto, in linea col più maturo dibattito giuridico transnazionale ed internazionale, patrimonio indisponibile e condizione di realizzazione piena dei diritti individuali nello spazio privato.

CAPITOLO IV

QUESTIONI ANCORA APERTE SULLA

PROCREZIONE ARTIFICIALE

4.1 La maternità surrogata. Problemi applicativi in Italia.

Nel contesto delle metodiche di PMA una posizione particolare riveste la maternità surrogata, che rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, richiede la collaborazione di una donna estranea alla coppia, la quale mette a disposizione il proprio utero per condurre la gravidanza e si impegna a consegnare il bambino, una volta nato, alla coppia “committente” che ha manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale. La procedura si presenta come una fattispecie composita, risultante dalla successione e integrazione di due momenti: la fecondazione artificiale e la successiva *locatio ventris*. Diverse, sono le problematiche giuridiche rispetto alle altre tecniche, ecco la ragione per cui la fattispecie tende ad assumere, negli ordinamenti moderni, un’autonoma rilevanza.

Uno dei maggiori problemi ad essa legato, è la “destrutturazione” dell’identità materna, poiché vengono create incertezze circa l’identità della madre vera e propria, quella cioè da prendere in riferimento tra tutte quelle coinvolte nel processo generativo. Nello specifico si discute su quale fattore dovrà avere la prevalenza, se quello naturalistico del parto o quello volontaristico e, in caso di conflitto, soprattutto per quanto riguarda la madre genetica e quella uterina, quale sia quella a cui l’ordinamento debba accordare preferenza.

Nonostante il divieto della suddetta pratica posto dalla legge italiana⁵⁹, sono ancora numerosi i suoi utilizzi nel nostro Paese, anche se nella maggioranza dei casi essa viene portata a termine all'estero.

Ciò pone il giurista di fronte a due tipi di problemi: il primo riguarda la qualificazione civilistica degli accordi di maternità surrogata e la conseguente regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali tra le parti in caso di inadempimento; il secondo (di cui abbiamo trattato nei capitoli precedenti), più delicato e complesso, attiene al profilo dell'attribuzione della maternità legale e dello *status filiationis*.

L'accordo concluso tra le parti, come abbiamo precisato, può essere a titolo oneroso o gratuito; dalla qualificazione di esso, alcune opinioni dottrinali operano una vera e propria distinzione parlando ora di contratto, ora di negozio giuridico (non patrimoniale).

Entrambe le situazioni portano con sé difficoltà applicative enormi nel nostro Paese; di seguito proverò ad analizzarle in funzione di una riflessione sul diritto alla genitorialità anche per quelle coppie che non possono utilizzare altre procedure previste dall'ordinamento (mancando ad esempio per esse i requisiti soggettivi richiesti dalla legge).

La previsione della patrimonialità quale requisito del contratto, così come indicato dall'art. 1321 del c.c., rappresenta forse l'aspetto più controverso in assoluto, e anche i dibattiti dottrinali non hanno portato ad un'unanimità di vedute. Affermare la negozialità dell'accordo avrebbe senso solo predicando la vincolatività degli impegni che sono contemplati al suo interno e dunque l'illiceità di un ripensamento o la sua impossibilità

⁵⁹ Art. 12, comma 6 della legge 40/2004.

giuridica; al contrario se un ripensamento fosse ritenuto sempre possibile si avrebbe un accordo privo di effettività tra le parti e quindi sicuramente non negoziale.

La condizione più temuta dagli ordinamenti che vietano la maternità surrogata, è il fenomeno dello sfruttamento ai danni di donne poco abbienti o in situazioni di estrema povertà, sul quale lo Stato dovrebbe attentamente vigilare e intervenire con strumenti di prevenzione, anche per contrastare la diffusione del c.d. “turismo procreativo” (ossia della condotta di chi si reca all'estero, in Paesi con una legislazione più permissiva, allo scopo di sottoporsi a procedure riproduttive vietate nel proprio Stato).

Altre riflessioni hanno spinto invece ad inquadrare la pratica tra i negozi familiari, e più nello specifico a considerarla quale un negozio familiare “atipico”: infatti, anche nel caso in cui sia pattuito un corrispettivo, l'accordo (sotto il profilo causale) rimane pur sempre destinato a realizzare interessi di natura non patrimoniale, essendo diretto ad assicurare un figlio ad una coppia, con l'ulteriore rinuncia preventiva della madre uterina a qualsivoglia diritto essa possa rivendicare, nei confronti del nato; l'elemento della onerosità della controprestazione eventualmente gravante sulla coppia committente assume un valore secondario rispetto alla primaria volontà di regolare la situazione relativa allo *status filiationis* del bambino (non si potrebbe in questo caso parlare allora di contratto).

Ad esprimersi sulla questione nel nostro Paese, fu per prima la sentenza di un giudice di Monza⁶⁰, che pose in evidenza come il “contratto” di affitto d'utero⁶¹ non si risolvesse nell'impegno

⁶⁰ Trib. Monza, 27 ottobre 1989.

⁶¹ Il caso riguardava una surrogazione di maternità per concepimento e gestazione di tipo oneroso. Nella coppia committente risultava il marito il genitore biologico.

assunto dalla madre surrogata circa la messa a disposizione di una parte del proprio corpo, ma avesse come momento fondamentale la consegna del bambino e la rinuncia al riconoscimento del rapporto di filiazione. Se tuttavia, si considerasse la funzione economico-sociale lecita, almeno sotto l'aspetto finalistico (senza cioè la previsione di un corrispettivo), il contratto andrebbe comunque sia considerato nullo per mancanza nell'oggetto dei requisiti di possibilità e liceità (artt. 1418, co. 2 e 1346 del c.c.). In conclusione, il contratto di maternità surrogata sarebbe nullo, e quindi improduttivo di effetti, per impossibilità e illiceità dell'oggetto, vertendo su "cose" (parti del corpo e nascituro) che non possono essere considerate dei beni in senso giuridico, e su diritti indisponibili. Nelle ipotesi nelle quali sia previsto un corrispettivo, inoltre, la nullità sarà determinata anche dall'illiceità della causa (art. 1343 c.c.) e, nel caso in cui il contratto sia diretto ad eludere le norme sull'adozione, sarà altresì nullo perché in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

Qualche anno più tardi, un'innovativa pronuncia del Tribunale di Roma⁶², considerata la mancanza di corrispettività nel caso di specie, concluse per la piena validità ed efficacia del negozio di maternità surrogata. Questo poiché fu valutato come decisivo l'intento delle parti, il quale scopo secondo il giudice era di realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), individuabile nel "diritto alla procreazione", cui si ricollegava un diritto costituzionalmente garantito quale quello di manifestazione e svolgimento della personalità.

⁶² Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000.

Il divieto introdotto all'art.12, comma 6 della legge 40/2004, ha infine precisato la posizione assunta dal nostro ordinamento, sanzionandone penalmente tutte le ipotesi. Già il codice civile a riguardo nel collegare la maternità al fatto storico del parto (art. 269, comma 3) aveva chiarito che non era possibile attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito.

Possiamo quindi affermare che la sanzione civilistica della nullità negoziale, ad oggi, colpisce tutti gli accordi di maternità surrogata, tanto quelli gratuiti quanto quelli onerosi. Ne consegue che l'accordo in quanto tale non è idoneo a costituire alcun vincolo obbligatorio tra le parti, potendo esse recedere liberamente e in qualsiasi momento dagli impegni assunti, senza il rischio di incorrere in responsabilità *ex contractu*.

Già come si era riscontrato prima della caduta del divieto di fecondazione eterologa in Italia, così anche per la maternità surrogata, il limite posto dall'ordinamento giuridico nazionale alle richieste di genitorialità dei propri cittadini non risulta efficace, stante la possibilità di poter comunque eseguire la tecnica fuori dei propri confini. E poiché non esiste ad oggi un limite di ordine pubblico della filiazione universalmente condiviso le possibilità del turismo procreativo sono enormi.

Coppie eterosessuali, omosessuali o donne e uomini single si recano in Paesi come la California, il Regno Unito, la Thailandia o l'Ucraina per commissionare a donne del luogo la nascita di un bambino, ottenendo in quell'ordinamento l'applicazione di una pratica che secondo la propria legge nazionale non sarebbe ammissibile. Una volta tornati nel proprio Paese, l'attribuzione della genitorialità non sempre è di facile soluzione. Come reagiscono i giudici a queste situazioni?

Proprio la tutela dell'interesse del nato da madre surrogata è il punto centrale che ha condotto la CEDU, con due sentenze, a condannare la Francia per non avere riconosciuto il rapporto di filiazione legalmente instauratosi negli Stati Uniti tra due coppie (entrambe eterosessuali, francesi e residenti in Francia, di cui i due mariti erano stati entrambi donatori dei gameti maschili necessari per la procreazione) e le rispettive figlie (le due gemelle Mennesson e la piccola Labassee) nate da due gravidanze per conto d'altri⁶³. La Corte europea ha ritenuto che fosse stato violato il diritto delle minori al rispetto della loro vita privata⁶⁴.

