



# diritto & religioni

Semestrale  
Anno XIII - n. 1-2018  
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

25

 LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XII - n. 2-2017  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*Antropologia culturale*

*Diritto canonico*

*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*

*Sociologia delle religioni e teologia*

*Storia delle istituzioni religiose*

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI RESPONSABILI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*

*Giurisprudenza e legislazione canonica*

*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*

*Giurisprudenza e legislazione penale*

*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

G. Bianco, R. Rolli

M. Ferrante, P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*

*segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

#### Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Giuseppe D'Angelo - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Vincenzo Pacillo - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

## *La procreazione medicalmente assistita: problemi e prospettive*

ROSANNA PANE

### *1. Le trasformazioni strutturali e funzionali della famiglia, la procreazione medicalmente assistita e le mancate risposte del diritto*

In questi tempi si assiste a una profonda quanto rapida trasformazione delle dinamiche che conformano le relazioni umane e, prime tra tutte, quelle familiari.

Mutamenti questi ai quali il diritto non può restare indifferente, essendo sua precipua funzione quella di offrire risposte adeguate volte a comporre armonicamente i diversi interessi sociali coinvolti nelle varie manifestazioni della vita di relazione, in termini di ragionevolezza, proporzionalità e precauzione. Il diritto, per sua natura, poiché criterio ordinante la realtà sociale, è imprescindibilmente chiamato ad assumere, sulla base dei valori comunemente condivisi dalla società, precise posizioni, che offrano un'opportuna disciplina in grado di conformarsi e di conformare il contesto storico, sociale e culturale sul quale si trova a incidere. Diversamente è condannato alla disapplicazione.

Nel corso degli ultimi decenni, in tutti i paesi del mondo e, in particolare in quelli occidentali, si sono susseguiti interventi di riforma riguardanti il “pianeta” famiglia.

La mutata concezione culturale e giuridica di tale concetto, seppur con le peculiarità proprie a ogni realtà nazionale, si fonda sul superamento del modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio<sup>1</sup>. Il cambiamento tro-

---

<sup>1</sup> Sul paradigma familiare immaginato dal legislatore del 1942: cfr. ANTONIO CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, ora in *Scritti minori*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1965; ID., *Teoria generale del diritto di famiglia*, ristampa, Arnaldo Forni, Bologna, 1978. FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 381 ss.; più di recente ANTONIO RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 4, p. 751 ss., spec. p. 753. Per un superamento della visione istituzionale della famiglia cfr. PAOLO ZATTI, *Tratt. dir. fam.*, I, *Famiglia e Matrimonio*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2011, ove ulteriori riferimenti. Di particolare interesse i rilievi di VINCENZO

va ragione anche nell'indebolimento del vincolo coniugale, dovuto al forte incremento delle separazioni e dei divorzi<sup>2</sup> e al contemporaneo sempre più diffuso ricorso a svariate forme di percorsi familiari soprattutto nelle giovani generazioni<sup>3</sup>.

Molti ordinamenti europei già da qualche tempo si sono aperti al riconoscimento di nuovi modelli familiari, quali: la famiglia fondata sul matrimonio, di fatto, monoparentale, ricostituita, allargata, di sangue, degli affetti. E dunque a ogni tipo di formazione sociale che, di là dal suo titolo fondante, svolga in concreto con carattere di stabilità e serietà, funzioni familiari.

Allo stato lo scenario normativo europeo prospetta soluzioni variegata e spesso disomogenee, fonti di ulteriori gravi problemi per i cittadini comunitari, e nel loro insieme ancora molto distanti dall'auspicato obiettivo di armonizzazione<sup>4</sup>.

---

SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 15 ss.; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 524 ss., in contrapposizione al famoso concetto di famiglia quale «isola che il mare del diritto doveva solo lambire» espresso da ARTURO CARLO JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, *passim*; PAOLO ZATTI, *Familia, Familiae. Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss.

<sup>2</sup> Sui mutamenti della compagine familiare intervenuti negli ultimi tempi in Italia, si veda *Dossier Famiglia in cifre*, 2010, in [www.istat.it](http://www.istat.it). Secondo le più recenti rilevazioni dell'Istituto nazionale di statistica le famiglie di fatto sono cresciute più del doppio dal 2008 al 2014 e di quasi dieci volte rispetto agli anni 1993 - 1994, con conseguente sensibile incremento della nascita di figli da coppie non sposate. Sono, inoltre, diminuiti il numero dei matrimoni in prime nozze, mentre lievemente aumentati quelli in seconde nozze. Infine, si assiste ad un sempre maggiore numero di separazioni e divorzi, fenomeni che intervengono in tempi ben più celeri rispetto al passato. In dottrina GIORGIO COLLURA, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 627 ss., ove ulteriori riferimenti.

<sup>3</sup> Sul tema nel tempo, in vario senso, si vedano gli studi di stampo sociologico, che partendo dalla famiglia nucleare giungono alla constatazione di nuovi e sempre più mutevoli scenari familiari. TALCOTT ROBERT PARSONS, *Famiglia e socializzazione*, 1955, trad. it. di GIAN ANTONIO GILLI (a cura di), Mondadori, Milano, 1974; DAVID COOPER, *La morte della famiglia*, Einaudi, Torino, 1977; JAN E. DIZARD e HOWARD GADLIN, *The minimal family*, Boston, 1990, con prefazione all'edizione italiana di LUISA LEONINI (a cura di), *La famiglia minima. Forme della vita familiare moderna*, Franco Angeli, Milano, 2002; ANNA LAURA ZANATTA, *Le nuove famiglie*, Il Mulino, Bologna, 1997; PIERPAOLO DONATI (a cura di), *Famiglia e capitale sociale nella società italiana. Ottavo rapporto sulla famiglia italiana*, San Paolo, Milano, 2003, p. 15 ss.; PIERPAOLO DONATI e LUIGI TRONCA, *Il capitale sociale degli Italiani. Le radici familiari, comunitarie e associative del civismo*, Franco Angeli, Milano, 2008; DANIELA DEL BOCA e ALESSANDRO ROSINA, *Famiglie sole. Sopravvivere con un welfare inefficiente*, Il Mulino, Bologna, 2009; PIERPAOLO DONATI e PAOLA DI NICOLA, *Lineamenti di sociologia della famiglia*, Carocci, Roma, 2011.

<sup>4</sup> In argomento GUIDO ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, I, in part. p. 448; NICOLÒ LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, I, p. 8; di «convergenze tecniche» e di «convergenze naturali» che hanno decretato negli ultimi anni un'attenuazione delle differenze tra i molteplici ordinamenti, parla SALVATORE PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, *ivi*, p. 531 ss.; WALTER PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in MARIA GIOVANNA CUBEDDU e SALVATORE PATTI (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 92 ss.

La ricaduta di tali svolgimenti non è estranea alla nostra realtà nazionale, nella quale si possono, pur se con le dovute diversificazioni, scorgere le trasformazioni e le ridefinizioni strutturali e funzionali della famiglia. Cambiamenti determinati dall'affermazione di costumi e stili di vita, che si traducono in modelli organizzativi familiari tra i più vari che hanno trovato, sebbene in modo non compiuto e appagante, una prima risposta nella regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze<sup>5</sup>.

