CLORINDA CIRAOLO (*)

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E «LA COMPLESSITÀ NEGATA» (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'approccio del legislatore alle questioni poste dalla procreazione medicalmente assistita. — 3. La tutela delle esigenze procreative nella disciplina positiva e nell'elaborazione giurisprudenziale. — 4. La protezione del bambino: lacune legislative e soluzioni giurisprudenziali.

1. *Premessa*

La disciplina della procreazione medicalmente assistita, introdotta nell'ordinamento giuridico dopo quasi mezzo secolo di sollecitazioni provenienti da ogni parte della società, si presenta, a distanza di poco più di dieci anni dalla sua entrata in vigore, profondamente mutata. Già all'indomani dell'emanazione della legge, una giurisprudenza libera «dall'ossequio acritico e pigro all'autorità della legge» (1) è chiamata a correggere, con gli stru-

---

(*) Professore associato nell'Università di Messina.

(**) Il tema della complessità, centrale nelle ricerche del Maestro, Prof. Vincenzo Scalisi, è trattato nell'ottica specifica della rimozione in alcuni suoi saggi. V., specialmente, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 147 e ora in *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della «regola» nell'epoca della postmodernità*, Milano 2012, 5 ss.

(1) Così, V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 571 e in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano 2005, 17; ora in ID., *Fonti- Teoria – Metodo*, cit. 199. Sull'apporto della giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita, v., G. VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *www.personaemercato.it*, 10.09.2016, 13 ss.

menti del controllo di legittimità costituzionale e dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali, gli squilibri esistenti nella sistematizzazione degli interessi predisposta dal legislatore.

L'assetto della materia consegnato dalla l. n. 40/2004, pur in assenza di interventi legislativi, subisce, in tal modo, cambiamenti tanto importanti da far pensare ad un riposizionamento dei valori posti a fondamento dell'originario testo normativo: le istanze di protezione della salute della donna, inizialmente soffocate da ragioni di salvaguardia e difesa del concepito, assumono sempre maggior peso, fino a diventare, in qualche ipotesi, preminenti; i bisogni del bambino da realizzare con la costituzione del rapporto genitoriale, spesso negletti dalla legge sulla PMA, rinvengono la forza necessaria non soltanto per affermare la propria rilevanza ma anche per ottenere appropriata tutela, a volte, neutralizzando gli interessi sottesi all'ordine pubblico e, a volte, slegandosi dalla fonte immediata di considerazione e protezione per riannodarsi a fonti regolative di istituti giuridici diversi (2).

La metamorfosi non dipende soltanto dallo sviluppo della tecnica medica e dal correlato rinnovamento delle aspirazioni di genitorialità. L'immediatezza e la continuità temporale del percorso — come ormai si afferma costantemente — di demolizione e riscrittura della legge 40 (3) attestano una incapacità *ab initio* della medesima a porsi quale accettabile fonte regolativa della PMA; e si tratta di incapacità preannunciata e voluta. Sebbene la

---

(2) In tal modo, la vita ha avuto il sopravvento sulle prescrizioni normative e ha obbligato «il diritto ad accogliere quanto già la comune e storica e vissuta esperienza dei consociati ha consacrato siccome rispondente ai reali bisogni e ai fondamentali interessi pratici della umana esistenza». V., V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'italia a oggi*. Parte seconda. *«Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea,* in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1318 e in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova 2014, 121.

(3) V, per tutti, F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 459 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come fare cose con regole*, in *Riv. dir. civ*, 2017, 1100 e in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive.* Atti delle giornate di studio, Messina 5 e 6 maggio 2016, a cura di S. Agosta, G. D'Amico, L. D'Andrea, Napoli 2017, 214; M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata*, in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive,* cit., 45 ss.

vita intesa come esperienza fornisse, ormai da tempo, «avvinti da inscindibile nesso, non solo i fatti ma anche i valori, l'essere e il dover essere, la materia e le norme» (4), l'assemblea legislativa optò per la reiezione dei suggerimenti e delle indicazioni provenienti dal 'basso' (5), al fine di evitare di riconoscere, traendone le conseguenze anche sul piano delle regole idonee a disciplinare il rapporto di filiazione (6), che una pluralità di tipi differenziati aveva ormai preso il posto del unitario modello procreativo 'naturale'.

