

Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (spunti ricostruttivi a riguardo di alcune spinose questioni)*

di
Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. Il bisogno di una organica e *temporis ratione* adeguata disciplina delle esperienze d'inizio e fine-vita. – 2. A proposito di talune spinose questioni, con specifico riguardo al riconoscimento delle proprie origini biologiche da parte di persona venuta alla luce tramite fecondazione eterologa, al perentorio divieto fatto alle coppie omosessuali di utilizzo delle pratiche di riproduzione medicalmente assistita, nonché al ricorso alla gravidanza portata avanti da persona estranea alla coppia, suscettibile di essere presa in considerazione unicamente all'interno della cerchia familiare, laddove cioè se ne possa dire ragionevolmente acclarata la gratuità. – 3. La questione di cruciale rilievo concernente la destinazione degli embrioni crioconservati. – 4. ... e l'altra questione, non meno gravida d'implicazioni, relativa al riconoscimento del figlio nato da inseminazione artificiale all'estero, con riguardo alla quale appare per vero assai problematico far luogo ad un "bilanciamento" autenticamente mediano e paritario tra istanze comunque meritevoli di considerazione. – 5. Al tirar delle somme: cosa resta della 40, quali le ragioni del suo sostanziale fallimento e quali gli ulteriori, possibili sviluppi giurisprudenziali prefigurabili per la procreazione assistita?

1. Il bisogno di una organica e *temporis ratione* adeguata disciplina delle esperienze d'inizio e fine-vita

* Testo rielaborato di un intervento all'incontro di studio su *A 20 anni dalla legge n. 40/2004*, Messina 19 febbraio 2024. Si fa presente che, in considerazione della copiosissima messe di scritti sul tema, i richiami di lett. saranno qui contenuti all'essenziale, privilegiandosi peraltro prevalentemente i contributi venuti più di recente alla luce ai quali, ovviamente, può attingersi per risalenti indicazioni.

**Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina

Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali e di nuove forme di tutela dei vecchi, già a partire dalla fine della seconda grande guerra e, con intensità crescente, negli anni a noi più vicini, ha avuto (ed ha) essenzialmente una duplice spiegazione: a) innanzi tutto, nel bisogno, diffusamente ed intensamente avvertito in seno alla comunità, di spazi sempre più estesi nei quali le istanze di libertà e di eguaglianza potessero (e possano) esprimersi con modalità inusuali ed in forme viepiù incisive ed efficaci¹, e b) nello sviluppo, esso pure a ritmi sempre più accelerati, dei ritrovati della scienza e della tecnologia che hanno costantemente ed in rilevante misura alimentato (ed alimentano) la “invenzione” di diritti ancora fino a pochi anni addietro sconosciuti², come pure di aspettative dell’intera collettività, non di rado aventi carattere transnazionale ed anzi tendenzialmente universale,

¹ Punto di riferimento costante della “invenzione” dei nuovi diritti fondamentali è, infatti, dato dalla coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – risultante dai principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, espressiva di istanze particolarmente sentite dall’uomo sin dai tempi più remoti ed aventi carattere autenticamente, tendenzialmente universale (sulle mutue implicazioni che s’intrattengono tra i valori di libertà e di eguaglianza, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

² Sull’incidenza della scienza nelle più salienti vicende relative ai diritti fondamentali, nella ormai copiosa lett., v., almeno, M. D’AMICO, *Scienza e diritti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 718 ss.; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, e S. PENASA, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, entrambi in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2021, 29 settembre 2021, rispettivamente, 151 ss. e 177 ss.; A. SANTOSUOSSO - M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*³, Wolters Kluwer, Milano 2021; L. BUSATTA, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 12 maggio 2021, 132 ss.; AA.VV., *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2022; AA.VV., *Diritti fondamentali e incidenza dei risultati provenienti dalla scienza: esperienze a confronto*, a cura di G. Campanelli, A. Lo Calzo e M. Ruiz Dorado, Pisa University Press, Pisa 2022; AA.VV., *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà in memoria di Paolo Carrozza*, a cura di A. Lo Calzo - L. Pace - G. Serges - C. Siccardi - P. Villaschi, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, Quad. n. 3, fasc. spec. monografico; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2022; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023), 410 ss.; AA.VV., *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2023; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*², Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2023; AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. Di Carpegna Brivio e A. Sancino, Giappichelli, Torino 2023; F. CIRILLO, *Neuroprivacy. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Giappichelli, Torino 2023. Infine, volendo, v. anche il mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 4 febbraio 2022, 130 ss.

ancora fino ad un recente passato non affermatesi in seno al corpo sociale (si pensi, ad es., al bisogno fattosi ormai pressante della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema³).