In Italia, una sentenza di poco successiva a quella della Corte EDU, è stata emessa dalla Cassazione riguardo al rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto di nascita di un bambino concepito in Ucraina mediante una maternità surrogata non rispettosa della normativa di quel Paese perché mancante dell'apporto genetico di almeno uno dei due genitori "committenti"⁶⁵. La Cassazione ha ritenuto l'atto di stato civile ucraino contrario all'ordine pubblico italiano, sia in considerazione dell'intollerabilità della violazione della dignità umana della gestante, sia per quanto riguarda la violazione delle norme sull'adozione, poiché è solo a tale istituto (e non ad un accordo fra le parti) che il nostro ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato.

⁶³ CEDU, 26.6.2014, ric. 65192/11 e ric. 65941/11.

⁶⁴ Prima di ricorrere alla Corte di Strasburgo, le tre bambine avevano vissuto in Francia con i loro genitori "committenti" per molti anni senza godere dello stato civile di filiazione corrispondente alla loro vita familiare effettiva e senza che venisse riconosciuta loro la cittadinanza francese.

⁶⁵ Sent. Cass. n. 24001 dell'11/1/2014. Nella vicenda la coppia di coniugi non aveva apportato alcun materiale biologico nell'accordo di maternità surrogata, ed anzi erano entrambi sterili. La legge ucraina prevede che almeno il 50% del patrimonio genetico provenga dalla coppia committente, quindi il contratto di surrogazione instauratosi era da ritenersi nullo.

L'esito della sentenza, ha portato all'allontanamento del minore da quella che per tre anni era stata la propria famiglia; le conseguenze prodotte sulla vita di quella famiglia ed in particolare, del minore impongono che la questione sia al più presto esaminata e risolta dal legislatore italiano, anche se il terreno di confronto è per varie ragioni, dei più difficili.

A pochi mesi da questa vicenda, un'altra sentenza⁶⁶ è risultata innovativa per la sua portata, seguendo un percorso argomentativo nuovo che tenesse conto dei principi affermati dalla CEDU sul punto. In particolare, il Tribunale di Varese ha ritenuto ininfluenza il metodo di concepimento del nato quale presupposto per il riconoscimento della maternità e della paternità. Il reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.) è stato ritenuto un falso innocuo, ponendo in tal modo una sostanziale elusione dell'antigiuridicità del fatto.

Le suddette sentenze sono per noi una base ideale per cercare di capire fino a che punto può spingersi la volontà di essere genitori e quali soluzioni possono cercare gli ordinamenti per arginare abusi e sfruttamenti incontrollati delle persone e della loro dignità.

Ad oggi il soggetto che ricorre a metodi di fecondazione diversi da quelli consentiti e disciplinati dalla legge nazionale non si vedrà così disconoscere immediatamente il proprio rapporto genitoriale, poiché questo costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del figlio. Sul punto è opportuno considerare l'esistenza, oppure la mancanza, di una vita familiare già consolidata nel momento in cui viene richiesto il

⁶⁶ Trib. Varese, GUP 8.10.2014.

riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione, ma ciò non è detto che sia sufficiente.

Nei casi francesi sopra richiamati, i bambini vivevano da circa dieci anni nella famiglia dei genitori “committenti”. A fronte di una vita familiare ormai consolidatasi, l’impedimento alla costituzione dello stato di filiazione, giuridicamente già costituitosi all’estero, secondo la Corte non poteva risultare giustificato. Nella tardività dell’intervento, e visto il già instaurato legame familiare con la coppia, anche nel caso seguito dalla Cassazione sopra citato, dovrebbe essere tenuto conto del principio fondamentale in base al quale quando c’è in gioco un minore, il suo interesse superiore deve prevalere, anche se questo integra fattispecie vietate sia nel nostro Paese che in altri.

“L’allontanamento del minore dal suo contesto familiare è una misura estrema, che dovrebbe rispondere allo scopo di proteggere il minore da un pericolo immediato per lui stesso”. Queste le motivazioni che ha addotto la Corte EDU in una recente sentenza⁶⁷, dove il “pericolo” era stato rinvenuto in riferimento all’ordine pubblico nazionale, che non può intendersi in senso assoluto tale da giustificare qualsiasi misura (l’allontanamento del minore dalla sua famiglia è un fatto gravissimo che inciderà in negativo sulla sua salute e sviluppo futuri); nel caso tuttavia, pur sanzionando l’Italia per l’allontanamento del minore dai genitori committenti, la Corte ha tenuto ulteriormente conto del nuovo legame affettivo che il minore aveva sviluppato con la nuova famiglia di accoglienza.

⁶⁷ Sent. della Corte EDU del 27.1.2015, ric. 25358/12. Secondo la Corte le autorità italiane nel procedere all’allontanamento e all’affidamento ai servizi sociali del minore, non avevano preservato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, e perciò vi era stata una violazione dell’art. 8 della Convenzione.

L'accertamento della violazione non ha comunque comportato un obbligo per lo Stato di reinserimento del minore presso gli interessati.

Fino a quando però possiamo affermare di poter perseguire il meglio nell'interesse del minore?

Nel caso della maternità surrogata risulta ancor più opportuno giungere alla costruzione di un sistema convenzionale di cooperazione interstatale che non obblighi gli Stati né ad introdurre né ad eliminare dal proprio ordinamento la maternità surrogata, ma che realizzi una tutela più efficace delle persone coinvolte. Potrebbero essere previsti sistemi di garanzia contro la commercializzazione della gestazione e procedure di accreditamento degli enti operanti nel settore in quei Paesi che ammettono la pratica; potrebbe inoltre essere previsto l'impegno dei Paesi che ammettono la maternità surrogata a consentirne l'accesso a cittadini stranieri solo con una garanzia della riconoscibilità della stessa nel Paese di provenienza.

Come già ricordato, Stati a noi vicini culturalmente, disciplinano la pratica a titolo gratuito. Questo requisito resta un punto delicatissimo, soprattutto riguardo alla sua effettività. Ecco alcuni esempi:

- Canada: vi sono agenzie specializzate in grado di seguire tutta la procedura. Esistono centri clinici *ad hoc* per eventuali donatori di sperma o di ovuli (preferibilmente diversi dalla madre surrogata). Le agenzie si curano della stesura dei contratti che le legano ai genitori committenti (contratto di mandato), alla portatrice ed eventualmente ai donatori. La scelta delle donne ricade su quelle che hanno già avuto dei figli e possono accedervi sia coppie

eterosessuali che omosessuali. Il compenso è qui espressamente vietato.

- Regno Unito: la maternità surrogata è vietata ai *single*. Dopo la nascita il bambino è adottato dalla coppia committente; anche qui non è previsto alcun compenso.
- Stati Uniti: la situazione cambia da uno Stato all'altro. In alcuni è consentita solo in forma "altruistica", in altri anche dietro compenso. Esistono agenzie specializzate che seguono le coppie e le gestanti e diverse norme che tutelano le donne più povere. Il ricorso all'utero in affitto è consentito a tutti: *single*, coppie eterosessuali e omosessuali.
- Grecia: dalla maternità surrogata sono escluse le coppie *gay* e viene concessa solo nei casi in cui l'aspirante mamma non possa portare avanti la gravidanza. Gestante e genitori committenti devono risiedere in Grecia e la gestante riceve solo un rimborso spese.
- Belgio, Paesi Bassi e Danimarca: qui la pratica è consentita, ma deve esserci un legame biologico fra il bambino ed i genitori committenti.

In conclusione, per avere un'effettiva garanzia di gratuità occorrerebbe eliminare gli accordi tra i privati (gestante, committenti, intermediari) e stabilire l'anonimato tra le parti almeno sino al momento dell'esecuzione della prestazione. La disponibilità delle gestanti andrebbe inoltre preventivamente valutata da un'autorità amministrativa-sanitaria responsabile del successivo abbinamento tra i soggetti coinvolti nella pratica, in modo da evitare condizionamenti basati sull'eccessiva disparità di reddito che incidano sui fini altruistici della pratica.

4.2 Il diritto del *single* a procreare artificialmente.

Se possiamo a questo punto ritenere accettata l'esistenza di una libertà di procreazione, che assume i caratteri di non interferenza nelle decisioni personali e nella loro realizzazione, non altrettanto possiamo affermare dell'ancora controversa esistenza di un vero e proprio diritto a procreare, che si configura come diritto di ciascuno ad avere una propria discendenza geneticamente collegata. Questo poiché in parte per tale diritto sarebbe correlato un corrispettivo dovere di realizzazione effettiva da parte dei privati e delle istituzioni pubbliche.

In un quadro così delineato, la volontà del *single* di accedere alle tecniche di PMA, non trova un riconoscimento normativo, stante la necessità della presenza di una "coppia" per l'accesso alle tecniche, come già menzionato precedentemente.

La limitazione soggettiva suscita perplessità in quanti negano che la doppia figura genitoriale costituisca un bene di rango costituzionale; nello specifico è contestata la legittimità di impedire alla donna *single* comportamenti che in natura non incontrano né ostacoli né sanzioni⁶⁸.