2. *L'approccio del legislatore alle questioni poste dalla procreazione medicalmente assistita*

Nella seconda metà degli anni '50, il Tribunale di Roma considerava «indilazionabile», con riferimento allo *status* del figlio nato con l'applicazione delle tecniche di PMA, l'introduzione di una regolamentazione *ad hoc* (7). Tanta urgenza scaturiva

---

(4) V., V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 299 e in ID., *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., 66 e ora in ID., *Fonti – Teoria – Metodo*, cit., 81. V., pure, ID., *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto giusto*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 475 e in ID., *Fonti – Teoria – Metodo*, cit., 129; nonché, ID., *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1268 s.

(5) La realtà umana e sociale, invece, in quanto è essa stessa realtà giuridica, «ossia insieme di regole spontaneamente osservate e praticate dai consociati», dovrebbe avere un peso determinante anzitutto nei processi legislativi. V., V. SCALISI, *Conclusioni – Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1084.

(6) La procreazione medicalmente assistita disarticola – afferma V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1098 — anche il concetto di maternità, trasformandolo da «categoria unica e stabile» in «entità variabile». Più in generale, sulla frammentazione e moltiplicazione della famiglia come di ogni fenomeno reale e sulla necessità di corrispondenti diversificazioni delle regole giuridiche, v., V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»* in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14 -15 giugno 1985, Padova 1986, e in ID., *Categorie e istituti del diritto civile,* cit., spec. 220 ss.; ora in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 10 ss.; cfr., altresì, ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*. Parte seconda, cit., 1291 ss.

(7) Trib. Roma, 30.04.1956, in *Giur. it.*, 1957, 1, 2, 218 ss. con il commento di A. TRABUCCHI..

dalla asserita impossibilità di sfuggire, in mancanza di apposita normativa, all'equiparazione tra figli nati da «fecondazione artificiale eterologa e figli adulterini» (8).

L'elaborazione dottrinale, a sua volta, stimolava la riflessione sulle problematiche scaturenti dalla procreazione assistita (9) e proponeva di fondare la paternità dei bambini nati in seguito a fecondazione eterologa sul consenso prestato (dall'uomo) all'esecuzione della pratica (10).

Il Parlamento, pur non rimanendo inerte, non accoglieva i suggerimenti della dottrina e della giurisprudenza: nel corso della III legislatura — in prossimità, dunque, della suindicata sentenza — proponeva di reprimere il bisogno 'primordiale' e insopprimibile di concepire una nuova vita, qualora il soddisfacimento del medesimo postulasse l'applicazione di nuove tecniche; la proposta riguardante il "Divieto della inseminazione artificiale e sua disciplina giuridica" (11) non fu approvata, ma l'assemblea legislativa, lungi dall'arrendersi, continuò a prospettare una regolamentazione ostativa del ricorso alla PMA (12).

---

(8) Così, Trib. Roma, 30.04.1956, in *Giur. it.*, cit., 227,. V., pure, Pret. Padova, 07.11.1958, in *Giur. it.*, 1959, 2, 84 ss. con nota di L. CONTI; Trib. Padova, 15.02.1959, in *Foro it.*, 1959, II, 81 ss.

(9) V., U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Dir. giur.*, 1964, 459 ss.

(10) A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (Diritto civile)* , in *Noviss. dig. it.*, 1962, 738 e spec. 739; e, già, ID., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 219. V., pure ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 495. *Contra*, F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale nella donna*, Milano 1961, 103 ss. e, dopo la riforma del diritto di famiglia, ID., *La procreazione artificiale umana*, Milano, 1984, 75 e ss.

(11) V., Atto C. 585 del 25 novembre 1958, in *http://legislature.camera.it.* La proposta, costituita da un solo articolo, disponeva: "La donna che permette su di sé, con seme parzialmente o totalmente non del marito, pratiche inseminative è punita con la reclusione fino ad un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito, nonché il terzo donatore di seme e chiunque su donna coniugata consenziente compie atti idonei alla inseminazione artificiale".

(12) V., la proposta di legge C. 1017 del 1959 sull'illiceità della inseminazione artificiale e il disegno di legge S. 754 del 1969 (Falcucci) relativo alla riforma del diritto di famiglia; quest'ultimo, all'articolo 159, configurava come fattispecie criminosa l'inseminazione eterologa.