Se dal piano dei rapporti interpersonali tra coniugi o *partners* la riflessione trascorre a vicende che vedono coinvolti interessi e diritti dei figli e in particolare di quelli minori, l'analisi deve divenire più attenta. Al giurista, consapevole del valore apicale assunto nel nostro ordinamento dall'interesse del minore<sup>6</sup>, non può sfuggire la necessità di garantire cautele e precauzioni "a chi non ha voce".

---

<sup>5</sup> Su tali profili si rinvia al dibattito parlamentare che ha caratterizzato il lavoro in materia della XVII Legislatura (in [www.senato.it](http://www.senato.it)). Cfr., per alcuni commenti, LUIGI PRINCIPATO, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2015, *passim*; LEA QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2016, p. 843 ss.; CRISTIANO CICERO, *Non amor sed consensus matrimonium facit? chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2016, p. 1095 ss.; MARCO CANONICO, *Gli aspetti patrimoniali delle unioni civili e delle convivenze di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2016, p. 1108 ss.; FRANCESCO PAOLO LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, *ivi*, p. 1083 ss.; BRUNO DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, Padova, 2016; MARILENA GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016; AA. VV., *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, n. 10, 2016, p. 845 ss.; CESARE MASSIMO BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017, d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Giappichelli, Torino, 2017; GIOVANNI BONILINI (a cura di), *Tratt. dir. fam., Unione civile e convivenza di fatto*, V. Utet, Torino, 2017, ove ulteriori riferimenti.

<sup>6</sup> Sul rilievo sempre crescente dell'interesse del minore, in vario senso: GIOVANNI MANERA, *Due diversi modi di intendere l'interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 567 ss.; GIOVANNI SCIANCALEPORE, *L'interesse del minore nel giudizio di cui all'art. 274 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 834 ss.; GIAMPIERO DINACCI, *L'adozione: dall'interesse dell'adottante al diritto del minore*, in MICHELE SESTA e VINCENZO CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 629 ss.; FRANCA GALLETTA, *I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore*, in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 261 ss.; GIUSEPPE RECINTO, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1165 ss.; LARA FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1575 ss.; GIANNI BALLARANI e PIETRO SIRENA, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 538 ss.; EMANUELA GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. pers.*, n. 2, 2014, p. 817 ss.; GILDA FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss. L'importanza assunta dal principio nel corso del tempo attraverso la sua applicazione concreta ha condotto a considerare la formula del "superiore interesse del minore" criterio privilegiato al quale fare ricorso in tutte le controversie che lo riguardano. Sul tema, di recente, GUIDO CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, n. 3, 2017, p. 777 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

La riforma della filiazione di recente intervenuta in Italia, pur se lodevolmente tesa a garantire gli effetti del rapporto di filiazione in una visione finalmente egualitaria<sup>7</sup>, non è intervenuta su particolari aspetti che, per la loro delicatezza, avrebbero avuto necessità di una rivisitazione quali: la procreazione medicalmente assistita. Il silenzio del legislatore su tale profilo rappresenta sicuramente un'occasione perduta e testimonia, ancora una volta, la filosofia fragile, spesso frammentaria, dei recenti interventi di settore.

All'inerzia o alla superficialità del legislatore italiano, alla variegata e disomogenea disciplina nei vari paesi europei è corrisposto un sempre più massiccio ricorso agli organi giurisdizionali italiani e comunitari, che sono stati ripetutamente chiamati a una necessaria quanto insufficiente e disorganica attività di supplenza legislativa per dare realizzazione alle esigenze delle coppie sterili.

## 2. *L'incerta filosofia di fondo della legge n. 40 del 2004*

Alla tradizionale espressione "procreazione medicalmente assistita" si riconducono svariati fenomeni che hanno in comune l'intervento artificiale, sotto l'aspetto biologico e/o medico, nella prima fase della riproduzione umana, per integrare o sostituire comportamenti o forze naturali. Tecniche, i cui primi tentativi risalgono a molti secoli fa<sup>8</sup>, che hanno trovato, sotto la spinta degli incessanti progressi scientifici degli ultimi tempi, una sempre più diffusa applicazione motivata il più delle volte dal porre rimedio all'infertilità e sterilità della coppia.

Già da qualche tempo il Consiglio d'Europa era intervenuto sul tema e, nel

---

<sup>7</sup> Tra i vari commenti: CESARE MASSIMO BIANCA, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *La riforma del diritto della filiazione (l. n. 219/12)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507 ss.; GILDA FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; MICHELE SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; ROSANNA PANE (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, ESI, Napoli, 2015, *passim*; ROSANNA PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, ESI, Napoli, 2014; MIRZIA BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014, p. XVII; AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015; con attenzione ai profili di diritto intertemporale, NICOLA CIPRIANI, *Rapporti personali nella famiglia e successione di norme nel tempo*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 89 ss.

<sup>8</sup> MAURIZIO FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv., Aggior.*, III, Utet, Torino, 2007, p. 1051 ss., ove ampie indicazioni; INES CORTI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 530 ss. Di recente: FAUSTA SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, ESI, Napoli, 2012; MARILISA D'AMICO e BENEDETTA LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, ESI, Napoli, 2016.

porre l'accento sull'impellente necessità di armonizzare le varie legislazioni europee, ha dettato i punti salienti della futura disciplina raccomandando agli Stati membri, a fini di tutela della donna e, se coniugata, anche del marito, di disciplinare tanto la procreazione omologa quanto quella eterologa, con particolare attenzione alla responsabilità del medico, alla gratuità della donazione del seme e dell'ovulo, sì da evitare la commercializzazione del materiale genetico<sup>9</sup>. Si è inoltre auspicato il riconoscimento automatico della paternità da parte del marito o del convivente, che abbia prestato il proprio consenso.

Soltanto nel 2004 l'Italia con la legge n. 40, in forte ritardo rispetto alle altre realtà europee, ha emanato una regolamentazione di settore<sup>10</sup>.

La normativa promulgata senza la necessaria attenzione agli svariati dibattiti svoltisi in sede etica, scientifica e sociale, avrebbe dovuto, nell'intenzione legislativa, colmare un vuoto più che ventennale, che aveva determinato nel nostro Paese la prassi del "turismo procreativo", prassi priva di controllo e, per molti versi, eccessivamente libertaria<sup>11</sup>. Alla presenza di un panorama normativo internazionale ed europeo molto frammentato e disomogeneo<sup>12</sup>, traccia

<sup>9</sup> *Rapporto* n. 4776 del 18 settembre 1981, sull'inseminazione artificiale umana, in FABIO BUZZI e GIANGIACOMO TASSI, *La procreazione medicalmente assistita. Normativa, giurisprudenza e aspetti medico legali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 95 ss. Svariate inoltre le Raccomandazioni in tema di sperimentazione sugli embrioni, di ricerca scientifica e procreazione assistita, tra le quali, si ricordano: Raccomandazione n. 934, del 1982 e la n. 1100 del 1989, nelle quali si consiglia di limitare la sperimentazione sugli embrioni possibilmente a quelli non vitali.