Venendo specificamente al tema su cui oggi siamo stati chiamati, ancora una volta, a confrontarci, va subito rilevato che ad esso fa capo un grumo di questioni la cui soluzione appare al presente ben lungi dal riscuotere larghi e convinti consensi⁴: in buona sostanza, sono forse ancora più numerosi i profili incerti ed appannati, in relazione ai quali si registra un animato dibattito, secondo quanto peraltro è stato avvalorato anche dal nostro odierno incontro, rispetto a quelli invece ben definiti, sui quali cioè si ha una sia pur relativa quiete teorica⁵. La qual cosa induce a

³ Riferimenti, nella ormai incontenibile lett., per tutti, nei fasc. dedicati ad *Ambiente, generazioni future, animali nella Costituzione. Per uno studio sulla recente modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. e Climate Change: una prova 'estrema' per l'etica e per il diritto*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), rispettivamente, 2/2022, 15 luglio 2022, e 2/2023, 24 luglio 2023, nonché nei contributi al seminario AIC di Roma del 12 maggio 2023 su *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2023, e negli altri che sono in *Federalismi* (www.federalismi.it), 13/2023, 5 giugno 2023, fasc. dedicato a *Scelte ambientali, azione amministrativa e tecniche di tutela*. Con specifico riguardo alla giustizia climatica, v., inoltre, i contributi che sono in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 3/2023, 15 luglio 2023.

Non possono, nondimeno, tacersi le riserve e perplessità a riguardo delle capacità degli Stati e delle organizzazioni in cui questi si riuniscono (e, in specie, per ciò che ci tocca più da vicino, l'Unione europea) di saper far fronte ad una sfida così impegnativa, apprestando le risorse e le ricette adeguate allo scopo [in prospettiva giusfilosofica, v., ora, C. ATZENI, *L'etica ambientale tra diritto, crisi ecologica e libertà fondamentali: profili giuridico-filosofici*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2024, 21 febbraio 2024, 1 ss.; nella stessa *Rivista*, sui complessi rapporti tra economia e ambiente, P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel "tempo della Costituzione"*, 29/2022, 2 novembre 2022, 86 ss., mentre alla dimensione spaziale del diritto ambientale si dedica lo studio di G. FONTANELLA, *La dimensione spaziale del diritto e la comparazione giuridica come ponte. Il caso del diritto ambientale*, 1/2024, 10 gennaio 2024, 24 ss.].

⁴ Copiosissima – come si sa – la messe di scritti che, ancora prima dell'approvazione della legge 40 del 2004 e, naturalmente, dopo di essa, ne ha fatto oggetto di studi di vario segno ed orientamento, anche con contributi di respiro monografico (in aggiunta ai riferimenti che di seguito si faranno, tra gli scritti più risalenti, meritano di essere qui richiamati A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI (1987); M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Giuffrè, Milano 1989; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova 1993; G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Cedam, Padova 1997; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano 2000; M.G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, ESI, Napoli 2002, e A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano 2002).

⁵ Riferimenti per l'uno e per l'altro verso possono aversi, nella ormai copiosissima lett. ed anche solo a far capo agli scritti di respiro monografico, da S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020; S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi*

ritenere che, in relazione a questi ultimi, si sia ormai formata una sorta di *consuetudine culturale* di riconoscimento della validità delle soluzioni prospettate, nella quale peraltro si specchia la larga condivisione di orientamenti di cui si ha riscontro in seno al corpo sociale.

Ora, questa circostanza presenta un particolare significato sotto più aspetti: in primo luogo, per ciò che attiene ad una nuova ed organica disciplina della materia che appare essere viepiù urgente e necessaria, intensamente attesa da una parte consistente dei componenti la comunità, specie a seguito dei ripetuti ed incisivi interventi operati sul testo della legge 40 dalla Corte costituzionale che ne ha riscritto i contenuti in alcuni punti di cruciale rilievo⁶. Si può, nondimeno, affermare che in seno alla comunità stessa quello alla procreazione medicalmente assistita sia inteso quale un bisogno meritevole di una non più differibile, congrua ed organica regolazione. E, invero, non può dubitarsi che il desiderio di maternità (e, più largamente, genitorialità) sia stato *ab antiquo* da molte persone fortemente avvertito, solo che non si disponeva del sussidio offerto dalla scienza e dalla tecnologia per appagarlo.

paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, Milano - Udine 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Jovene, Napoli 2021, spec. 173 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino 2022; P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, ESI, Napoli 2022, e, dalla prospettiva del diritto penale, V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino 2019. Infine, in prospettiva bioetica, v., part., M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2018, spec. 777 ss., e L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*⁴, Giappichelli, Torino 2019.