La negazione della dignità costituzionale del bene considerato, trova sostegno anche per il fatto che l'ordinamento non garantisce al minore una famiglia ideale ed astratta, ma interviene a tutelare la famiglia reale di questi ovvero quella che gli ha dato la vita a prescindere dall'organizzazione e dal numero dei componenti.

Nel caso dell'adozione in casi particolari (art. 44 legge n. 184/1983), il criterio dell'*imitatio naturae*, viene attenuato in considerazione di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta alla valutazione del giudice. In

⁶⁸ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, 1999.

questi casi, l'adozione da parte del *single* è giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore (come vedremo nel paragrafo seguente, possiamo estendere la previsione anche alle coppie omosessuali).

Nel campo della PMA la questione dell'interesse del minore alla doppia genitorialità assume caratteristiche particolari, poiché non è semplice individuare e dare concretezza all'interesse di un figlio solo "progettato", che potrà nascere solo dopo un lungo processo riproduttivo. Il richiamo all'interesse del minore/nascituro ad una famiglia stabile, formata da due genitori, può allora solo valere come un criterio astratto, che prescinde da una preventiva possibile valutazione sulle capacità degli aspiranti genitori, proprio come avviene nella procreazione naturale⁶⁹.

Tramite un'ipotesi di questo tipo si può allora condividere la posizione presa dal nostro legislatore (in relazione ai requisiti soggettivi della legge 40/2004), e cioè che è preferibile nel contesto della PMA per la migliore formazione della personalità del figlio avere due genitori piuttosto che uno.

Sulla base di quanto affermato, occorre essere consapevoli che non si tratta solo di valutare astrattamente il miglior interesse del minore, ma anche i concreti modelli familiari attualmente presenti nel nostro Paese. La famiglia fondata sul matrimonio e tutelata dalla nostra Costituzione all'art. 29 è sicuramente

⁶⁹ P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in Nuov. giur. civ. comm., 1997, pag. 80 e ss. L'autore qui fa alcune osservazioni molto interessanti: «Può essere ragionevole affermare, in sede di procreazione artificiale che "è meglio" per un nascituro avere due genitori che averne uno; purché non si entri nell'esame delle concrete qualità dei genitori richiedenti: perché in tal caso, l'interesse del nascituro sarebbe, ad esempio, di non nascere da uno psicotico, e meno ancora da due; forse, di non nascere affatto. Ragion per cui non ammettere la donna valida, sola, alla procreazione, ma ammettere due individui senza farne la minima valutazione ha senso non per il migliore interesse del minore, ma per un presunto "principio" secondo cui la coppia è il modello della genitorialità».

privilegiata dall'ordinamento ed è quella con le garanzie maggiori concesse ai suoi componenti; non rispecchia, però, l'unico modello presente nel panorama della società italiana, e di questo giudici e legislatori dovranno tenere conto.

4.3 Può l'omosessualità costituire un limite alla genitorialità?

Il cammino intrapreso sia dai legislatori, che dalla giurisprudenza dell'Unione Europea è sempre più orientato verso il riconoscimento di principi generali fra i quali la pari dignità sociale, l'eguaglianza di fronte alla legge ed il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; quello che ancora risulta difficile accettare è trovare un riconoscimento per le questioni riguardanti la filiazione delle persone omosessuali, anche se questa è già una realtà notevolmente diffusa e sempre più in espansione sia in Italia che in altre realtà a noi vicine.

L'unico modo in cui il diritto potrà ostacolare questo fenomeno è allontanare forzatamente i bambini dai loro genitori, cosa che di fatto non è fortunatamente possibile. Queste famiglie possono essere: famiglie ricostituite (con genitori con figli avuti precedentemente in una relazione eterosessuale); famiglie con figli adottati almeno da un partner; altre volte sono l'esito di una PMA effettuata in Paesi dove la pratica è consentita a coppie omosessuali o a donne *single*; altre volte ancora sono il frutto di un accordo che coinvolge più di una persona, di sesso diverso.

Ci sono quindi molti modi con cui queste coppie senza passare per la PMA della legge italiana, possono raggiungere la genitorialità. La questione che si pone al diritto è decidere se favorire questa genitorialità, definendo delle regole che consentano di risolvere in modo chiaro gli eventuali conflitti che

potrebbero sorgere in un evento patologico, affrontare le casistiche solo in sede giudiziale, oppure ostacolarla. Di questa ultima posizione ecco alcuni argomenti portati da chi è contrario ad un'apertura dell'ordinamento verso queste tipologie di genitorialità⁷⁰:

- il primo, si basa sul “valore simbolico negativo” di accedere alla genitorialità per coppie omosessuali (accesso ad adozioni e PMA); come per le unioni civili, si afferma che il legislatore darebbe la propria approvazione ad una realtà di fatto.

- tutelare il minore dall'esposizione a modelli negativi. L'assunto di base qui è che la condotta omosessuale non sia idonea per il minore e contraria alla funzione della famiglia.

- il terzo argomento si basa sulle condizioni familiari favorevoli ad un sano sviluppo psicofisico.

- l'ultimo affermerebbe che la società non è ancora pronta a recepire simili schemi genitoriali.

I primi due argomenti presuppongono un giudizio negativo sull'omosessualità, inquadrata come avente un valore inferiore rispetto l'eterosessualità. Ritengono che la famiglia naturale sia basata sull'unione di un uomo e di una donna, in quanto potenzialmente idonei a procreare figli.

Il valore negativo attribuito alla condotta omosessuale ed il fatto che il minore sia esposto a “modelli negativi” sono confutabili per il fatto che una legge che prevede un modello alternativo di famiglia, accanto alle unioni matrimoniali esiste già ad oggi (unioni civili). Esso quindi rappresenta non un modello

⁷⁰ Spunti e riflessioni tratte dalla Conferenza “*Coppie omosessuali: procreazione e genitorialità*”, dell'Università Vita-Salute San Raffaele, Milano, il 4/12/13. Con relatori: professore Nicola Riva, Università degli studi di Milano e professoressa Marilisa D'amico, Università degli Studi di Milano.

negativo, ma semplicemente un modello. Dare regole su una materia non significa promuovere quel valore, ma consentire ai cittadini di vivere in una società dove poter fare le proprie scelte.

Sul terzo argomento: come possiamo definire sano uno sviluppo? Molte ricerche sostengono che non ci sono sostanziali differenze tra gli obiettivi raggiunti nel processo educativo tra bambini cresciuti da coppie omosessuali piuttosto che da coppie eterosessuali in condizioni analoghe (famiglia unita, benessere economico simile ed altro...).

L'ultimo argomento identifica infine l'omofobia, ma fa ricadere le conseguenze negative direttamente sulla coppia, imponendo loro di rinunciare al progetto di genitorialità, e forse cercando un risultato che si può definire di "comodo".

Con il ddl Cirinnà da poco entrato in vigore in Italia, si è cercato di fare un primo passo verso il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso, ma non è stata introdotta nessuna previsione in favore delle adozioni del figlio del partner (*stepchild adoption*), come da molti auspicato.

I giudici tuttavia non sono rimasti inerti, ed anzi, una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione⁷¹, ha confermato la validità della *stepchild adoption* per le coppie omosessuali (si tratta della prima adozione coparentale riconosciuta da questa Corte). La Corte si è soffermata in particolare sull'art. 44, comma 1 lett. d, della legge 184 del 1983, indicando una lettura corretta della norma alla luce dei

⁷¹ Corte Cassaz. Sent. del 22 giugno 2016, n. 12962. Nel caso due donne romane si erano sposate in Spagna. Una delle due, tramite PMA (eseguita in Spagna) aveva dato alla luce una bambina, che oggi ha sei anni. Nell'agosto 2014, la sentenza primo grado aveva riconosciuto per la prima volta in Italia la *stepchild adoption*; la sentenza è stata quindi confermata dalla Corte d'Appello, ma la procura generale aveva fatto ricorso in Cassazione.

dubbi formulati dal Pubblico Ministero, orientato verso un'interpretazione troppo restrittiva circa la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”. Nel confermare l'adozione della coppia, oltre ad affermare che questa *«non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto da un giudice»*, è stato precisato inoltre che questa adozione *«prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore»*. I due modelli di adozione, previsti nel nostro ordinamento: “legittimante”, fondata sulla condizione di abbandono e “non legittimante”, sono caratterizzate da requisiti molto diversi. Nel secondo caso, nello specifico quello in esame della Corte (lettera d), si distingue per un grado di determinazione inferiore agli altri in casi particolari. Decisivo per la soluzione della vicenda è stata appunto la constatazione che la minore visse già da tempo in una famiglia che si prendeva cura di lei e che già considerava entrambe le donne come proprie madri.

Sul versante europeo nel 2013, anche la Corte di Strasburgo⁷², riconoscendo l'adozione coparentale ha condannato l'Austria per la violazione del principio di non discriminazione art. 14 della Convenzione, applicando la stessa una legge, non adeguatamente motivata e convincente, che creava una disparità di regime tra coppie omosessuali ed eterosessuali in tema di adozione.

⁷² Caso *X e altri contro Austria*, ricorso n. 19010 del 2007.