<sup>10</sup> La normativa è il frutto dell'accorpamento di svariare proposte di legge presentate da differenti forze politiche. UGO SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360 ss.; FABIO BUZZI e GIANGIACOMO TASSI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 96 ss.; EMILIO DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 428 ss.; MICHELE SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 845 ss.; GEREMIA CASABURI, *Procreazione medicalmente assistita: "disco verde" giurisprudenziale alle coppie non sterili e non infertili*, in *Corr. merito*, 2010, p. 260 ss.; MARIA DOSSETTI, MARIA LUPO, MARIA LETIZIA JABES MORETTI, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita. Problemi e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2009; FRANCESCA ROMANA FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 683; MIMMA MORETTI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, III, Utet, Torino, 2007, p. 291 ss.; RICCARDO VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, VII, Giuffrè, Milano, 2006, p. 263 ss.; FRANCESCO RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 634; FERNANDO SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>11</sup> Si stima che negli anni 2010-2011 un numero di circa 4000 coppie italiane sia ricorso all'estero per il trattamento di procreazione medicalmente assistita. Tra questi il cinquanta per cento aveva fatto ricorso a tecniche di fecondazione eterologa. I dati sono riportati negli studi condotti dall'Osservatorio sul turismo procreativo, reperibili in [www.osservatorioturismoprocreativo.it](http://www.osservatorioturismoprocreativo.it). In argomento JOELLE LONG, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genius*, n. 2, 2015, p. 163 ss.

<sup>12</sup> Per una quadro di sintesi dei diversi ordinamenti RAFFAELE TORINO, *Legittimità e tutela giuridica*

del pluralismo etico che connota il nostro tempo, la disciplina si collocava, all'epoca della sua emanazione, nell'ambito di quelle leggi ispirate a un modello rigido, dettando limiti al diritto di procreare delle persone attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita che veniva, infatti, circoscritta in ambiti ridotti.

Secondo le critiche da più parti, anche di recente, avanzate il testo normativo tutelerebbe in massimo grado l'embrione<sup>13</sup> e ciò anche a scapito del diritto alla salute della donna, impedendo al contempo la ricerca scientifica per la cura di alcune gravi malattie e la loro prevenzione<sup>14</sup>. E, ancora, nel vietare l'inseminazione eterologa, diversamente dalle legislazioni della gran maggioranza dei paesi occidentali, avrebbe limitato il diritto della persona alla creazione di una famiglia con figli, in ossequio a tradizionali tendenze presenti nel nostro Paese<sup>15</sup>.

In diversa prospettiva, la *ratio* del divieto di eterologa era individuata nella preoccupazione che il superamento della legge di natura infrangesse irrimedi-

---

*degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia, Familia*, n. 1, 2002, p. 179 ss., ove ulteriori riferimenti.

<sup>13</sup> Per la posizione particolarmente attenta alla tutela dell'embrione, cfr. le proposte di legge n. 762, d'iniziativa del deputato Napoli recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione medicalmente assistita, presentata il 2 giugno 2001; la n. 2465, d'iniziativa del deputato Patria e altri recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita", presentata il 2 marzo 2002; la n. 2492, di iniziativa del deputato Di Teodoro recante "Norme per la tutela dell'embrione e la dignità della procreazione assistita" presentata il 7 marzo 2002, in *www.senato.it*. Sul tema CARMELA SIMONA PASTORE, *L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2014, p. 730 ss.; CLAUDIO BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2006, p. 15 ss.; CRISTINA MARIA PETTINATO, *I nuovi orizzonti giuridici della tutela dell'embrione*, in *Dir. eccl.*, n. 3, 2004, p. 299 ss.; ADRIANO BONPIANI, *Studi e saggi: La dignità del vivere: Quale tutela dell'embrione umano nella riflessione biogiuridica internazionale?*, in *Bioetica*, n. 1, 2001, p. 139 ss.

<sup>14</sup> FRANCESCO CARLINO, *La selezione preimpianto tra autodeterminazione procreativa e tutela del diritto alla salute della donna*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1, 2018, p. 229 ss.; EMILIO DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2014, p. 1669 ss.; GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevittabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2012, p. 3 ss.; MARINA CASINI, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2011, p. 73 ss.

<sup>15</sup> Cfr., in vario senso, LORENZO D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 793 ss.; ALFONSO CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 1; PASQUALE STANZIONE e GIOVANNI SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39. Invero si è ritenuto che "i politici cattolici, una volta che hanno spiegato chiaramente la propria posizione hanno il dovere di impegnarsi per ridurre gli effetti negativi e fare in modo che il testo di una legge sia il migliore possibile, tenendo conto degli equilibri e delle forze in gioco". ELIO SGRECCIA e ANGELO FIORI, *Qualche riflessione sopra la legge italiana sulla procreazione assistita*, in *Medicina e Morale*, 2004, n. 1, p. 10.

diabilmente i legami di procreazione biologica. La sua abolizione avrebbe determinato una discutibile scissione, fonte di confusione, tra la figura del genitore meramente genetico e quella del genitore sociale, in violazione dei primari diritti del concepito<sup>16</sup>.

A tal riguardo non si può non ricordare che nel nostro ordinamento esistono da tempo altri istituti, in particolare l'adozione legittimante, per effetto dei quali la paternità e la maternità si allontanano dal legame biologico, trovando fondamento in una decisione libera e consapevole dei genitori sociali, in un vincolo fondato non sul sangue ma su logiche diverse: quella dell'affetto e dell'accoglienza. Istituti che andrebbero maggiormente valorizzati al fine di ridurre il ricorso a tecniche "artificiali" di procreazione<sup>17</sup>. Queste e non tutte

---

<sup>16</sup> In tal senso si veda la Relazione della XII Commissione permanente Affari sociali, relatore per la maggioranza Bianchi, presentata alla Presidenza il 26 marzo 2002, in [www.senato.it](http://www.senato.it). Nel campo della procreazione assistita si assiste ad una profonda riflessione nel corso del tempo nel pensiero cattolico. Particolare importanza in tal senso assumono l'Istruzione *Donum vitae* della Congregazione per la dottrina della fede del 22 febbraio 1987 [ELIO SGRECCIA (a cura di), *Il dono della vita*, Milano, 1987, p. 7 ss.], che fissa i criteri morali onde risolvere le questioni etiche sollevate dalle tecniche di fecondazione artificiale. In particolare, si sottolinea che la ricerca scientifica e le applicazioni della tecnica devono essere vagliate alla luce del rispetto, difesa e promozione dell'uomo, del suo diritto primario e fondamentale alla vita, della sua dignità di persona [Introduzione, n. 1]. Muovendo da tali presupposti vengono esaminati la diagnosi pre-impianto, gli interventi terapeutici, la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, gli interventi di manipolazione genetica. Il quadro delineato mostra riserve sotto il profilo morale sia nei riguardi della procreazione artificiale sia della maternità sostitutiva [Parte seconda, A, nn. 2 e 3]. L'Istruzione *Dignitas personae*, pubblicata l'8 settembre 2008, dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (in [www.vatican.va](http://www.vatican.va)), nel rimarcare i principi espressi dalla precedente, afferma, di converso, la liceità delle "tecniche che rispettano il diritto alla vita e all'integrità fisica di ogni essere umano", "l'unità del matrimonio, che comporta il reciproco rispetto del diritto dei coniugi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro" e "i valori specificamente umani della sessualità, che esigono che la procreazione di una persona umana debba essere perseguita come il frutto dell'atto coniugale specifico dell'amore tra gli sposi". Sono quindi "ammissibili le tecniche che si configurano come un aiuto all'atto coniugale e alla sua fecondità [...]". L'intervento medico è in questo ambito rispettoso della dignità delle persone, quando mira ad aiutare l'atto coniugale sia per facilitarne il compimento sia per consentirgli di raggiungere il suo fine, una volta che sia stato normalmente compiuto" (n. 12). Sono "certamente leciti gli interventi che mirano a rimuovere gli ostacoli che si oppongono alla fertilità naturale" (n. 13). Il documento rappresenta un'apertura rispetto alla precedente Istruzione del 1987 anche alla luce del mutato modo di concepire le tecniche nella coscienza sociale.