⁶ Indicazioni negli scritti sopra richiamati; altri riferimenti, *infra*.

Il punto è, però, che, se non si fa dapprima chiarezza attorno alla estensione del campo materiale in cui esso può trovare il modo per farsi valere, il legislatore ha, in buona sostanza, le mani legate e, a conti fatti, anziché sciogliere alcuni nodi che in modo fitto avvolgono la procreazione, potrebbe sentirsi indotto a tagliarli in modo secco, potendo però, in uno scenario siffatto, andare incontro ad aspre reazioni da una parte consistente del corpo sociale che non si riconosca nelle soluzioni normative venute alla luce, che le senta cioè imposte a forza e, come sovente si ha in occasione dei trapianti di organi, ne avverta la estraneità e le rigetti⁷. È vero che nessuno è obbligato ad avvalersi di strumenti giudicati ripugnanti alla propria coscienza o, come che sia, inaccettabili (ad es., quello che porta ad attingere a materiale riproduttivo esterno alla coppia o, laddove vi si dovesse un domani acconsentire, a ricorrere al sussidio offerto da terzi, e segnatamente da persona di sesso femminile disponibile a portare avanti una gravidanza per conto di altri); e, tuttavia, è chiaro che, in una congiuntura siffatta, l'alternativa è non vedere appagata l'istanza alla genitorialità.

Per il caso, poi, che il legislatore resti inerte – ipotesi alquanto verosimile, sol che si tenga conto delle annose e gravi carenze al riguardo dallo stesso esibite⁸ –, non

⁷ Interessanti spunti critici a riguardo della identità di diritto e forza possono ora vedersi, in prospettiva giusfilosofica, in M. LA TORRE, *Su diritto e forza. Considerazioni critiche su un "luogo comune" della teoria del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2/2023, 207 ss.

⁸ La crisi della rappresentanza politica, d'altronde, è un fatto inconfutabile, ormai acclarato da una nutrita messe di studi di vario segno ed orientamento: *ex plurimis*, AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 20 maggio 2019, 249 ss., e, nella stessa *Rivista*, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2/2021, 3 maggio 2021, 406 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; F. POLITI, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 22 aprile 2021, 518 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. Inoltre, i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2/2022. Utili indicazioni anche dal conv. AIC di Brescia del 27 e 28

appare remoto pensare che davanti al *pressing* venuto da porzioni consistenti del corpo sociale siano poi, a conti fatti, i giudici a doversi fare carico di talune aspettative al riguardo manifestate, dando pertanto vita ad una “regolazione” che però, di necessità, risulta essere – com’è stata sin qui – frammentaria, legata com’è ai singoli casi che ne determinano la venuta alla luce. È pur vero, nondimeno, che è proprio così che, per norma, i nuovi diritti fondamentali prendono forma, come pure che si sperimentano nuove tecniche di salvaguardia dei vecchi. La “razionalizzazione”, sia pure talora con non secondari adattamenti, dei più radicati orientamenti dei giudici si ha, dunque, in un secondo momento, quando appunto si ha... È, poi, chiaro che le discipline legislative sollecitano a volte, per la loro parte, il rinnovamento degli orientamenti in parola, con un moto circolare di mutua alimentazione tra legislazione e giurisprudenza che – come si sa – non ha mai fine. Si aggiunga, inoltre, la circostanza per cui la giurisprudenza stessa si presenta al proprio interno assai articolata e non di rado divisa, ricevendo dentro di sé gli stimoli e le indicazioni che portano tanto nel verso della ulteriore stabilizzazione di passati indirizzi quanto nell’altro, opposto, del loro incessante rinnovamento e, a volte, persino del radicale ripensamento.

D’altro canto, non è raro assistere a talune esigenze, a volte persino eccentriche, contrabbandate da chi se ne fa portatore come espressive di veri e propri diritti fondamentali⁹; ed è chiaro che occorre rifuggire dagli eccessi come pure dai difetti nelle qualificazioni, gli uni e gli altri forieri di gravi torsioni istituzionali e di usi abnormi degli strumenti di normazione e di giurisdizione, nel mentre alcuni diritti

ottobre 2023 su *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*. Infine, se si vuole, possono vedersi anche i miei *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss., e *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

⁹ Ad oggi particolarmente vessata la questione concernente il riconoscimento dei diritti fondamentali, avuto specifico riguardo ai “nuovi”, sprovvisti di esplicito riferimento in Costituzione (ma non in altre Carte dei diritti, specie se recepite in ambito interno): in tema, v., almeno, i contributi al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016 su *Cos’è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, nonché, più di recente, il mio *La “fondamentalità” dei diritti fondamentali*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 3/2023, 17 novembre 2023, 135 ss.