Il perdurante esito negativo dei lavori parlamentari relativi a tali proposte aveva conseguenze paradossali: sacrificava le istanze dei bambini nati con metodo 'alternativo' e conservava integra la libertà di autodeterminazione della coppia nell'individuazione del percorso procreativo (13).

Persino la riforma del diritto di famiglia del '75 non dedicò alcuna disposizione allo *status* del bambino venuto ad esistenza in seguito all'esecuzione di tecnica eterologa e mantenne un'uniforme disciplina delle azioni di stato. Così il marito della partoriente, ancorché consenziente all'eteroinseminazione, era legittimato a chiedere il disconoscimento della paternità; peraltro, alcune sentenze della Corte costituzionale, rimodellando la disciplina di tale azione, particolarmente sotto il profilo della decorrenza dei termini (14), ne legittimarono l'esercizio anche oltre l'anno dalla nascita del figlio e, di fatto, in concomitanza con il sopraggiungere della crisi coniugale e come reazione ad essa (15).

Anche quando i lavori parlamentari ricevettero nuovo impulso dal dibattito sollevato, pure a livello europeo (16), dalla possibilità di ricorrere alla fecondazione, oltre che *in vivo*, anche *in vitro*, i bisogni che inducevano le coppie a ricorrere alla PMA continuarono a rimanere privi di ogni riscontro normativo (17).

L'esecuzione delle tecniche di procreazione assistita rinveniva

---

(13) A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale*, cit., 732, scrive "non esistono leggi proibitive: pertanto la risposta su di un piano positivo non può che essere nel senso della liceità" del ricorso alla fecondazione assistita.

(14) V., in particolare, Corte cost., 6.05.1985, n. 134 in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1153 con nota di A. DE CUPIS e Corte cost., 14.05.1999, n. 170, in *Giur. cost.*, 1999, 1662 con nota di M. ESPOSITO.

(15) V., L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e* status *del nato*, in *Giur. it.*, 1999, 462.

(16) V., la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 concernente la fecondazione artificiale «*in vivo*» e «*in vitro*», in V. SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002, 549 ss.

(17) Per le proposte, v., M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 2, nt.1, e appendice; G. RENNA, *Proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 1997, 580 ss.; M.L. DI PIETRO-M. CASINI, *Il dibattito parlamentare sulla "procreazione medicalmente assistita"*, in *Medicina e Morale* 2002, 617 ss. e in *academia.edu.it*.

qualche regola unicamente nel Codice di deontologia medica e nelle circolari del Ministero della Sanità. Il codice di deontologia medica, pur introducendo vari divieti (18), non ostacolava la fecondazione eterologa e le circolari del Ministero della sanità, prevedendo, tra l'altro, «misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana» (19), ne rimarcavano la liceità.

Si procrastinava in tal modo un regime di libertà procreativa senza regole specifiche a tutela dei nascituri.

Ancora negli anni '90, l'elaborazione giurisprudenziale riteneva di dover accogliere l'istanza diretta ad ottenere il disconoscimento di paternità del bambino nato previa sottoposizione della donna ad inseminazione eterologa, ancorché il marito avesse dato il proprio consenso alla esecuzione della pratica (20). Si asseriva, infatti, che l'ipotesi non potesse sfuggire alla disciplina contenuta nel 1° comma, n. 2, dell'art. 235 c.c. (vigente *ratione temporis*).

Soltanto nel 1998, sollecitata dal tribunale di Napoli (21), la Corte costituzionale, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., circoscriveva l'ambito di applicazione della norma impugnata esclusivamente alle ipotesi in cui «la generazione seguisse ad un rapporto adulterino» (22).

A distanza di un anno la Corte di cassazione (23) recuperava

---

(18) V., l'art. 41 del codice di deontologia medica del 25.06.1995 e l'art. 42 del codice successivo, in vigore dal 2/3.10.1998 al 15.12.2006.

(19) V., la Circolare del Ministero della sanità 10 aprile 1992, n. 12.

(20) V., Trib. Cremona, 17.02.1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 996 ss., con nota di G. FERRANDO; V., ancora, App. Brescia, 10.05.1995, in *NGCC*, 1997, II, 167 ss., con nota di G. FERRANDO.