<sup>16</sup> R. LAURA SCOPEL, *La procreazione artificiale nei recenti documenti della Chiesa Cattolica*, in [www.statoecliese.it](http://www.statoecliese.it); GIOVANNI BIANCO, *La Chiesa cattolica in Italia e la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, in [www.bibliotekacyfrowa.pl](http://www.bibliotekacyfrowa.pl); STEFANO GROSSI, *Le tecnologie riproduttive nel magistero della Chiesa Cattolica*, in ANDREA BUCCELLI (a cura di), *Produrre uomini: procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 47 ss., ove ulteriori riferimenti. Per un quadro anche al pensiero di altre religioni PAOLO VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrazione della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 46 ss., 97 ss. e 151 ss.

<sup>17</sup> Sul tema ROSANNA PANE, *L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità*, in *Dir. succ. fam.*, n. 2, 2016, p. 451 ss.; *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, ESI, Napoli, 2003, ove riferimenti alla dottrina e alla prassi. Di recente GIUSEPPE MARRA, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*,

le critiche avanzate nei confronti del testo legislativo.

Non possono passare sotto silenzio, per altro verso, gli svariati difetti di tecnica legislativa<sup>18</sup>. Vale qui ricordarne soltanto alcuni, tra i più indicativi: la vaghezza del testo, l'assenza di coordinamento tra le singole norme e tra queste e il più generale impianto di riferimento del diritto delle persone, l'intrinseca contraddittorietà e/o ambiguità della disciplina e delle sue reali finalità. Ambiguità palesatasi con maggior evidenza soprattutto dopo gli svariati interventi correttivi operati dalla Corte costituzionale<sup>19</sup>. Né si può tacere la

---

in [www.ilmfamiliarista.it](http://www.ilmfamiliarista.it), 30 gennaio 2018. Di grande attualità l'insegnamento di Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae*, (n. 29, in [www.w2.vatican.va](http://www.w2.vatican.va)) nella quale si auspica "sentendoci profondamente vicini alle coppie di sposi, che ancora non riescono a trovare nella medicina una soluzione alla loro condizione di sterilità, fraternamente le incoraggiamo ad esprimere e realizzare ugualmente la loro fecondità coniugale, ponendosi con generosità a servizio delle molteplici situazioni umane bisognose di amore e di condivisione. Fra queste meritano una particolare menzione gli istituti sociali dell'adozione e dell'affidamento familiare per i quali auspichiamo normative giuridiche sempre più in grado di assicurare le dovute garanzie ed, allo stesso tempo, dei tempi rapidi per gli adempimenti burocratici".

<sup>18</sup> In particolare, NICOLÒ LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, Relazione al convegno "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 gennaio 2005, Accademia dei Lincei, in [www.laprocreazioneassistita.it](http://www.laprocreazioneassistita.it).

<sup>19</sup> Negli ultimi anni si segnalano gli importanti interventi della Consulta che hanno riscritto i limiti in materia di procreazione artificiale posti dalla legge n. 40 del 2004. Con sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca (CARLO CASINI e MARINA CASINI, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2016, p. 863 ss.; ANGELA COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni (nota a C. cost. 13 aprile 2016 n. 84)*, in *Giur. cost.*, 2, 2016, p. 763 ss.; GEREMIA CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine? (nota a Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84; Corte cost. 22 marzo 2016, s.n.)*, in *Foro it.*, n. 5, 2016, c. 1518 ss.). Con sentenza n. 96 del 2015, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (GEREMIA CASABURI, *La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Osservazioni a Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96*, in *Foro it.*, nn. 7-8, 2015, c. 2254 ss.; ANTONIO IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004. Osservazione a sentenza Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 813 ss.). Ancora la Corte costituzionale, con sentenza n. 229 del 2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche (LORENZO CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica reimpianto, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2015, c. 2111 ss.; CATERINA IAGNEMMA, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015, nota a C. cost. 11 novembre 2015 n. 229*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 1, 2016, p. 322 ss.; PAOLA SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2015, p. 851 ss.). Con sentenza

mancata regolamentazione di alcune situazioni, quali la maternità surrogata, ormai frequenti nella prassi che allo stato continuano a essere affidate alla deontologia dei medici, alla libera determinazione delle persone, alla riflessione dei giudici<sup>20</sup>.

### *3. La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nel pensiero della Corte costituzionale*

La legge n. 40 del 2004, nei suoi anni di vigenza, è stata sottoposta a innumerevoli censure sia dalle giurisdizioni di merito sia di legittimità e a ripetuti interventi della Corte costituzionale<sup>21</sup>. Particolare rilievo assume l'orien-

---

n. 162 del 2014 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita (MARINA CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la procreazione medicalmente assistita. Così la Corte Costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori. La sentenza n. 162 del 2014 e il ritorno dell'eterologa in Italia*, in *Medicina e morale*, 3, 2014, p. 367 ss.; FILIPPO VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa* in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2014, p. 617 ss.; ANTONELLO CIERVO, *Legislatori irragionevoli e giudici senza cuore. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita tra giurisprudenza e valori costituzionali*, *Giur. cost.*, n. 4, 2008, p. 3669 ss.). Con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" e del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (cfr. FERNANDO SANTOSUOSSO, *La legge n. 40/2004 dopo gli interventi della Consulta*, in *Iustitia*, n. 2, 2010, p. 175 ss.; MARINA CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004, nota a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3, 2009, p. 1033. Per una completa disamina di tutti gli interventi giurisprudenziali in materia si rinvia a [www.fecondazioneeterologaitalia.it](http://www.fecondazioneeterologaitalia.it) ed anche a [www.biodiritto.org-dossier-come-cambiata-la-legge-40](http://www.biodiritto.org-dossier-come-cambiata-la-legge-40), ove riferimenti anche alla giurisprudenza di merito.

<sup>19</sup> dottrina ANTONIO D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005; precedentemente ANTONIO BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in MAURO VOLPI (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 16 ss. MAURO VOLPI, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in GUIDO BISCONTINI e LUCIA RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, ESI, Napoli, 2002, p. 35 ss.

<sup>20</sup> Di recente degna di attenzione è la sentenza n. 272 del 2017 resa dalla Corte costituzionale, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2018, p. 15 ss., con nota critica di LORENZO D'AVACK, *Maternità surrogata: un divieto inefficace*, *ivi*, 2017, p. 139 ss. Sul tema AA.VV., *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, *ivi*, 2016, p. 1117 ss.; ALESSANDRA CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, *ibidem*, 2017, p. 472; GIADA CIARLARIELLO, ARMIDA AALBA CAMPOLONGO, MARIANTONIA DI SANZO, RAFFAELE LA RUSSA, ALESSANDRO SANTURRO, VALENTINA LO VOI, PAOLA FRATI, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, *ivi*, 2016, p. 1137 ss., a cui si rinvia per un'ampia bibliografia. La Consulta, in particolare, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Milano rispetto all'articolo 263 c.c., rilevando che il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito attraverso la surrogazione di maternità è sempre tenuto a valutare, in modo comparativo, l'interesse alla verità e quello del minore.