– tali diffusamente avvertiti in seno al corpo sociale – faticano poi ad emergere e ad affermarsi, non riuscendo a rinvenire sedi istituzionali culturalmente attrezzate per la loro emersione.

Tutto ciò avvalorava ulteriormente la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui il luogo e l'atto maggiormente confacenti allo scopo sono il Parlamento e la fonte costituzionale: l'uno, in quanto la sede in cui la rappresentanza della volontà popolare ha la sua più genuina, emblematica espressione; l'altra, quale forma ottimale per dar voce a quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei nuovi diritti, cui si faceva cenno poc'anzi.

È vero che l'attesa della venuta alla luce di una legge costituzionale che, conformemente alla propria natura, offra un pugno di indicazioni essenziali in ordine alle più rilevanti esperienze di vita, specie per ciò che concerne i momenti cruciali di nascita e morte, corre seri rischi di restare inappagata; e, tuttavia, ancora maggiori sono – a me pare – i rischi ai quali, sul fronte opposto, si va incontro a dare campo libero, in modo diretto ed esclusivo, alla legge comune. L'idea, infatti, che una maggioranza contingente, magari risicata, possa disporre della esistenza degli esseri umani, della loro venuta alla luce e della loro morte, per poi – perché no? – cambiare orientamento in un breve torno di tempo, appare ai miei occhi francamente ripugnante.

Né si opponga che le stesse leggi costituzionali possono venire a formazione a colpi di maggioranza, come peraltro si è avuto anche in occasione della riscrittura di un corpo organico di enunciati costituzionali (così, appunto, in sede di rifacimento del Titolo V nel 2001). È, infatti, di tutta evidenza che un conto è far luogo alla modifica della disciplina di organizzazione, per rilevante che invero sia, ed altra cosa il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali che tali possono essere (ed effettivamente sono) in quanto largamente diffusi e profondamente radicati nel corpo sociale, sorretti appunto da consuetudini (nella ristretta e propria accezione del termine) aventi natura culturale, bisognosi dunque unicamente di essere portati alla luce e fatti oggetto di una prima, essenziale disciplina in cui tutte (o quasi tutte)

le forze politiche rappresentate in Parlamento si riconoscano, al di là delle divisioni che, in via generale, ne caratterizzano l'orientamento e l'azione.

La giurisprudenza, poi, dal suo canto, può giocare un ruolo di primario rilievo allo scopo¹⁰, facendo – come non di rado, nei campi più varî di esperienza, è solita fare – da battipista, specie con talune sue innovative e coraggiose espressioni a salvaguardia dei più avvertiti bisogni in seno al corpo sociale.

Per chiudere sul punto: a me parrebbe essere ormai maturo il tempo perché il legislatore si assuma le proprie responsabilità davanti ad una comunità da tempo in attesa e faccia luogo ad una disciplina di base con riguardo alle esperienze sia d'inizio che di fine-vita, rimandando quindi a leggi comuni per un verso¹¹, alla giurisprudenza per un altro, per ciò che attiene alle soluzioni idonee a darvi adeguato svolgimento.

2. A proposito di talune spinose questioni, con specifico riguardo al riconoscimento delle proprie origini biologiche da parte di persona venuta alla luce tramite fecondazione eterologa, al perentorio divieto fatto alle coppie omosessuali di utilizzo delle pratiche di riproduzione medicalmente assistita, nonché al ricorso alla gravidanza portata avanti da persona estranea alla coppia, suscettibile di essere presa in considerazione unicamente all'interno della

¹⁰ Sul ruolo dei giudici nelle vicende di biodiritto, riferimenti, di recente, in F. ALICINO, *Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), Special Issue, 2/2023, 25 novembre 2023, 15 ss. Con specifico riguardo al tema qui oggetto di studio, *ex plurimis*, A. MUSUMECI, *I giudici e la scienza. Note minime a margine della "riscrittura" giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., II, 1503 ss., e S. AGOSTA, in più scritti, tra i quali *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2021, 14 luglio 2021, 1 ss.