(21) V., Trib. Napoli, 14.03.1997, in *Fam. dir.*, 1997, 261, con nota di M. DOGLIOTTI .

(22) Corte cost., 26.09.1998, n. 347, in *Giur. it.*, 1999, I, 461 con nota di L. BALESTRA; *ivi*, 1999, 681, con nota di C. COSSU; *ivi* 1999, 505 con nota di G.M. UDA.

(23) Cass., 16.03.1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, 1317 ss., con commento di C.M.

la regola idonea a colmare la lacuna in materia di fecondazione eterologa attraverso la «ricerca nel complessivo sistema normativo dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana».

Dal 1999, dunque, il bisogno del bambino di crescere nella propria famiglia è protetto da una responsabilità genitoriale collegata non più a dati cromosomici e naturalistici, bensì al consenso consapevolmente e liberamente prestato alla fecondazione con seme di donatore (24).

La regola elaborata dalla giurisprudenza, ed ora desumibile dalle disposizioni della legge 40, prospettando un ragionevole contemperamento di interessi, è una delle poche a resistere nel tempo, asseverata di recente anche dalla Corte Costituzionale (25).

3. *La tutela delle esigenze procreative nella disciplina positiva e nell'elaborazione giurisprudenziale*

Con l'approvazione, nel corso della XIV legislatura, della legge n. 40/2004, l'esecuzione delle tecniche di PMA è ammessa soltanto in seguito ad accertamento o inspiegabilità di sterilità o infertilità determinate da cause non rimovibili con altre pratiche meno invasive. In presenza di uno di tali presupposti, le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» possono ottenere l'applicazione di una tecnica di tipo omologo da effettuarsi con un

---

BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, II, 1070 ss., con nota di G. CASSANO; in *Fam. dir.*, 1999, 237 ss., con commento di M. SESTA; in *Giur. it.*, 2000, I, 280 ss., con nota di F. CAGGIA.

(24) Scrive V. SCALISI (*La procreazione medicalmente assistita. Libertà della coscienza etica e limiti della norma giuridica*, in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 369-370): «non può esistere reale libertà senza il *presidio* della responsabilità e questo, a mio avviso, dovrebbe rappresentare l'altro punto fermo del dibattito intorno al tema della procreazione medicalmente assistita».

(25) V. Corte cost., 18.06.2014, n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105 ss., con commento di C. CASTRONOVO; in *NGCC*, 2014, 393 ss., con commento di G. FERRANDO.

unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati, in numero comunque non superiore a tre e senza possibilità di ricorrere — secondo quanto si leggeva nelle originarie linee guida — ad una vera diagnosi preimpianto (26).

Essendo consentita soltanto una procreazione favorita da tecniche di fecondazione in *vivo* e in *vitro* dei gameti della coppia avente i requisiti suindicati, molte aspettative sociali, consolidatesi in mezzo secolo di libera utilizzazione delle tecniche conosciute e praticate in e fuori d'Italia, appaiono frustrate (27).

Nell'arco di pochi anni, però, la legge 40/2004 assume un volto meno "repressivo" (28). A partire dal 2008 si assiste ad un rinnovamento della normativa (legislativa e ministeriale), al fine di assicurarne la conformità alle fonti di grado superiore e ai valori dalle medesime protetti.

Fondamentali in tal senso sono state, e sono ancora oggi, alcune insistenti istanze dei tribunali amministrativi e civili nonché talune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sollecitanti, direttamente o indirettamente, altrettanti interventi della Corte Costituzionale e del legislatore.

Dopo un iniziale atteggiamento conservativo delle Linee guida (29), il Tar Lazio cambia orientamento e, facendo seguito ad alcuni provvedimenti dei tribunali civili e amministrativi intervenuti *medio tempore* (30), annulla la disposizione del D.M. 21

---

(26) Nell'allegato alle linee guida pubblicate con D.M. 21 luglio 2004 (misure di tutela dell'embrione) si leggeva: "Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale.".

(27) In verità, la disciplina comprime non del tutto efficacemente la libertà di realizzare progetti di genitorialità con l'ausilio delle diverse tecniche di PMA. V., M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*?, in *Corr. giur.*, 2004, 1405 e 1409.

(28) V., F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 633 ss.

(29) V., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 05.05.2005, n. 3452, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1579 e ss.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18.05.2005, nn. 4046-7, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1591.