<sup>21</sup> Cfr. *retro* nota 19.

tamento espresso dalla Corte costituzionale, che nella pronuncia 10 giugno 2014, n. 162, nell'accogliere le doglianze dei remittenti, fugando i timori della vigilia su di un suo possibile ripensamento, ha fatto cadere il divieto di procreazione eterologa<sup>22</sup>.

La pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, commi 1 e 3 e dell'art. 12, comma 1, della l. n. 40 del 2004. A tale risultato si è giunti dopo un difficile e accidentato percorso. Infatti, la Corte, investita della medesima doglianza, con la sentenza 12 marzo 2010, n. 97, aveva dichiarato inammissibile la questione<sup>23</sup>. In seguito con ordinanza 22 maggio 2012, n. 150, nella scia della sopravvenuta sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 11 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria<sup>24</sup>, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti, per un rinnovato esame<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> In [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Tra i vari commenti, in diversa prospettiva: ANTONINO PORRACCILO, *Un divieto non giustificabile dall'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità (nota a Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Guida dir.*, 27, 2014, p. 27; CRISTIANO CICERO e EMILIA PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto: ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4, 2014, p. 1290 ss.; LORENZO D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, *ivi*, n. 3, 2014, p. 1005 ss.; CARLO CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale (nota a C. cost. 10 giugno 2014 n. 162)*, in *Europa dir. priv.*, n. 3, 2014, p. 1117 ss.

<sup>23</sup> In [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Cfr. in vario senso, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2 luglio 2010; IRENE PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, 2 luglio 2010; EMILIO DOLCINI, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1429 s.

<sup>24</sup> La pronuncia ha ribaltato la sentenza resa dalla prima sezione, 1 aprile del 2010, S.H. e altri contro Austria con la quale la Corte europea, nell'affermare che la decisione di concepire un figlio attraverso tecniche di fecondazione assistita rientra nella sfera di tutela degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione rispetto al godimento dei diritti riconosciuti dalla convenzione), aveva ritenuto che il divieto di donazione di spermatozoi e di ovociti nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse discriminatorio per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore esterno. Invero la Grande Camera nella sentenza del 2011, ha analizzato la vicenda sotto diversa angolazione. Precisamente ha valutato se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisse un'interferenza legittima, necessaria e proporzionata nei confronti dell'art. 8 CEDU. La Corte pur rilevando una chiara tendenza nell'ambito dei paesi facenti parte del Consiglio d'Europa favorevole alla donazione di gameti ai fini della procreazione *in vitro*, ha ritenuto tuttavia che tale orientamento non valga a limitare il margine di apprezzamento discrezionale del legislatore nazionale in una materia tanto delicata e sensibile quale quella della procreazione medicalmente assistita.

<sup>25</sup> Tra gli altri commenti, cfr. ANREA RENDA e ANDREA NICOLUSSI, *Corte costituzionale, ordinanza 7 giugno 2012, n. 150*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2013, p. 196 ss.; GIORGIO REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); CATERINA MURGO, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo (Commento a Corte cost., ord. 22.5.2012, n. 150)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2012, p. 870 ss.

La questione d'incostituzionalità è stata, quindi, nuovamente sottoposta al vaglio della Consulta dai Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania, con ordinanze quasi contemporanee (8 aprile, 29 marzo e 13 aprile 2013)<sup>26</sup>. In ciascuna delle ordinanze di remissione, il ricorso alle tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo è stato ritenuto l'unico metodo idoneo a consentire alle coppie richiedenti di avere un bambino, nonostante lo stato di assoluta infertilità di uno dei *partners*. A sostegno della tesi di tutti i ricorrenti è stata riportata la decisione della prima Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 1° aprile 2010. In particolare, nella ordinanza milanese, i coniugi richiedevano, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita, la fecondazione di tipo eterologo, mediante donazione di gamete maschile, a causa dell'infertilità assoluta, dovuta ad azoospermia completa, da cui risultava affetto il marito. Parimenti nel caso fiorentino, il giudice remittente individuava nel ricorso alla tecnica di fecondazione assistita di tipo eterologo, l'unico rimedio idoneo, nel caso di specie, a consentire il superamento degli impedimenti profilatisi al concepimento data l'impossibilità dei coniugi di concepire un figlio per vie naturali, a causa della assoluta infertilità del marito, perché affetto da azoospermia con assenza di cellule spermatogeniche. Nel caso catanese, i ricorrenti si trovavano impossibilitati a realizzare il loro diritto alla genitorialità a causa della sterilità assoluta dalla quale era colpita la donna, individuando quale unico metodo idoneo al superamento della suddetta patologia quello della "ovodonazione", non praticata in Italia.

I giudici costituzionali hanno motivato la declaratoria d'incostituzionalità del divieto di eterologa esclusivamente sui parametri interni, e precisamente gli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 cost., unitariamente interpretati in quanto la procreazione medicalmente assistita involge "plurime esigenze costituzionali, incidendo la normativa in esame su interessi di tale rango". Volutamente la Corte non ha menzionato l'art. 8 della CEDU, rispetto della vita privata e familiare, ritenendo che il giudicato di costituzionalità andasse risolto esclusivamente alla luce del dato costituzionale<sup>27</sup>.

È opportuno ricordare, pur se in via sintetica, i passaggi fondamentali che sorreggono la pronuncia. La Corte afferma che il divieto di eterologa non co-

---

<sup>26</sup> Trib. Milano, 8 aprile 2013, in *Foro it.*, n. 9, I, 2013, c. 2473; Trib. Firenze, 29 marzo 2013, in [www.dirittopenalecontemporaneo](http://www.dirittopenalecontemporaneo), con nota di ALESSANDRA VERRI, *Anche il Tribunale di Firenze, dopo quelli di Milano e Catania, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della fecondazione eterologa*; Trib. Catania, 13 aprile 2013, in *Foro it.*, n. 9, I, 2013, c. 2473 ss.

<sup>27</sup> FRANCO GALLO, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); GIOVANNA CHIAPPETTA (a cura di), *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012; GIOVANNA CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, ESI, Napoli, 2011, ove ulteriori richiami.

stituisce un'opzione consolidata nel tempo e neppure il frutto di obblighi derivanti da accordi internazionali. La scelta di avere o no dei figli rientra nella sfera più intima e intangibile dell'uomo e, come tale, deve essere lasciata alla consapevole autodeterminazione della persona. Il giudice delle leggi avverte che la libertà di diventare genitori non si può manifestare senza limiti, ma che questi non possono consistere in un divieto assoluto. Nel richiamarsi a un ampio concetto di salute, quale migliore stato di sanità psico-fisica possibile della persona, i giudici costituzionali affermano che l'impossibilità di ricorso all'eterologa può turbare gravemente la salute psichica della coppia e costituire un grave *vulnus* a tale diritto.

L'impiego della tecnica in esame ha uno scopo preciso: quello di favorire la vita in quanto destinato ai soli casi di sterilità o infertilità assolute, sì che ciò porta in radice a escludere un'eventuale utilizzazione dei gameti a illegittimi fini eugenetici.