Negli anni, il consenso degli Stati aderenti alla CEDU all'adozione legittimante ed a quella coparentale è notevolmente cresciuto. Da tempo va infatti affermandosi, pur non senza contrasti, il principio secondo il quale l'omosessualità del genitore non lo rende inidoneo ad educare ed allevare dei figli. Un'ampia letteratura, prevalentemente straniera⁷³ (soprattutto in Stati dove i diritti per le coppie omosessuali sono stati riconosciuti da più tempo), dimostra come la genitorialità omosessuale non sia di per sé disfunzionale e come il benessere dei bambini non sia collegato al genere dei genitori, ma piuttosto alla qualità della relazione tra i *partner* e della serenità nella famiglia; oltre a questo essenziale sarà poi anche l'inserimento e l'accettazione sociale della famiglia nella comunità. L'orientamento sessuale dei genitori può essere considerato come una variabile significativa ma di per sé non negativa nel modo di essere della futura famiglia dei figli.

La c.d. *stepchild adoption*, non costituisce una novità nel panorama giuridico attuale, sebbene qui estenda oltre alla qualità di coniuge, anche quella della coppia unita civilmente⁷⁴.

⁷³ L'*American Psychoanalytic Association* (Aps) sostiene: «È nell'interesse del bambino sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti, capaci di cure e di responsabilità educative. La valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto all'orientamento sessuale». (www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf).

Il 20 marzo 2013 l'*American Academy of Pediatrics* (Aap) ha pubblicato un importante documento in cui, oltre a ribadire le conclusioni della ricerca dell'Apa del 2006, afferma che: «nonostante le disparità di trattamento economico e legale e la stigmatizzazione sociale», trent'anni di ricerche documentano che l'essere cresciuti da genitori lesbiche e gay non danneggia la salute psicologica dei figli e che «il benessere dei bambini è influenzato dalla qualità delle relazioni con i genitori, dal senso di sicurezza e competenza di questi e dalla presenza di un sostegno sociale ed economico alle famiglie».

⁷⁴ L'art. 5 del ddl Cirinnà chiedeva di intervenire sull'art. 44 della legge n. 184/1983 che regola in Italia le adozioni, aggiungendo alla parola «coniuge» la frase «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Nell'impianto originario della legge non si tendeva ad introdurre l'adozione per le coppie omosessuali ma a legittimare la *stepchild adoption* per qualsiasi tipo di unione tra i «casi speciali». Fatto che tuttavia, attraverso il ricorso ai tribunali, già si verifica e di fatto è già accaduto.

L'istituto esiste in Italia dal 1983 (legge 184/1983⁷⁵) e permette l'adozione del figlio del coniuge, con il consenso dell'altro genitore, solo se l'adozione corrisponde all'interesse del figlio, che deve dare il consenso (se maggiore di 14 anni) o comunque esprimere la sua opinione, se ha più di 12 anni (se ha una età inferiore, deve essere sentito, in considerazione della sua capacità di discernimento)⁷⁶. L'adozione non è automatica ma viene disposta dal Tribunale per i minorenni dopo un'attenta verifica sull'idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare di chi richiede l'adozione.

L'inserimento di questa adozione particolare nel ddl Cirinnà costituiva probabilmente una richiesta di stabilità per situazioni di fatto prevalentemente risolte già dai Tribunali⁷⁷, ma con percorsi più lunghi e complessi. Gli schieramenti politici non sono riusciti a fare chiarezza e trovare accordi soddisfacenti che coinvolgessero una più larga maggioranza, quindi il quadro normativo ad oggi è rimasto invariato.

La legge sulle unioni civili contiene inoltre una clausola secondo cui «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»: una clausola che, malgrado la sua genericità, lascia ai giudici il compito di stabilire, caso per caso, che cosa è consentito dalle leggi attuali (già da tempo

⁷⁵ (Adozione in casi particolari) Art.44, b) i minori possono essere adottati dal coniuge, nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge.

⁷⁶ Il legale rappresentante del figlio infraquattordicenne, andrà in ogni caso sentito, prima di disporre l'adozione.

⁷⁷ Casistiche risolte perlopiù applicando l'art. 44, lettera a, c, d legge 183/84.

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre (persona handicappata); d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.

comunque, la maggior parte delle sentenze sull'argomento, si erano espresse in favore della *stepchild adoption* e l'ultima conferma di questa tendenza ci arriva anche dalla Corte di Cassazione di poche settimane fa).

In conclusione, possiamo notare una sostanziale differenza di atteggiamento nel considerare la posizione degli omosessuali già divenuti genitori, rispetto a quella di coloro che genitori non lo sono ancora ma vorrebbero diventarlo con l'adozione di un minore oppure mediante tecniche di PMA.

Sul secondo dei due profili richiamati, una possibile apertura verso l'accesso alle coppie omosessuali potrebbe essere costituita dall'intervenuta dichiarazione d'incostituzionalità del divieto di PMA di tipo eterologo (sent. n. 162/2014 Corte cost.). L'impossibilità di avvalersi di tecniche di PMA per le coppie omosessuali derivava in via automatica dalla delimitazione delle pratiche ammesse alle sole tecniche di tipo omologo. L'utilizzo dei gameti maschile e femminile dei componenti la coppia costituiva infatti un ostacolo aggiuntivo alle limitazioni soggettive presenti all'art.5 della legge 40/2004.

Consentendo la PMA eterologa si è probabilmente contribuito ad avvicinare la situazione della coppia omosessuale a quella della coppia eterosessuale assolutamente sterile o infertile. Entrambe sono titolari del diritto alla vita familiare e sono accomunate da un'impossibilità procreativa sebbene di tipo diverso, naturale nel primo caso, patologica nel secondo.

Resta comunque attuale, almeno fino a nuovi interventi sulla legge 40/2004, l'impossibilità di accesso alle tecniche artificiali per queste coppie, considerando ulteriormente il fatto che la *ratio* originaria della legge prevede l'accesso alla stessa come rimedio curativo e non come strumento per la realizzazione del

diritto alla genitorialità: partendo dal presupposto che l'omosessualità non è una malattia ma una libera espressione della propria sessualità, finché non ci sarà una revisione completa della stessa legge, forse poco potrà cambiare.

In un ordinamento che fatica ad affidare un minore ad una coppia omosessuale e che tace ancora sulla possibilità di allargare alla stessa istituti quali l'adozione e l'accesso alle tecniche di PMA, il primo passo dovrebbe essere rivolto ad affrontare le questioni anche dal punto di vista del minore, a cui dovrebbe riconoscersi sempre la priorità nel bilanciamento degli interessi contrapposti e chiedersi se tutte queste problematiche siano nel suo interesse o nell'interesse di chi le affronta da un punto di vista metagiuridico.

CAPITOLO V

I CASI GIURISPRUDENZIALI ED

ALCUNE RIFLESSIONI A MARGINE

5.1 Il caso dello “scambio di embrioni”. “Quali e quante genitorialità per un minore?”

Il noto caso di cronaca riportato dai mezzi di comunicazione ed arrivato fino alle aule dei tribunali per la drammaticità della vicenda, ha suscitato vivaci dibattiti in merito all’attribuzione della genitorialità. La casistica racchiude una pluralità di situazioni che normalmente non si accosterebbero tra loro, ed ecco perché, anche in dottrina, si sono avute perplessità sul risultato della sentenza del giudice romano. In breve qui di seguito la vicenda giurisprudenziale, per poi poter trarre alcune riflessioni.

L’ordinanza del Tribunale di Roma dell’8 agosto 2014, rappresenta una vicenda con pochi precedenti, che vede come protagoniste due coppie coniugate che avevano avviato (quasi contemporaneamente) presso l’ospedale Pertini di Roma due distinte procedure di PMA di tipo omologo, mediante la creazione di embrioni *in vitro*. A causa di un errore umano gli embrioni di una coppia sono stati impiantati nell’utero della donna dell’altra e viceversa, ed uno solo degli impianti è andato a buon fine, con la nascita di due gemelli.

Si è posto dunque il problema di identificare i genitori dei bambini: la coppia di genitori genetici o la coppia biologica?

La vicenda è stata immediatamente portata all’attenzione del Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), che si è espresso l’11

luglio 2014⁷⁸, senza prendere alcuna posizione sui criteri etici e biogiuridici che dovevano servire per risolvere l'interrogativo nell'immediato; dal testo comunque si colgono diverse raccomandazioni, soprattutto a riguardo dell'interesse dei nati. Ecco alcuni punti fermi:

- a) necessità che i minori abbiano «diritto ad avere due figure genitoriali certe» di riferimento;
- b) che ogni futura vicenda causata da scambio di embrioni, una volta scoperta, debba essere affrontata in tempi rapidi;
- c) al fine della tutela degli interessi dei minori che nascono in queste situazioni, il Comitato esprime l'auspicio che, fermo restando la necessità di due figure genitoriali di riferimento, non sia completamente escluso dalla vita dei nati un rapporto con l'altra coppia;
- d) fra i diritti del minore, vi è anche quello di conoscere le proprie origini, attraverso criteri appropriati e con l'ausilio di una consulenza psicologica qualificata, qualora se ne ravvisi la necessità e permane, comunque, un «ulteriore e irrinunciabile interesse delle coppie di conoscere l'errore»;

Ritornando al procedimento, per il giudice la fattispecie non è ricompresa in quelle tipizzate dalla legge e potrebbe solo essere classificata come un'ipotesi di “eterologa da errore” o una “maternità surrogata da errore”. Tre sono le argomentazioni principali che si ricavano dalla sentenza:

- il concetto di famiglia appare sempre più sganciato dal legame genetico ed è sempre più condizionato dal mondo degli affetti e dal vissuto della persona cresciuta ed accolta all'interno della stessa;

⁷⁸ La Regione Lazio chiese in data 6 maggio 2014 al CNB di formulare un parere sulla questione. Il testo integrale della risposta è reperibile sul sito istituzionale del CNB, di cui qui ho scritto alcuni punti (www.governo.it/bioetica/pareri.html).