(30) V., Trib. Cagliari, 24.09.2007, in *Corr. giur.*, 2008, 383 ss. con commento di G.

luglio 2004 che ammetteva la sola diagnosi preimpianto di tipo osservazionale (31); solleva, altresì, questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della l. n. 40/2004, con riferimento all'obbligo di formare un numero ristretto di embrioni e al divieto di crioconservazione al di fuori delle esigue ipotesi ivi contemplate (32). La Corte costituzionale, riconoscendo la fondatezza della questione, dichiara l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», nonché, comma 3, precisando che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (33).

L'intervento della Consulta e le nuove disposizioni delle Linee guida (34) non assicurano ancora un equilibrato contemperamento degli interessi della coppia e del concepito.

Ben presto qualche tribunale autorizza coppie fertili, portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, a ricorrere alla PMA e alla diagnosi preimpianto (35).

FERRANDO; Trib. Firenze, 17.12.2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 419 ss, con annotazione di S. DELLA BELLA, nonché Cons. Stato, V sez., 28.03.2007, n. 1437, sez. III, in *Foro amm.*, 2007, 3, 921.

(31) V., TAR Lazio, 21.01.2008, n. 398, in *Fam. dir.*, 2008, 506 ss. con nota di A. FIGONE.

(32) V., pure, Trib. Firenze, ord. 12.07.2008 e 26.08.2008 (in G.U, 2008, prima serie speciale, nn. 44 e 50) che sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 14, commi 1 e 4, e 6, comma 3.

(33) V., Corte cost., 08.05.2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 1213, con il commento di G. FERRANDO. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 era già stata sollevata da Trib. Cagliari, 16.07.2005, in *NGCC*, 2006, I, 613 ss.. La Corte costituzionale, in quell'occasione, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione. V., Corte cost., ord. 09.01.2006, n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, 3831.

(34) L'allegato al D. M. 11 aprile 2008, eliminato ogni riferimento ad indagini soltanto di tipo osservazionale, consente la «ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

(35) V., Trib. Salerno, ord. 09.01.2010, in *Fam. dir.*, 2010, 476 ss., con il commento di M. SEGNI e di S. LA ROSA. L'ordinanza oltrepassa i limiti dell'interpretazione letterale

L'orientamento giurisprudenziale, a distanza di due anni, riceve l'avallo della Corte EDU. Ragioni di coerenza sistematica — ad avviso della Corte di Strasburgo — si oppongono a scelte ermeneutiche che impediscono ai coniugi/partners fertili di ricorrere alla PMA, al fine di ottenere l'impianto dei soli embrioni non affetti dalla malattia genetica, benché la donna possa interrompere la gravidanza qualora il feto presenti quella patologia (36).

Nonostante la tendenza a superare in via interpretativa l'irrazionalità delle norme interne (37), alcuni giudici di merito sollecitano l'intervento della Corte costituzionale (38). Come prevedibile, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili (rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 194/78, accertate da apposite strutture pubbliche), di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (39) nonché dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, della medesima legge (40) nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili (rispondenti ai criteri di gravità di cui

---

tanto dell'art. 4, comma 1, della l. n. 40/2004 quanto delle regole contenute nelle Linee guida vigenti *ratione temporis* che ammettevano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita della coppia fertile soltanto quando l'uomo fosse portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili.

(36) V., Corte EDU, 28.08.2012, ricorso n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, trad. it. in *www.giustizia.it*; la sentenza è annotata da P. VENTURI, in *Giur. it.*, 2012, 1993 ss.

(37) V., Trib. Cagliari, 09.11.2012, in *Corr. mer.*, 2013, 429 ss., con il commento di A. VALLINI, e Trib. Roma, 26.09.2013, in *Foro it.*, 2013, I, 3112 con nota di CASABURI.

(38) V., Trib. Roma, ord. 15.01.2014 (in G.U. 14.05.2014, n. 21) e 28.02.2014 (in G.U. 04.06.2014 n. 24), emesse su ricorso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche.

(39) V., Corte cost., 05.06.2015 n. 96, in *NGCC*, 2016, 165, con nota di G. FERRANDO. Da ultimo, cfr., Trib. Milano, sez. I, 13.07.2017, in *ilfamiliarista.it*.