Dunque costituisce un innegabile strumento per attuare la stessa funzione che nel suo complesso la legge è chiamata a realizzare. Illogico appare ancora, nel pensiero della Corte, il divieto alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, che vuole che situazioni diverse siano disciplinate in modo diverso. Infatti mentre le coppie affette da patologie meno gravi possono realizzare il loro desiderio di diventare genitori attraverso il ricorso a tecniche di tipo omologo, il divieto si pone come un ostacolo insormontabile e irragionevole per quelle coppie le cui patologie sono di natura molto più grave e tale da richiedere l'impiego di materiale genetico a esse estraneo.

D'altro canto la permanenza del divieto comporta un pesante pregiudizio a carico delle coppie meno abbienti, che in ragione della loro situazione economica non possono sostenere le spese per recarsi in quei paesi ove il ricorso all'eterologa è consentito.

Per quanto attiene alle tutele predisposte dalla legge a favore delle persone nate con l'ausilio dell'eterologa e per le coppie che vi accedono, il giudice delle leggi rileva come non possa sorgere incertezza sullo stato giuridico del nato, visto che la legge n. 40 prevede che a seguito del ricorso a tale tecnica i nati acquistano lo *status* di figli, garantito dall'impossibilità di ricorrere in disconoscimento o all'impugnazione *ex art. 263 c.c.* E in caso di ovodonazione viene esclusa la possibilità dell'anonimato della madre. I donatori di gameti del pari non acquisiscono alcuna relazione giuridica parentale con il nato e viene garantito loro l'anonimato. La Corte, infine, afferma come dall'esame di tutti gli interessi coinvolti e dalla disciplina per essi apprestata, la cancellazione del divieto non determini alcun vuoto normativo sia in riferimento all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica sia per quanto attiene ai requisiti soggettivi *ex art. 5, comma 1.*

4. *Le criticità aperte ad opera della sentenza costituzionale nella normativa e le nuove Linee guida. Loro insufficienza*

Questo in estrema sintesi il giudicato, che pur rappresentando un sicuro passo in avanti sulla strada della realizzazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, comunque in alcuni passaggi non sfugge a possibili critiche.

In via preliminare è da osservare che non convincono le motivazioni addotte dalla Corte laddove dichiara che il suo intervento correttivo non avrebbe determinato alcuna lacuna nell'ambito della normativa. Tale posizione fu caldeggiata anche da un folto gruppo di giuristi che, subito dopo il giudicato, sollecitarono i centri di procreazione medicalmente assistita a praticare immediatamente l'applicazione di tecniche eterologhe<sup>28</sup>. Posizione questa non del tutto condivisibile visto che la caduta del divieto ha comportato e comporta innumerevoli problemi che richiedono ancora una pronta soluzione.

In questi ultimi anni, si è tentato di superare alcune delle criticità più evidenti aperte per effetto della sentenza costituzionale, con un ampio ricorso alla decretazione, soprattutto da parte del Ministero della Salute<sup>29</sup>. Si è inoltre provveduto ad emanare le nuove Linee guida<sup>30</sup>, che hanno innovato alcuni parametri per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In particolare, è stato stabilito che l'accesso alle tecniche è consentito soltanto alle coppie affette da sterilità e/o infertilità inspiegabili documentate da atto medico o da cause accertate e documentate da atto medico. Spetta al medico decidere la gradualità degli interventi, utilizzando, in un primo momento le tecniche più semplici, meno invasive e onerose, tenendo presenti le

---

<sup>28</sup> Le richieste di sottoporsi a eterologa intanto sono aumentate. Per rilievi statistici si vedano i dati emersi nel primo Congresso nazionale in materia di procreazione medicalmente assistita tenutosi a Firenze nel febbraio 2018, in [www.pma-italia.it](http://www.pma-italia.it).

<sup>29</sup> In particolare si ricordano: il Decreto legislativo, 16 dicembre 2016, n. 256, in G.U., Serie generale, n. 10, 13 gennaio 2017, riguardante prescrizioni tecniche relative alla codifica di tessuti e cellule umane; il Decreto del ministero della Salute, 15 novembre 2016, in G.U., Serie generale, 19 novembre 2016, n. 171, riguardante le procedure volte a verificare le norme di qualità e di sicurezza equivalenti dei tessuti e delle cellule importati; il Decreto del Ministero della Salute, 28 dicembre 2016, n. 265, in G.U., Serie generale, 17 febbraio 2017, n. 40, recante norme in materia di manifestazione di volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in attuazione dell'art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004 (sul tema del consenso informato).

<sup>30</sup> Decreto del Ministero della Salute, 1 luglio 2015, Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in G.U., Serie generale, 14 luglio 2015, n. 161. Sul tema MONICA BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2015, p. 1738 ss. Per ulteriori riflessioni critiche nel tempo ANDREA NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2009, p. 1 ss.

particolarità del caso concreto quali l'età della donna, le cause dell'infertilità e della sterilità della coppia, nel rispetto dell'obiettivo primario da raggiungere: la nascita di un neonato vivo a termine senza pregiudizio della salute della donna. Del pari si circoscrive il ricorso all'eterologa, compresa la donazione da parte di terzi estranei alla coppia di gameti maschili e femminili, al ricorso di situazioni di sterilità o infertilità assolute documentate e certificate da atto medico. Per quanto attiene ai requisiti soggettivi della coppia richiedente spetterà al medico raccogliere l'autocertificazione dello stato di matrimonio o di convivenza della coppia. Sono inoltre previste una serie di garanzie e cautele affinché il consenso prestato, in forma scritta, dalla coppia si formi in modo cosciente, responsabile e informato. Sono predisposte consulenze anche di tipo psicologiche e di sostegno al fine di percorrere il difficile cammino verso la procreazione, che non avrà sempre un risultato positivo.

Come è possibile rilevare dalla pur sommaria esposizione delle Linee guida, l'intero procedimento è affidato al personale sanitario dei centri pubblici e privati che si occupano della procreazione medicalmente assistita. Al medico vengono affidati, infatti, non soltanto, come logico, tutte le decisioni sanitarie riguardanti la scelta, i tempi, le modalità delle varie fasi della tecnica, ma anche la raccolta e la custodia delle dichiarazioni rese dai coniugi o dai conviventi relative alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40. Norma quest'ultima dal contenuto, invero, alquanto generico.

Sulla veridicità e serietà delle dichiarazioni rese dalla coppia, nella forma dell'autocertificazione, non sono previsti, infatti, controlli di alcun tipo e ciò potrebbe ingenerare il sorgere di prassi fraudolente volte a sfuggire alla ricorrenza dei requisiti soggettivi richiesti dal dettato normativo. Di là dal problema, di non scarso rilievo, circa la saldezza e serietà del vincolo matrimoniale, particolare preoccupazione è rappresentata dalla richiesta avanzata dalla coppia convivente.

Infatti, in tale ultima ipotesi, si fa più evidente il pericolo che vengano superati i limiti di accesso normativamente predisposti a tutela del nato da procreazione medicalmente assistita. Limiti finalizzati a garantire la presenza di una coppia di genitori e, dunque, di un ambiente familiare unito e stabile che possa agevolare la sua crescita e lo sviluppo della sua personalità.