- la riforma della filiazione ha mantenuto il principio secondo il quale è il parto che determina la maternità naturale (art. 269, comma 3, e 231 del c.c., secondo cui madre è chi partorisce e il marito è padre del figlio);
- essendo il figlio già nato, il migliore interesse del minore è continuare ad essere cresciuto dalla coppia che lo ha accolto come figlio dalla gestazione ai primi momenti della nascita, evitando il successivo traumatico distacco.

La “genitorialità biologica” è stata quindi ritenuta prevalente rispetto a quella genetica. Ai genitori genetici⁷⁹, è stata riconosciuta una tutela solo di tipo risarcitorio, a fronte della mancata realizzazione del diritto alla procreazione ed a formare una famiglia.

5.1.1 Le questioni in diritto

La sentenza del tribunale di Roma ha dato l’inizio a riflessioni di carattere più generale. Il progresso della scienza non può stravolgere completamente i rapporti genitori-figli ed ecco che allora è necessario fissare dei punti fermi cui appellarsi nel momento in cui ci troviamo di fronte a casistiche che vanno aldilà anche della nostra immaginazione.

Qui di seguito esaminerò i punti cruciali della sentenza. Tramite un’analisi di questo tipo sarà così possibile arrivare alla regola

⁷⁹ La coppia di “genitori genetici” ha rivendicato il proprio diritto ad essere riconosciuta quale coppia genitoriale dei bambini, tramite ricorso proposto davanti al Tribunale di Roma ai sensi dell’art. 700 c.p.c., dove hanno chiesto che fosse ordinato al Ministero dell’interno di diffidare tutti gli ufficiali dello stato civile presso le anagrafi italiane dal formare l’atto di nascita dei due gemelli indicando quali genitori la partoriente e il marito di quest’ultima, essendo tale indicazione in contrasto con le risultanze genetiche. Richiedevano inoltre, la consegna dei neonati o, in via subordinata, che fosse disposta in loro favore la facoltà di visita e di frequentazione idonea a garantire, nell’immediatezza, l’instaurazione con gli stessi di un rapporto significativo. La nascita dei gemelli, avvenuta nel frattempo, ha indotto i ricorrenti a modificare la domanda, come vedremo nel testo sopra.

cardine che governa il regime della filiazione e su cui condurrò delle mie personali riflessioni anche nelle conclusioni al lavoro.

Punti fondamentali:

- *l'identificazione della fattispecie;*

La procedura del caso di specie non è riconducibile ad una “tradizionale” eterologa, mancando la volontà iniziale di sottoporsi a tale tecnica, il preventivo consenso informato sulla stessa e la qualifica di “donatori” e delle regole che li riguardano; se seguissimo solamente le previsioni indicate dalla legge 40/2004, si dovrebbe infatti parlare di donatori a riguardo della coppia genetica: le conseguenze imporrebbero l'applicazione dell'art. 9, secondo cui i donatori non acquisiscono alcuna parentela con il nato (rinunciando alla genitorialità) ed il marito della partoriente non potrebbe operare l'azione di disconoscimento della paternità una volta prestato il consenso alla tecnica.

Neppure può ritenersi una concreta ipotesi di maternità surrogata (vietata nel nostro ordinamento, art.12 legge 40/2004), difettando anche qui la volontarietà del comportamento sia della madre genetica, che di quella biologica.

L'errore umano è qui l'elemento che sostituisce e pone dei dubbi su tutte le regole che governano il consenso ed il principio di autoresponsabilità, che fondano una genitorialità basata sulla volontà e non sul dato genetico.

- *La “certezza” data dall'ordinamento sulla madre;*

La soluzione al caso non può infatti trovarsi solo nel microsistema della fecondazione artificiale, ma in principi del nostro ordinamento che operano nel diritto della filiazione nel suo complesso, indipendentemente dal modo in cui il rapporto di

filiazione si è instaurato. E così nel codice civile l'art. 269, comma 3 (madre è colei che partorisce), cui fa riferimento il giudice nella sentenza, è da ritenersi applicabile sia a riguardo della maternità naturale, sia di quella artificiale (estendibile quindi anche ai casi di maternità surrogata) per risolvere i conflitti relativi all'attribuzione della genitorialità giuridica.

La gestazione è considerata un fatto importante, momento in cui si forma e sviluppa il rapporto madre-figlio. La sottrazione alla madre gestante dello stesso, risulterebbe quindi dannoso e lesivo degli interessi del minore a mantenere il legame formatosi già nell'utero.

L'art. 269⁸⁰ del c.c. è frutto delle modifiche operate con la Riforma del diritto di famiglia del 1975, quando ancora le tecniche artificiali non erano molto diffuse, ed è stato mantenuto inalterato nei contenuti dalla più recente Riforma della filiazione (legge n. 219/2012). La scelta operata dal legislatore è stata dunque quella di dare certezza operando una scelta di tipo naturalistico, fuori dalle logiche volontaristiche delle nuove tipologie di genitorialità legate alla scienza ed ai suoi progressi. Si è data rilevanza al legame instauratosi nell'utero materno ed alla relazione tra la madre ed il nascituro (da rilevare che solo la madre uterina è immediatamente capace di allattare), in accordo con gli orientamenti della letteratura scientifica.

Anche alla madre genetica è tuttavia riconoscibile un titolo naturale di maternità cui non può negarsi rilevanza giuridica,

⁸⁰ Art. 269 codice civile: Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

La paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso.

La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo.

La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.

La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità.

partecipando anch'essa alla procreazione con l'apporto del proprio patrimonio genetico. Il suo titolo è stato definito residuale sia da parte della dottrina, sia dalla Corte EDU nelle sent. del 2014 (*Affaire Labasse* e *Affaire Menesson c. France*). La madre genetica potrà riconoscere il figlio se la madre uterina non lo abbia riconosciuto, rinunciando alla propria maternità.

Nelle ipotesi dove si è data rilevanza alla maternità genetica invece che in quella biologica⁸¹, si trattava di un contratto che, anche se vietato dall'ordinamento italiano, richiedeva la sussistenza del pieno consenso di tutti i soggetti coinvolti: la madre genetica si era assunta in pieno la responsabilità genitoriale mentre la gestante aveva consegnato i figli alla nascita, rinunciando alle proprie responsabilità (in queste ipotesi, si è arrivati a soluzioni di questo tipo, solo in ragione dell'interesse del minore ad una stabilità familiare; rimane ferma la nullità dei contratti di surroga e le relative conseguenze, se il bambino non è ancora nato). La soluzione invece non è risultata applicabile al caso romano poiché inconciliabile con l'interesse del minore ed il rispetto della dignità della madre gestante, cui la volontà era di assumersi le proprie responsabilità genitoriali.

- *La condizione “dei padri”;*

Una condizione forse più complessa è quella che concerne la situazione del padre genetico e di quello sociale, in relazione all'accettazione o meno della loro genitorialità “frutto dell'errore”; per la madre gestante infatti è sempre concreta la possibilità di un'interruzione della gravidanza per rifiutare una maternità. Entrambi gli uomini potrebbero lamentare una lesione di un proprio diritto, il primo nella sua identità personale,

⁸¹ Es: Corte EDU casi *Menesson e Labasse*, ed in Italia, possiamo fare riferimento ad esempio alla Corte d'appello di Bari, Sezione civile per la famiglia, sent. 13 febbraio 2009.

mentre il secondo che ha dato il consenso solo ad una tecnica di tipo omologo, potrebbe trovare inaccettabile l'essere padre di un figlio con un patrimonio genetico altrui. All'uomo è posto infatti il divieto di disconoscimento di paternità, anche nel caso di eterologa, una volta prestato il proprio consenso (art. 6 e 9 legge 40/2004). Pur affermandosi che non è una tipologia di "eterologa tipica" il Tribunale ha esteso l'applicazione degli artt. anche al caso, ritenendo che il marito della partoriente nel momento in cui ha acconsentito a che la moglie portasse avanti la gravidanza, ha prestato un consenso *ex post*, da ritenere valido ed efficace.

La scelta del padre è stata effettuata anch'essa (come per la madre) con riferimento al codice civile, all'art. 231⁸², dove risulta irrilevante la modalità con la quale si sia raggiunta la paternità. Possiamo quindi affermare che tale disposizione rappresenti un principio generale di accertamento della paternità rispetto alle coppie unite in matrimonio.