(40) V., Corte cost., 11.11.2015, n. 229, in *Corr. giur.*, 2016, 1151 con nota di D. DE FRANCESCO.

all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194).

A riplasmare ulteriormente la disciplina della PMA provvede ancora la Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative al divieto di fecondazione eterologa (41).

Rimangono i divieti di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 12. La prima di tali disposizioni ostacola, tra l'altro, conformemente a quanto previsto nell'articolo 5, l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso. Il comma 6 dell'art. 12 proibisce, poi, come noto, la maternità surrogata. Ma anche tali enunciati normativi appaiono formulati prescindendo dalle garanzie che principi fondamentali di Carte e Convenzioni riconoscono ad alcuni interessi umani.

Anzitutto, il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (artt. 8 e 14 CEDU) si oppone a disposizioni legislative che neghino alle coppie omosessuali la possibilità di ricorrere all'inseminazione eterologa ormai consentita alle coppie non sposate eterosessuali.

Il «principio di autodeterminazione, la non discriminazione, l'esigenza di tutela della salute, il canone di ragionevolezza e quello del bilanciamento», inoltre, corrodono, in presenza di esigenze procreative che non possono essere altrimenti soddisfatte, anche l'intransigenza del divieto di gestazione per altri, quante volte questa presenti «i tratti della totale gratuità, in quanto espressione di un mero spirito donativo esclusivamente solidaristico, non potendosi in siffatta ipotesi ravvisare né un atto dispositivo vietato del proprio corpo ex art. 5 c.c. e neppure un atto lesivo della *dignità* della gestante, il cui corpo, senza andare incontro ad alcuna *deminutio*, assumerebbe anzi l'alto valore simbolico di una umana abnegazione» (42).

---

(41) V., Corte cost., 18.06.2014, n. 162, cit.

(42) V., V. Scalisi, *Maternità surrogata*, cit., 1100.

Tanto nel suo profilo permissivo, tanto nel suo profilo repressivo, la legge 40 non ha saputo, dunque, né dare ascolto alle diversificate esigenze della coppia, né introdurre una disciplina rispondente ai principi e ai valori protetti dalle Carte, nazionali e sovranazionali, e dalle Convenzioni.

Identiche considerazioni possono formularsi esaminando gli enunciati normativi concernenti lo *status filiationis*.

4. *La protezione del bambino: lacune legislative e soluzioni giurisprudenziali*

Con atteggiamento astraente dalle differenziate questioni di genitorialità poste dall'esecuzione delle tecniche di PMA, la legge 40 si occupa dello *status* del nascituro soltanto nel caso di fecondazione omologa (consentita) ed eterologa (*ratione temporis*, vietata), trascurando, nonostante il solenne proposito di garantire "i diritti di tutti i soggetti coinvolti" (art. 1), ogni altra problematica concernente la situazione giuridica del nato.

La percezione dei bisogni del bambino e l'individuazione delle regole idonee ad assicurarne la realizzazione rimangono, pertanto, interamente affidate ai giudici, tanto in ipotesi di erronea applicazione di tecnica lecita, quanto in ipotesi di violazione o, come di frequente avviene, di aggiramento dei divieti stabiliti dalla legge 40.

Su questo fronte, tuttavia, l'elaborazione giurisprudenziale, pur tenendo conto dell'evoluzione del costume e dei giudizi di valore diffusi nella coscienza sociale, propone soltanto soluzioni calibrate su specifiche circostanze, mediante ricerca nelle pieghe dell'ordinamento della disposizione volta a volta idonea ad attribuire il crisma della legalità a rapporti genitoriali rispondenti all'interesse del bambino nato con applicazione di tecniche di PMA. Peraltro, nel confrontarsi con la prassi di coppie e *single* di recarsi in altri Stati per ottenere lecitamente sia l'applicazione di tecniche vietate in Italia, sia, al momento della nascita del bam-

bino, un atto di stato civile attestante il rapporto genitoriale tra la persona che ha fatto ricorso alla tecnica proibita dal nostro ordinamento e il nato, i giudici non sono neppure pervenuti a conclusioni uniformi e sempre convincenti.

Nei più recenti approdi giurisprudenziali si evidenzia la formulazione di regole non omogenee, benché *prima facie* tutte desunte dal superiore interesse del minore al rispetto dei suoi diritti fondamentali.