##### *5. Il lavoro legislativo successivo e i problemi ancora aperti*

Nonostante l'intenso lavoro legislativo e ministeriale, molti problemi restano ancora in attesa di definizione. È invero ancora *in itinere* lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante il Regolamento di attuazione

della direttiva dell'Unione europea n. 39 del 2012, nel quale è inclusa la regolamentazione della donazione di gameti ai fini di procreazione eterologa<sup>31</sup>. Non può sfuggire infatti l'esigenza di fissare un limite massimo di età per le donatrici e i donatori, un limite massimo di nati per ciascun donatore, necessita inoltre garantire la tracciabilità del materiale biologico e dei tessuti umani per risalire dal nato al donatore e viceversa (sistema del doppio binario), al fine di tutela del diritto alla salute. Del pari è ancora in fase attuativa il Registro nazionale dei donatori<sup>32</sup>, strumento indispensabile per garantire in concreto tale tracciabilità.

Qualche passo in avanti è stato compiuto con l'inserimento dell'eterologa nei livelli essenziali di assistenza sanitaria<sup>33</sup>. Previsione invero poco soddisfacente. Il testo della norma (art. 49) recita: "Le coppie che si sottopongono alle procedure di procreazione medico assistita eterologa contribuiscono ai costi delle attività nelle misure fissate dalle Regioni e dalle Province autonome".

Il dettato normativo risulta quanto mai vago ed ambiguo. In primo luogo non si precisa la misura della contribuzione a carico degli utenti. Si può ragionevolmente immaginare che la prevista polverizzazione della valutazione dei costi tra le varie Regioni determinerà interventi non coordinati e tali da perpetuare una situazione d'ingiustificata disparità di trattamento tra gli abitanti delle Regioni ricche e quelli delle Regioni povere e, ancora, non opererà alcun tipo di bilanciamento tra situazioni diverse<sup>34</sup>.

Sarebbe stato, diversamente, necessario predisporre un programma organico che prevedesse una serie complessa di strumenti di natura diversa finalizzati al sostegno economico e medicale a favore delle coppie sterili meno abbienti anche attraverso la determinazione di una quota vincolata del fondo nazionale sanitario per consentire l'accesso a tale tecnica nei centri pubblici.

Si palesa la preoccupazione non nuova che, in mancanza di un forte e reale intervento statale e di un'equa ripartizione delle risorse, l'insufficiente funzionalità amministrativa e la precaria realtà socio-economica di alcune zone

---

<sup>31</sup> Il testo è reperibile in [www.interlex.it](http://www.interlex.it). Cfr. Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Legge 19 febbraio febbraio 2004, n. 40, articolo 15), Roma, 29 giugno 2017, in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

<sup>32</sup> Art. 1, comma 298, l. 23 dicembre 2014, n. 190, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>33</sup> Art. 49, Decreto Presidente del Consiglio 12 gennaio 2017, Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>34</sup> Su tale aspetto già PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, in *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1979, p. 79 ss. e spec. p. 85 s. Un'indagine attuale del fenomeno mostra il netto divario in materia tra il nord e il sud del Paese in termini di strutture, costi e tempi nell'accesso alle tecniche di procreazione assistita, cfr. [www.fecondazioneeterologaitalia.it](http://www.fecondazioneeterologaitalia.it).

determini un crescente aggravio del divario nord-sud del Paese<sup>35</sup>.

## 6. *Il diritto del nato da procreazione eterologa di conoscere le proprie origini*

Una tra le tante criticità che appare degna di riflessione riguarda la conoscenza da parte del nato delle proprie origini biologiche<sup>36</sup>.

La Corte forse è stata troppo frettolosa nel ritenere appaganti le garanzie e le tutele apprestate al soggetto più debole: cioè al nato da inseminazione eterologa. Il disposto di cui all'art. 9 appare per un verso ambiguo e dall'altro incompleto.

Infatti, una volta intervenuta la nascita da inseminazione eterologa, la norma non prevede da parte della persona nata il diritto di conoscere la propria origine genetica, garantendo invero l'anonimato del donatore. E questo in palese dispregio del diritto all'identità personale del soggetto, diritto che concorre a conformare in un'unica sfera semantica di significato lo stesso concetto di

---

<sup>35</sup> PIETRO PERLINGIERI, *o.l.u.c.*; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, *passim*.

<sup>36</sup> Sul tema ROSANNA PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2015, p. 435 ss.; ID., *Favor veritatis e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. dir. civ.*, nn. 1-2, 2003, p. 240 ss. In giurisprudenza (Cass., 20.03.2018, n. 6963, in *Foro it.*, n. 4, I, 2018, c. 1134) di recente si è ritenuto che: "L'adottato ha diritto di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpellato di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto. Il Supremo Collegio (Cass., Sez. un., 25.01.2017, n. 1946, in *Guida dir.*, n. 8, 2017, p. 26 ss.), ha inoltre statuito che: "in caso di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) e anche in assenza di una disciplina procedimentale attuativa di tale pronuncia, il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini, può interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una revoca della sua dichiarazione, con modalità procedurali idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna. Il diritto del figlio trova però un limite insuperabile se la madre non fa marcia indietro rispetto alla sua dichiarazione iniziale". Tale diritto, fino ad oggi negato, è stato riconosciuto dalle Sezioni unite che si sono pronunciate, su impulso del procuratore della Repubblica, a distanza di alcuni anni dalla sentenza con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 184/1983, per la parte in cui escludeva in maniera irreversibile la possibilità per il figlio di accedere alle informazioni sulla madre, rimediando così, ancora una volta, all'inerzia del legislatore. In materia il Tribunale di Trieste, con decreto del 05.03.2015 (in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it)), ha dettato alcuni criteri operativi, in assenza di indici normativi una volta identificata la madre biologica, attraverso l'opera dell'Autorità giudiziaria. In particolare la procedura delineata prevede il recapito alla madre biologica, in forma riservata, tramite operatore dei servizi sociali, di una lettera di convocazione del Tribunale; un colloquio con la donna alla sola presenza del Giudice; la richiesta alla madre biologica di consenso al disvelamento della sua identità; in caso di consenso, la rivelazione dell'identità del figlio/figlia ricorrente.

dignità umana, divenendone una sua concreta esplicazione. Aspetto quest'ultimo valorizzato da due recenti proposte di legge, l'una di iniziativa del deputato Fioroni e altri, la seconda di iniziativa del deputato De Girolamo e altri<sup>37</sup>.