- *le azioni del figlio, dei "genitori" e gli "esclusi"*;

Nel caso in esame si poteva ipotizzare l'utilizzo di due tipologie di azione quella prevista all'art. 243 *bis* del c.c.⁸³ (disconoscimento della paternità) oppure all'art. 239 c.c., il reclamo dello stato di figlio. Per entrambe, la condizione di ammissibilità è l'esistenza dell'atto di nascita, sebbene le stesse conducano a due risultati differenti. L'azione di disconoscimento è liberamente esperibile, ha legittimazione limitata (padre, madre, figlio) ed è imprescrittibile per il figlio. Essa è volta a rimuovere lo stato di figlio verso il presunto

⁸² Art. 231 codice civile: Paternità del marito.

Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio.

⁸³ Introdotto *ex novo* con il d.lgs. n. 154 del 2013, in cui è stato abrogato l'art. 235 (Azione di disconoscimento della paternità).

padre, non incidendo in alcun modo sul rapporto di filiazione con la madre. La scelta del legislatore di limitare l'utilizzo dell'azione ai componenti della famiglia basata sul matrimonio, si basa sulla considerazione che situazioni così delicate e difficili, debbano rimanere all'interno di un'intimità familiare.

Per l'azione di contestazione, che è imprescrittibile, non c'è una limitazione soggettiva ed è infatti consentita a chiunque ne abbia interesse. La sua operatività è tuttavia limitata ad alcune ipotesi tassative consistenti nella supposizione di parto o di sostituzione di neonato (art. 239 c.c.). Questa azione se accolta può rimuovere con efficacia retroattiva lo stato di figlio nei confronti di entrambi genitori.

In realtà nessuna delle due si è potuta applicare per i genitori genetici, mancando nel primo caso la qualifica di padre e madre (i genitori erano già stati indicati nell'atto di nascita), nel secondo caso, non si è ritenuto di poter operare un'interpretazione analogica considerando non la sostituzione di un neonato, bensì di embrioni.

L'unica strada percorribile, sollevare la questione di costituzionalità delle norme sopra indicate, non è stata ritenuta ammissibile e rilevante in quanto contrastante con gli interessi dei minori alla stabilità dello status acquisito e con il diritto a vivere con quella che è la propria famiglia secondo l'ordinamento vigente.

5.1.2 Riflessioni conclusive

Concludendo sulla vicenda, non si può che condividere la presa di posizione del giudicante su una fattispecie così singolare, in cui la scelta di offrire una stabilità e certezza sulle figure genitoriali che sono due e soltanto due, deve prevalere. Nel

bilanciamento degli interessi in conflitto, ha prevalso quello del minore alla stabilità del rapporto già instauratosi con la madre.

Per un equilibrato sviluppo psicologico del minore, che in futuro apprenderà della sua vicenda, sarebbe auspicabile che non gli venga taciuta la verità sulle proprie origini, così come indicato anche dal CNB. È infatti plausibile che, raggiunta la maggiore età, sorga l'esigenza non solo di apprendere la verità, ma anche di conoscere i genitori genetici, tanto che ampio è il dibattito tra gli specialisti e nella stessa società civile, sull'opportunità o meno di una revisione delle disposizioni che garantiscono l'anonimato dei donatori di gameti (in questo caso il termine "donazione" è improprio).

Sulla questione della possibile impugnazione da parte dei figli dell'azione di disconoscimento della paternità e quella per difetto di veridicità, nulla è detto nella legge 40/2004. Da essa si ricava infatti solo il divieto per i genitori "sociali" che hanno dato il consenso alle tecniche eterologhe. Parte della dottrina ritiene possa sussistere in capo al figlio una legittimazione ad agire, diversamente potrebbe integrarsi una disparità di trattamento per un divieto posto solo sulla base delle condizioni di nascita⁸⁴. Secondo altri⁸⁵, la divaricazione tra profilo genetico e legittimazione è nella filiazione derivante da PMA non un evento eccezionale da accertare, come nella procreazione naturale, ma la regola di una filiazione che si fonda sul consenso. Così come avviene nell'adozione, è impensabile che nei due casi si possa voler disconoscere i propri genitori. L'analisi di questi molti scenari ed interrogativi giunti con lo "scambio di embrioni", pone la necessità di operare delle

⁸⁴ A favore, G. CHIAPPETTA, Contributo nell'opera *La Riforma della Filiazione*, CEDAM, 2015.

⁸⁵ Contraria M. BIANCA, contributo a Rivista *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1 Gennaio-Marzo 2015.

modifiche che facciano chiarezza sulle regole applicabili. La legge n. 40/2004, necessiterebbe in questo caso di una precisazione *ad hoc*.

Come enunciato più chiaramente nei capitoli precedenti, l'indagine del figlio volta a conoscere le proprie origini, non è intesa a rimuovere uno *status* acquisito, ma si basa semplicemente sull'esigenza di conoscere e capire la provenienza genetica di un soggetto, sia per la sua salute fisica, sia per quella psichica.

5.2 Il confronto con il caso *Perry-Rogers v. Fasano*. Una soluzione opposta.

Il caso italiano sullo “scambio di embrioni” non è l'unico che si è affacciato nella storia della PMA; di altre vicende⁸⁶ infatti, si è purtroppo a conoscenza, ed il diritto ha reagito in base alle indicazioni del legislatore ed alle circostanze del caso. Una sentenza su tutte, per la sua particolarità e per l'esito completamente opposto a quella italiana è da riportare all'attenzione.

La questione su cui veniva a pronunciarsi la Corte di New York nel caso *Perry-Rogers v. Fasano*⁸⁷, riguardava la vicenda di una donna che, ricorsa con il marito alle tecniche di PMA di tipo omologo, dava alla luce due gemelli di cui uno non corrispondente al proprio patrimonio genetico. La fattispecie integrava, secondo la Corte, una tipologia di maternità surrogata non regolamentata in tutti gli Stati americani e su cui non si

⁸⁶ Modena 1996: due gemelli di colore nacquero da due genitori bianchi. A scatenare il caso fu una pipetta sporca durante i cicli di PMA omologa. Il policlinico risarcì la famiglia. Torino 2004: venne invertito lo sperma di due uomini. Una volta inseminati gli uteri delle rispettive mogli i medici si accorsero dello scambio. Il rimedio arrivò con la somministrazione della pillola del giorno dopo ad entrambe. Hong Kong 2011: embrioni impiantati nell'utero della donna sbagliata, che dovette abortire. La struttura risarcì lei e la madre naturale.

⁸⁷ *Perry-Rogers v. Fasano*, 715 N.Y.S. 2d 19 (N.Y. App. Div. 1st. Dep't 2000).

erano creati precedenti rilevanti. Talvolta era stata infatti attribuita prevalenza all'intenzione, altre volte al tipo di contratto, alla genetica e raramente al *best interest* del minore.

Nel caso di specie, si è stabilito che l'errore commesso dalla clinica, ed appreso solo dopo il parto (i gemelli erano uno afroamericano, l'altro caucasico), dovesse essere corretto prima che si instaurasse una relazione parentale ed affettiva tra il bambino e la famiglia biologica. La Corte americana, diversamente dalla nostra giurisprudenza, valutò come non ancora formato il legame affettivo tra la madre gestante ed il bambino, e risultò pertanto, che la maternità potesse essere attribuita alla madre genetica, disponendo l'affidamento del minore a favore di quest'ultima e di suo marito. Ai genitori biologici venne negato il diritto di visita del minore, poiché il loro comportamento fu ritenuto colposo, data la tardività della notifica dell'errore al centro (e presumibilmente all'altra coppia).

Comuni ad entrambe le vicende in esame, ritroviamo *in primis* un periodo di convivenza tra la madre gestante ed il figlio/i (valutati molto diversamente dalle rispettive Corti), il consenso prestato per tecniche di tipo omologo e la volontà di assumersi in ogni caso la responsabilità genitoriale.

Le differenze sussistono perlopiù nella rilevanza attribuita al legame tra la madre gestante ed il bambino. Mentre nel nostro caso si è considerato rilevante il legame formato e sviluppato nell'utero materno, nella vicenda americana non si può sostenere altrettanto, indicando il giudice la mancanza di un *bond* tra madre e figlio. Non è stato inoltre considerato nel *best interest* del minore, un legame con il "gemello gestazionale", mancando una previsione legislativa in tal senso.

Per il legislatore italiano maternità e fatto storico del parto sono strettamente legate; solo l'istituto dell'adozione realizza una genitorialità completamente disgiunta dal legame biologico e tutelata adeguatamente. Nel rilevare i differenti approcci dei casi esaminati, si può così concludere osservando come la maternità e la paternità, alla luce delle nuove tecniche, sfuggano ad un inquadramento unicamente di tipo naturalistico (in passato universalmente riconosciuto) ed assumano sempre più le caratteristiche proprie di ogni legislazione, mutando quindi completamente a seconda dei casi.