Con riferimento al riconoscimento dell'atto di nascita (formato all'estero) attestante la genitorialità dei componenti di una coppia samesex, la Corte di Cassazione (43) ha enunciato il seguente principio di diritto: «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, … deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

La direttiva giurisprudenziale del primato dei diritti fondamentali del minore vacilla, tuttavia, quando l'atto di stato civile da riconoscere concerne un bambino nato da madre surrogata.

Alcuni provvedimenti di merito hanno ammesso la trascrivibilità dei documenti attestanti la genitorialità della madre d'intenzione oltre che del padre genetico (44) oppure esclusivamente del padre genetico (45) oppure, ancora, del padre genetico

---

(43) Cass. civ., 30.09.2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, 3329 ss.

(44) Con riferimento al riconoscimento di "parental order" attributivo della maternità alla madre d'intenzione, v., App. Bari, 13.02.2009, in *Giur. Merito*, 2010, 349 ss. con nota di DELL'UTRI.

(45) V., Trib. Napoli; decr., 14.07.2011, in *Foro it.*, 2012, I, 3349 ss.; Trib. Forlì, 25.10.2011, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 532 ss.; App. Milano, 28.12.2016, n. 3390, in *Foro it.*, 2017, I, 722.

e di quello sociale (46). A conclusioni opposte è giunta la Corte di legittimità, quando i genitori d'intenzione non hanno alcun legame biologico con il nato (47).

Tali decisioni applicano regole simmetriche, ma non sempre rispettano il suindicato principio.

Il riconoscimento degli atti di nascita, a condizione che almeno la paternità sia genetica, garantisce la realizzazione dell'interesse del neonato alla propria vita privata (identità, nazionalità); il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita, in assenza di bisogni del bambino protetti dal diritto alla vita privata, benché sembri il logico corollario del primo enunciato, non necessariamente rispetta i bisogni complessivi del minore.

L'inesistenza di istanze tutelate dal diritto alla vita privata non determina l'automatica irrilevanza delle esigenze protette dal diritto alla vita familiare. Per la Corte di Strasburgo (48) anche un interesse evidenziato da un rapporto familiare in fatto instaurato è un interesse rilevante e non può essere trascurato; occorre, piuttosto, volta a volta, valutare se il medesimo sia anche meritevole di tutela, giacché, superata la valutazione di meritevolezza, quell'interesse può pretendere una tutela realizzativa anche nel conflitto con altre esigenze fondamentali (49).

Se vita privata e vita familiare del minore proteggono bisogni diversi (rilevanti congiuntamente e separatamente) reclamanti — quando meritevoli di tutela — identica preminente protezione, le regole da applicare nelle ipotesi in cui la legge sulla PMA non dispone, limitandosi a vietare una tecnica procreativa in se stessa o in relazione al tempo della sua esecuzione ovvero, ancora, in relazione

---

(46) Per la trascrizione di provvedimento straniero nel quale il compagno del genitore genetico viene indicato come secondo padre, v., Trib. Trento, ord. 23.02.2017, in *Foro it.*, 2017, I, 1034 ss.

(47) V., Cass. civ., 11.11.2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 3408 ss.

(48) V., Corte EDU, 27.04.2010, ricorso n. 16318/07, Moretti e Benedetti c. Italia, §§ 48-50.

(49) V., con riferimento all'annullamento di un'adozione, Corte EDU, 24.03.2015, ricorso n. 44958/05, Zaieţ c. Romania, § 49. In materia di maternità surrogata, v., da ultimo, Corte EDU, G.C., 24.01.2017, ricorso n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, §§ 148- 157.

alle persone che vi si sottopongono, meriterebbero un ripensamento.

In verità, non mancano indicazioni in tal senso. Corti e Tribunali, ancorché non univocamente, tendono a favorire la costituzione e ad impedire la rimozione di situazioni familiari corrispondenti allo stato di fatto che nel tempo si è determinato; in presenza di atti di nascita formati all'estero e recanti (o trascritti con) l'indicazione del solo genitore genetico, svincolano la tutela dei bisogni familiari del minore dal regime della legge 40 e applicano le disposizioni sull'adozione in casi particolari (50); in presenza, invece, di riconoscimento non veritiero da parte della madre sociale, propongono — sottoponendo al vaglio di costituzionalità l'art. 263 c.c. (51) — di evitare l'automatico accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e di lasciare al giudice la possibilità di valutarne la rispondenza all'interesse del minore.