Dal quadro normativo risulta chiaro che, diversamente dalle ipotesi di filiazione c.d. biologica, la possibilità per il generato attraverso inseminazione eterologa di acquisire la conoscenza delle proprie origini biologiche non può e non è rivolta a creare alcun tipo di relazione giuridica con il donatore del materiale genetico, né ad attribuire a quest'ultimo alcuna responsabilità genitoriale. Dunque la conoscenza non determina per sé alcuna incertezza o confusione circa la determinazione delle figure parentali<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Rispettivamente Proposta di legge C. 2627, del 10 settembre 2014, recante "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" e Proposta di legge C. 263, del 15 settembre 2014, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". Tali progetti, motivati dalla necessità di intervenire dettando regole certe per consentire l'immediato avvio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo a seguito dell'emanazione della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10 giugno 2014, rimasti ancora al vaglio parlamentare, sono finalizzati ad assicurare che le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo si svolgano secondo criteri di sicurezza uniformi sull'intero territorio nazionale, garantendo la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti, in particolare attraverso l'istituzione di una banca dati nazionale in grado di assicurare la tracciabilità delle cellule riproduttive nel percorso dal donatore al nato e viceversa, recependo, contestualmente, la richiamata normativa europea in materia di fecondazione eterologa. Inoltre la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, essendo caratterizzata dalla circostanza che la fecondazione avviene mediante gameti donati da soggetti terzi rispetto alla coppia che accede alle relative tecniche, implica la necessità di disciplinare anche altri profili, per prevenire alcuni rischi di carattere sanitario che sono insiti proprio in tale caratteristica peculiare. Tra questi il rischio di unioni inconsapevoli tra consanguinei nati da fecondazione eterologa, attraverso un limite al numero di nascite derivanti dai gameti di un medesimo donatore, il divieto di utilizzare ulteriormente tali gameti una volta che sia accertato il raggiungimento del numero massimo stabilito. A monte di ciò, impedendo che le stesse donazioni possano verificarsi tra consanguinei, individuando gradi di parentela tra i quali evitare che ciò avvenga. Infine, garantendo una disciplina equilibrata tra l'anonimato della donazione, già sancito dal decreto legislativo n. 191 del 2007, e le condizioni di ordine sanitario giustificanti una deroga a tale principio. Il riferimento è alle ipotesi in cui dovessero insorgere, nell'embrione formato o nel soggetto nato da fecondazione eterologa, problemi di salute tali da richiedere l'accesso, da parte del medico responsabile, a talune informazioni sanitarie o attinenti al patrimonio genetico del donatore. Invero, il lavoro parlamentare in materia consta di oltre una ventina di progetti di legge, concernenti sia possibili modifiche ai codici di diritto sostanziale sia processuale per garantire la rappresentanza del nascituro nei procedimenti in materia di procreazione assistita, ovvero in materia di affidamento e adozione di bambini nati con l'uso di tali tecniche (C. 3756), sia quello penale, volto a reprimere i reati di surrogazione di maternità realizzati all'estero. Per una disamina di tali testi si rinvia a [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>38</sup> Di recente in giurisprudenza si avverte un possibile nuovo temperamento in materia di diritto di conoscere le proprie origini e tutela dell'anonimato, specie in alcune e ben circostanziate situazioni. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 15024 del 21.07.2016 (in *Foro it.*, I, 2016, c. 3114), a seguito della morte della madre che ha partorito mantenendo segreta la propria identità, ha accolto l'istanza di accesso alle informazioni relative all'identità del genitore biologico, precedentemente rigettata dal giudice del merito, enunciando il seguente principio di diritto: "per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso

La conoscenza del proprio patrimonio genetico di converso, tutela la salute del nato dal manifestarsi di malattie genetiche e ereditarie. Si pensi alle possibili patologie che possono insorgere in un'età avanzata, che potrebbero essere evitate o curate in modo più efficace attraverso una preventiva informazione sul patrimonio genetico, agevola un armonioso processo d'identificazione personale, evita o riduce il triste e deteriore fenomeno della commercializzazione del materiale genetico. Infine contrasta la possibilità di rapporti tra persone legate da stretti vincoli biologici. La recente esperienza inglese è emblematica in tal senso<sup>39</sup>.

È ancora stranamente insito nella nostra cultura giuridica e non soltanto in

---

di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità". Tale principio è stato successivamente ribadito nella sentenza n. 22838 del 2016 (in *Guida dir.*, n. 48, 2016, p. 31), con la quale la Corte di Cassazione ha evidenziato che "il diritto dell'adottato – nato da una donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ex art. 30, comma 1 d.P.R. n. 396 del 2000 – ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, non rilevando nella fattispecie il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica di cui all'art. 93, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 196 del 2003, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti". Tali enunciati sono di recente stati riaffermati anche in casi analoghi: Cass., 07.02.2018, n. 3004 (in [www.dirittoeigiustizia.it](http://www.dirittoeigiustizia.it)); cfr. *supra* nota 35. In dottrina, tra i tanti, BIANCA CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9, 2017, p. 1288 ss.; A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa*, cit., p. 472 ss.; GASPARE LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini* (nota a *C. cost.* 22 novembre 2013 n. 278), *ivi*, n. 1, 2014, p. 27 ss.; LORENZO D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici di gameti*, *ivi*, n. 2, 2012, p. 815 ss.; ANDREA RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, n. 2, 2015, p. 415 ss.; CHIARA INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, n. 9, 2013, p. 1608 ss.

<sup>39</sup> L'autorità britannica in materia (Human Fertilisation and Embryology Authority - Hfea) ha già da qualche anno dato il via libera ai trattamenti di fecondazione assistita con donazione di mitocondri, che determinerà la nascita di figli con materiale genetico proveniente da tre genitori. L'unico limite invalicabile è stato fissato dal divieto, allo stato, dalla circostanza che questi non vengano impiantati per una gravidanza (cfr. [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)). Secondo recenti dati statistici le donne che utilizzano ovociti donati da altre per diventare madri sono drasticamente aumentate negli ultimi dieci anni in Inghilterra passando da 1.912, nel 2006 a 3.924 nel 2016 ([www.adnkronos.com](http://www.adnkronos.com), 22.03.2018). Numeri destinati ad aumentare anche in Italia secondo i dati della Società italiana di fertilità e sterilità e medicina della riproduzione (Sifes-Mr) e da quanto emerge dalla Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita del 29 giugno 2017, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

questa, pensare che la filiazione sia legata a un fattore essenzialmente biologico, che la conoscenza da parte del nato delle sue origini genetiche comprometta l'aspirazione delle coppie richiedenti a ottenere un bambino tutto loro.

A fronte dei così rapidi sviluppi scientifici, di scenari così difformi rispetto a quelli del passato è forse giunto il tempo di acquisire una diversa consapevolezza, di mutare filosofia per tentare strade spesso difficili non più legate all'ambiguità e al segreto. Diviene sempre più pressante l'esigenza di un intervento legislativo che possa, in tempi brevi, portare chiarezza e certezza in una materia estremamente delicata e sensibile quale quella della procreazione medicalmente assistita e, dare risposte indifferibili alle meritevoli esigenze del soggetto più debole: il nato da procreazione eterologa.

Non soltanto la pratica, da lungo tempo disincantata, ma la stessa teoria del diritto, sembrano oggi compatibili con un diritto "incerto", plurale nelle fonti, flessibile nelle strutture e opinabile negli esiti. Ritornano più che mai attuali le parole di Norberto Bobbio "un diritto incerto non è neppure diritto"<sup>40</sup>.

Pur se il nostro sistema consente attualmente alle coppie sterili di giungere a dare attuazione alla loro esigenza di essere genitori, è indubbio che la regolamentazione apprestata proponga non poche ombre e problemi. Ma è importante ricordare che soprattutto nel campo dei diritti umani la certezza del diritto resta un valore, al punto da indurre a invocare "il diritto alla certezza" e a rimmetterlo al centro del dibattito dei giuristi.

---

<sup>40</sup> NORBERTO BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 1, 1951, p. 146 ss.; ID., *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, ivi, nn. 3-4, 1968, p. 475 ss.