5.3 Le “due madri” della Corte d’Appello di Torino⁸⁸.

Il decreto torinese emesso per il caso è di grande rilevanza in quanto senza precedenti, considerato che sinora si è arrivati perlopiù a trattare solo situazioni di *stepchild adoption* in relazione al binomio coppie omosessuali e rapporti di filiazione. La vicenda riguarda una coppia di donne omosessuali considerate madri entrambe per il diritto spagnolo, ma non riconosciute tali in Italia (almeno nella decisione di primo grado). Dal certificato di nascita risultava infatti che il bambino avesse due madri (ovvero che fosse “figlio matrimoniale” di entrambe), in quanto mentre Tizia aveva donato gli ovuli per il concepimento, Caia aveva portato avanti la gravidanza ed aveva partorito (la tecnica era così risultata un'eterologa “completa”, con seme di donatore anonimo). La mancata trascrizione dell'atto di nascita, con la motivazione della contrarietà all'ordine pubblico italiano, ha portato le stesse, poi divorziate, ad agire presso la Corte per ottenere il riconoscimento di uno status di cui già il minore godeva in Spagna.

⁸⁸ Corte di Appello di Torino, decreto 29 ottobre 2014.

Senza entrare troppo nel merito della procedura utilizzata per la soluzione del caso, il punto fondante la questione è anche qui il *best interest* del minore legato alla stabilità familiare ed al mantenimento di una situazione già consolidata, seppur all'estero.

Due differenti principi operano fra i due ordinamenti; così mentre nel nostro è data rilevanza alla maternità legata al parto, in Spagna è dato rilievo sia alla donna che partorisce, sia alla sua compagna (indicate come “madre A” e “madre B”), di cui in questo caso la prima è madre biologica, la seconda genetica.

La Corte torinese osserva che *«nel caso in questione non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente (peraltro neppure prevista in Italia fino al ddl Cirinnà) ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri»*.

Particolare interessante è il fatto che entrambe abbiano contribuito alla nascita del minore. Mentre nei casi precedentemente affrontati il contrasto fra madre genetica e biologica veniva risolto a favore dell'una o dell'altra, qui si assiste alla compresenza di entrambe ed alla volontà comune di essere riconosciute come “madri”.

Questa è la prima volta in Italia che viene riconosciuta la doppia maternità fin dalla nascita, ed anche in questo caso la soluzione accolta dai giudici è andata incontro alle esigenze del minore e non a favore di una famiglia tradizionale intesa come modello astratto da seguire.

Appare rilevante dunque, non la circostanza che la famiglia esista per il tipo di legame tra i *partners* (considerato relativo,

non riconosciuto ovunque, ma dipendente dalla regolamentazione dello Stato preso in considerazione), ma e soprattutto per una condivisione della responsabilità genitoriale in relazione alla posizione, allo *status* ed alla tutela del figlio.

CONCLUSIONI

Nel corso del presente lavoro si è cercato di fare chiarezza circa le possibili evoluzioni e tendenze giurisprudenziali in merito all'attribuzione della genitorialità ricercata tramite le tecniche artificiali. Si è così potuto esaminare come il c.d. "diritto alla procreazione" (l'aver una propria discendenza genetica), considerato un diritto fondamentale dell'individuo, che può decidere liberamente di disporre sia in senso positivo che negativo, non possa essere ritenuto assoluto ed indispensabile in ogni modello familiare, proprio per la natura stessa del diritto in questione, che vede una pluralità di soggetti coinvolti, fra i quali i genitori ed i figli.

La considerazione primaria cui inevitabilmente deve condurre il progetto genitoriale, è infatti tesa verso la vita di un altro soggetto portatore di diritti da tutelare.

In relazione all'istituto dell'adozione, possiamo così osservare che non c'è spazio per una volontà unilaterale del genitore ad avere un figlio. La legge n. 184/1983 ha infatti previsto regole stringenti per poter assicurare la "miglior famiglia" possibile ad un minore che versi in stato di abbandono e necessiti di genitori pronti ad assumersi le proprie responsabilità genitoriali. Lo stesso abbiamo osservato nelle più recenti sentenze giurisprudenziali in tema di *stepchild adoption*, dove nell'assoluto *best interest* del minore si è cercato di mantenere la stabilità e certezza dei legami familiari già consolidati e vissuti, indipendentemente dal tipo di legame o sessualità dei genitori.

Il diritto a procreare può essere considerato, pertanto, a seconda che esso si realizzi naturalmente o tramite l'ausilio delle nuove tecniche mediche. Occorre perciò fare una distinzione fra le due fattispecie: mentre nel caso di procreazione naturale l'interesse

alla genitorialità costituisce l'oggetto di un diritto di libertà, nella procreazione artificiale, che è scissa completamente dall'esercizio del diritto fondamentale alla sessualità, si tende alla realizzazione di differenti interessi e diritti, corrispondenti anche a soggetti distinti dai genitori.

Mentre la procreazione naturale è esercizio di una libertà che lo Stato garantisce, il desiderio di avere un figlio con le pratiche artificiali necessita dell'intervento dell'ordinamento giuridico, compito del quale è dettare le necessarie ed opportune tutele di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro. L'individuo non è pertanto titolare di un diritto alla prole da soddisfarsi ad ogni costo; l'unico diritto che può rivendicare con la procreazione artificiale sarà inerente al proprio stato di salute (art. 32 Cost.), intesa non come semplice assenza di malattia, ma come benessere fisico e psichico.

Nella legge n. 40/2004 il legislatore ha disegnato un modello di famiglia astrattamente idoneo per il nascituro, ed infatti fra gli esclusi troviamo sia i *singles* che le coppie omosessuali. Nel quadro attuale avremo così coppie sposate e conviventi, che potranno accedere alle tutele garantite dall'ordinamento con la presente legge per cercare di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità, per le altre ad oggi, la via percorribile è quella di rivolgersi all'estero con esiti spesso infelici fra i quali: contestazioni nella maternità surrogata in sede di attribuzione della genitorialità o l'individuazione della stessa nel caso di coppie omosessuali poi ritornate nel territorio nazionale.

Qualificando la PMA come un trattamento medico, appare evidente l'esclusione per le coppie omosessuali ed i *singles*, considerata la loro "condizione" non una patologia da risolvere, ma un'impossibilità procreativa dipendente dall'orientamento

sessuale o da scelte di vita insindacabili. Un legislatore che volesse riformare in senso ampio l'intero impianto della legge 40/2004, dovrebbe probabilmente partire da una concezione diversa della procreazione artificiale e considerarla non una cura, ma un metodo alternativo di procreare.

Se si escludono le scelte ideologicamente estranee ai legislatori europei, legate al riconoscimento di "*equal liberty*" e che quindi lasciano trasparire un approccio individualistico al tema in esame, si comprende come l'intervento del nostro legislatore in tema di PMA si ponga per lo più in termini di selezione e bilanciamento fra valori contrapposti.

Nella Carta di Nizza, il collegamento che si individua tra medicina ed integrità psico-fisica (art. 3) è indice della necessità di definire la posizione della persona rispetto a tali tecniche, secondo un principio di responsabilità che trova nel consenso la sua attuabilità e nella dignità umana il limite oltre il quale non è consentito spingersi. Il richiamo che compare all'art.1 della Convenzione di Oviedo alla dignità e alla identità di tutti gli esseri umani individua la consapevolezza dei rischi cui può condurre una scienza che perda di vista la persona come soggetto.

Il fatto che l'avanzamento della tecnologia apra quotidianamente prospettive senza precedenti, trasformando in necessità ciò che in precedenza era soltanto possibilità, impone di riconsiderare la persona non come figura simbolica, ma nella sua concretezza e nei rapporti che essa intende instaurare. Seppur inarrestabile questo processo, non può essere assunto quale scusante per l'utilizzo indiscriminato di qualsiasi tecnica medica; in un ambito particolarmente sensibile come il diritto della filiazione, il punto di arrivo o di partenza deve restare la persona umana e

la sua dignità. E così tecniche quali ad esempio la maternità surrogata (nello specifico quella a titolo oneroso) sono da considerarsi come potenzialmente lesive sia dei diritti della donna che “presta” il suo corpo, sia del bambino oggetto del contratto.

Determinare quali soggetti assumeranno la responsabilità genitoriale non è un processo facile ed immediato, soprattutto nelle fasi di maggior criticità dove le figure genitoriali di riferimento tradizionalmente conosciute (madre che partorisce ed il padre-marito, entrambi con un legame biologico con il figlio) spesso non sono presenti o non rispecchiano queste caratteristiche.

Dai casi giurisprudenziali esaminati abbiamo potuto così constatare che le figure della madre e del padre, sono state “plasmate” in modo differente a seconda dei valori e delle scelte attribuite di volta in volta dagli ordinamenti. La scelta seguita in Italia, pone nella maternità una certezza legata al fatto storico del parto (art. 269 c.c.), invece per l’attribuzione della paternità è ancora più saldo il principio di assunzione di responsabilità derivante dall’atto del consenso, anche contro la verità genetica.

L’altro “ago della bilancia” insieme al rispetto della dignità umana, su cui sarà sempre necessario porre attenzione, è il superiore interesse del minore. In assenza di regole certe o nel dubbio delle lacune legislative presenti ancora nella legge 40/2004, la soluzione delle criticità riscontrate si avranno così nelle aule dei tribunali, che dovranno valutare caso per caso questo valore così astratto ma di primaria importanza, tale da escludere ed orientare, in maniera a volte del tutto inedita (vedi il recente caso dello scambio di embrioni), situazioni di difficile soluzione dal punto di vista normativo.