Tali posizioni colgono l'importanza di regole fondate sul principio di tutela della stabilità delle situazioni familiari costituite o consolidate rispondenti all'interesse del minore. Il principio, già posto a fondamento della disciplina del matrimonio (52), merita la più ampia considerazione anche in quelle ipotesi di surrogazione di maternità che non superano il filtro selettivo della

---

(50) Da ultimo, v., le sentenze "gemelle" del Trib. min. Bologna, 06.07.2017, in *ilfamiliarista.it* 21 luglio 2017, nonché App. Milano, Sez. V, 09.02.2017, in *Corr. giur.*, 2017, 798 ss. *Ivi* ulteriori indicazioni.

(51) V., App. Milano, ord. 25.07.2016, n. 273, in G.U. 25.01.2017 n. 4. La Corte Costituzionale, con sentenza del 18.12.2017, n. 272, in *ilfamiliarista.it*, 19.12.2017, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., ha ritenuto (considerato in diritto § 4.3) che «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e dalla gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguara tutela».

(52) V., V. Scalisi, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 166-167 e in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 254; ora in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 162.

imprescindibile protezione degli interessi connessi alla vita privata del bambino (53).

In definitiva, il neonato, abbandonato dalla partoriente, che rientra in Italia con la coppia alla quale è legato da *relazione giuridica di filiazione* attestata da un atto di nascita formato *legalmente* in altro Stato (54), non dovrebbe essere considerato adottabile per mancanza di apporto genetico dei genitori, quante volte gli stessi abbiano anche stabilito un rapporto affettivo e adempiuto pienamente nel tempo i doveri di mantenimento, istruzione ed educazione (55).

È appena il caso di notare che, nella vicenda italiana dello scambio di embrioni, l'esistenza di una relazione giuridica di filiazione risultante da un atto di nascita formato legalmente (benché applicando i precetti codicistici relativi alle presunzioni di maternità e di paternità, piuttosto che l'art. 8 l. 40) ha consentito l'instaurarsi di un rapporto genitoriale in assenza di apporto genetico (materno o paterno). Invero, la giurisprudenza — a torto o a ragione — ha ritenuto che, pur mancando una rinuncia del padre e della madre genetici a fare valere le proprie istanze di genitorialità, occorresse mantenere lo stato di fatto corrispondente alla suaccennata situazione giuridica (56).

---

(53) Ancora, V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1110.

(54) Sull'opportunità di assicurare uniformità di trattamento al riconoscimento degli atti di nascita che attestano il rapporto di filiazione tra il nato e i genitori d'intenzione, v., I rapporti du groupe d'experts sur le projet filiation / maternité de substitution, in *hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy*.

(55) Le ragioni di ordine pubblico non bastano a giustificare l'opposto orientamento. Anche se la maternità surrogata è un disvalore, il disvalore non può e non deve riflettersi sul rapporto di filiazione a prescindere dalla considerazione dell'interesse del minore (v., con riferimento ad altre fattispecie, le sentenze della Corte costituzionale 31/2012 e 7/2013). Da ultimo, con la sentenza 272/2017, cit., la Corte Costituzionale riconosce che neppure nel caso della maternità surrogata l'interesse del minore è «cancellato». Occorre, piuttosto, procedere ad «una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale».

(56) V., da ultimo, Trib. Roma, 10.05.2016, in *ilfamiliarista.it*. In dottrina, cfr., A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 264 ss.

Se ne deduce che per l'elaborazione giurisprudenziale, a fronte di vicende procreative particolarmente sconvolgenti (ed è difficile stabilire se è più sconvolgente un accordo di maternità surrogata eseguito senza coercizione ovvero l'appropriazione, sebbene incolpevole, del prodotto dell'altrui concepimento, incolpevolmente smarrito ma non abbandonato), è necessario conservare la relazione giuridica di filiazione, in quanto rispondente all'interesse del neonato, avuto riguardo ai vincoli determinatisi durante la vita prenatale dello stesso.

Come è possibile, allora, in situazioni per più di qualche aspetto paragonabili, non tener conto della vita postnatale del neonato?