Alla luce di un siffatto quadro, va ulteriormente osservato come le riflessioni poste sullo *status* e sul potere attribuito al figlio (in merito alle possibili azioni di cui è titolare e che potrebbe proporre per far luce sulle sue origini o sul suo stesso *status*), siano assolutamente fondamentali.

Un futuro intervento del legislatore sempre sulla legge 40/2004, potrebbe infatti essere teso a chiarire la posizione del donatore e delle indagini che il figlio nato tramite l'utilizzo di un gamete esterno alla coppia un giorno vorrà condurre per conoscere meglio sé stesso e la sua storia.

BIBLIOGRAFIA

- BIANCA C. M., *La Riforma della Filiazione*, CEDAM, 2015.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- CARMASSA E., CASONATO C., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, vol. nr. 47, 2005.
- CELOTTO A., ZANON N., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, La società, 2004.
- CICU A., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914.
- CORTI I., *La maternità per sostituzione*, Giuffré, Milano, 2000.
- DE TILLA M., MILITERNI L., VERONESI U., *Fecondazione eterologa*, Utet Giuridica, 2015.
- FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, 1999.
- IAGULLI P., *Diritti riproduttivi e fecondazione artificiale. Studio di sociologia dei diritti umani*, Salute e Società, 2013.
- LAMARQUE E., *I diritti dei figli*, in *I diritti in azione*, Bologna, 2007.
- MARTINI A., *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2006.
- MINERVINI S., *La procreazione medicalmente assistita*, Halley editrice, 2007.
- RENDA A., *L'accertamento della maternità Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, 2008.
- RODOTÀ S., *Diritto d'amore*, Editori Laterza, 2015.
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2007.
- STANZIONE G.A. (diretto da), *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, Volume quarto, Giappichelli, 2011.
- STANZIONE P., SCIANCALEPORE G., *Filiazione e procreazione assistita*, Ipsoa, Milano, 2001.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, ventunesima ed., Giuffrè, 2014.

SAGGI E RIVISTE

AA.VV. *Valido matrimonio estero tra due donne omosessuali e trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita del figlio legittimo "nato da due madri"* (Corte App.Torino decreto del 4 dicembre 2014) in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n°1 Gennaio-Marzo 2015.

ABRUZZESE S., *Le declinazioni della genitorialità*, in *Minori Giustizia*, n°3, 2014.

BIANCA M., *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio di embrioni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n°1 Gennaio-Marzo 2015.

BIANCA M., contributo a Rivista *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1 Gennaio-Marzo 2015.

BOSISIO R., RONFANI P., *Omogenitorialità. Relazioni familiari, pratiche della responsabilità genitoriale e aspettative di regolazione*, in *Minori Giustizia*, n°3, 2014.

BUGETTI M.N., *Scambio di embrioni e attribuzione della Genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, n°10, 2014.

CABITZA M. G., *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* n. 2/2014.

CAREDDA V., *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, pubblicato su www.giustiziacivile.com

CICERO C. e PELUFFO E., *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) un dono divino*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n°4 Ottobre-Dicembre 2014.

COOK R. J., *Human Rights and Reproductive Self-determination*, «*The American University Law Review*», 1995.

D'AVACK L., *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. Famiglia*, 2014.

FAMIGLIETTI G., *Filiazione e Procreazione*, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania 7-8 giugno 2013 "La famiglia davanti ai suoi giudici",

FERRANDO G., *La legge sulla filiazione, profili sostanziali*, in www.juscivile.it, 2013,2.

FERRARI D., *Lo statuto giuridico dell'Omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Rivista critica del Diritto Privato*, Marzo 2015.

IANNICELLI M.A., *La fecondazione eterologa tra giudici e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *il Corriere giuridico*, n°1 del 2015.

LA ROSA E., *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giurisprudenza Italiana*, Dicembre 2014.

MANNELLA F., *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 10 ottobre 2012.

MENDOLA A., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza Italiana*, Febbraio 2015.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015 Parte seconda.

NOCCO A., *Il Diritto ad essere figlio di due mamme: come la CEDU aiuta i giudici a (in) seguire le trasformazioni della famiglia*, in *Minori Giustizia*, n°2, 2015.

PACKER C. A. A., *The Right to Reproductive Choice. A Study in International Law*, Turku, Finland: Abo Arkademi University Institute for Human Rights, 1996.

PALAZZOLO G., *Accertamento dello status e interesse familiare alla successione*, in *Famiglia, persone e successioni*, n.1 del 2009.

RADHIKA RAO, *Equal Liberty: Assisted Reproductive Technology and Reproductive Equality*, in *George Washington LR*, 2007-2008.

RIVERA I., *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente)*

incostituzionalità, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 2/2014.

RODOTÀ S., “*Problemi bioetici e molteplicità delle scelte giuridiche*”, in Comitato nazionale per la bioetica, *Bioetiche a confronto*, Atti del seminario di studio del 20 ottobre 1995.

SALONE B., Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 2/2014.

SCALERA A., Commento a sentenza Tribunale di Roma del 8 agosto 2014, in Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2014, parte I.

SERRA P., *Maternità e Paternità negli ultimi 50 anni: Dalla nascita come dono della Provvidenza, alla nascita pianificata dai genitori, alla nascita come diritto dei genitori*, in *Minori Giustizia*, n°2, 2015.

TRIPODINA C., Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 2/2014.

ZATTI P., *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in Nuov. giur. civ. comm., 1997.

GIURISPRUDENZA CITATA

- Cassaz. sent. n. 12962 del 22 giugno 2016.
- Cassaz. sent. n. 2315 del 1999.
- Cassaz. sent. n. 24001 dell’11 gennaio del 2014
- Cassaz. sent. n. 21882 del 29 settembre 2013.
- Cassaz. sent. n. 26205 del 22 novembre 2014.
- CEDU sent. del 26.6.2014, ric. 65192/11 e ric. 65941/11.
- CEDU sent. del 27.1.2015, ric. 25358/12.
- CEDU Affaire Labasse c. France (Ricorso n. 65192/11) e Affaire Menesson c. France (Ricorso n. 65192/11), sent. del 26 giugno 2014
- CEDU, causa Paradiso e Campanelli c. Italia, sent. del 27 gennaio 2015 (Ricorso n. 25358/12)
- CEDU, causa Costa e Pavan c. Italia, sent. del 28 agosto 2012, (Ricorso n. 54270/10)
- CEDU, caso X e altri contro Austria (Ricorso n. 19010 del 2007)
- Corte Cost. sent. n. 278 del 22 novembre 2013.

- Corte Cost. sent. n. 162 del 10 giugno 2014.
- Corte Cost. sent. n. 151 del 2009.
- Corte Cost. sent. n. 96 del 5 giugno 2015.
- Corte Cost. sent. n. 48 del 28 gennaio 2005.
- Corte d'appello di Bari, Sezione civile per la famiglia, sent. 13 febbraio 2009.
- Corte di Appello di Torino, decreto 29 ottobre 2014.
- Tar del Lazio, sezione III, 21 gennaio 2008, n. 398.
- Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000.
- Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014.
- Trib. Cagliari, sentenza del 22 settembre 2007.
- Trib. Cagliari, ordinanza del 29 giugno 2004
- Trib. Firenze, ordinanza del 17 dicembre 2007.
- Trib. Milano, ordinanza del 8 aprile 2014.
- Trib. Monza, sent. del 27 ottobre 1989.
- Trib. Varese, sent. del 8 ottobre del 2014.
- *Perry-Rogers v. Fasano*, 715 N.Y.S. 2d 19 (N.Y. App. Div. 1st. Dep't 2000).
- *Superior Court of New Jersey*, 31 marzo 1987 (caso *Baby M.*).

SITOGRAFIA

- <http://27esimaora.corriere.it/articolo/si-cresce-bene-anche-con-genitori-gayecco-i-risultati-di-30-anni-di-ricerche/>
- <http://www.repubblica.it/cronaca/2016/01/13/news/che-cos-e-la-stepchild-adoption-131182819/>
- <http://ilfamiliarista.it/>
- <http://www.ilsole24ore.com/art/attualita/2016-05-17/adozioni-gay-margini-giudice-all-interno-legge-195839.shtml?uuid=ADINp3I>
- <http://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html>
- <http://www.altalex.com/tag/filiazione>
- <http://www.parlamento.it/home>
- http://www.filodiritto.com/articoli/pdf/2014/07/la-corte-constituzionale-consacra-il-diritto-a-diventare-genitori.html?_id8=3

- <http://publicaciones.urbeetius.org/index.php/uei/article/view/118#sthash.XbJ4C9He.dpuf>
- www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf
- www.governo.it/bioetica/pareri.html
- http://torino.repubblica.it/cronaca/2015/01/07/news/bimbo_nato_da_due_mamme_i_giudici_al_comune_e_figlio_di_due_mamme-104434826/
- <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>
- <http://www.biodiritto.org>