¹¹ ... esse pure, nondimeno, connotate da duttilità di struttura sì da rendersi agevolmente adattabili alla varietà dei casi, rimettendosi allo scopo alla sensibile ed operosa attenzione dei giudici [il bisogno di normative *per essentialia* o *per principia* è da tempo rilevato dalla più avveduta dottrina: indicazioni, tra gli altri, in P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., spec. 38 ss. ma *passim*; C. CASONATO, in più scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R.G. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 3/2015, 31 ottobre 2015, 168].

cerchia familiare, laddove cioè se ne possa dire ragionevolmente acclarata la gratuità

Venendo al merito e circoscrivendo ora il campo unicamente al solo versante qui specificamente rilevante, quello della nascita, rimandando ad altra occasione la riconsiderazione di alcune spinose questioni concernenti il fine-vita¹², il primo punto da toccare concerne la questione di fondo relativa all'ammissibilità della procreazione c.d.¹³ eterologa, alle condizioni ed ai limiti posti al suo utilizzo, che nondimeno – va subito avvertito – lascia irrisolti alcuni problemi non di poco conto, quale ad es. quello relativo al bisogno eventualmente avvertito da coloro che vengano alla luce grazie al ricorso a materiale riproduttivo offerto da persona esterna alla coppia di conoscere le proprie origini biologiche: un bisogno ad oggi – come si sa – inappagato ed inappagabile¹⁴ e che, tuttavia, potrebbe un domani essere riconosciuto¹⁵ – in tutto o in parte¹⁶ – e persino qualificato come espressivo di

¹² La letteratura sulle esperienze di fine-vita è non meno nutrita ed internamente divisa di quella che si ha sul tema qui specificamente trattato: riferimenti in G. DI ROSA, *Profili giuridici dell'esistenza*, Giappichelli, Torino 2022, spec. 93 ss., e ora, in AA.VV., *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, a cura di T. Cerruti, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, e F. ALICINO, *Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti*, cit., 47 ss., nonché nel mio *Fine-vita (problemi e prospettive)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2023, 30 gennaio 2023, 114 ss., e ora, in F. PIERGENTILI - A. RUGGERI - F. VARI, *Verso una "liberalizzazione" del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2024, 20 febbraio 2024, 219 ss. In prospettiva bioetica, di recente, c. i contributi su *Fine vita umana* che sono in AA.VV., *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, a cura di E. Rigo, Roma Tre Press, Roma 2023.

¹³ ... e, per vero, ad avviso di alcuni (tra i quali, G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 126 in nt. 23), impropriamente detta rispetto alla più puntuale qualifica in termini di "donazione di gameti" (a riguardo di quest'ultima, nell'ambito della donazione di cellule umane, per tutti, M. BASILE, *La fecondazione artificiale eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 160 ss.).

¹⁴ Palesa il timore che la segretezza in atto stabilita possa un domani venire meno. E. ROSSI, *L'"attuazione" della sentenza sulla fecondazione eterologa*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., III, 2077 ss.

¹⁵ ... col rischio, però, che possa aversi un sensibile calo delle donazioni di gameti.

¹⁶ In tema, in prospettiva bioetica, v. il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa* del novembre 2011 e, in dottrina, part., M. GENSABELLA FURNARI, *Il diritto del nato da eterologa alla conoscenza delle proprie origini*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017 cit., 129 ss., e, della stessa, *Il corpo della madre*, cit., 89 ss., e *La conoscenza*

un vero e proprio diritto fondamentale: come tale idoneo a partecipare, se del caso, ad operazioni di bilanciamento con altri diritti parimenti fondamentali. Ed è tutto da vedere se siffatta evenienza sia (e fino a che punto o in che misura) suscettibile di essere trattata allo stesso modo del caso di chi sia nato da madre che al momento del parto si sia avvalsa della facoltà di anonimato¹⁷. La questione può, poi, ulteriormente complicarsi laddove la genitrice sia nel frattempo deceduta senza aver revocato l'originaria manifestazione di volontà di anonimato e – si faccia caso – non avendo a volte consapevolezza del desiderio del figlio di conoscerla¹⁸; e non posso qui tacere di non sentirmi affatto sicuro a riguardo della possibilità di far valere per siffatta evenienza, in modo meccanico ed acritico, la “logica” adottata con riguardo alle manifestazioni testamentarie di volontà, a motivo della evidente diversità dei contesti, con la presunzione che le sorregge di perdurante validità fino a prova contraria.

Sta di fatto che il divieto perentorio di eterologa, stabilito dalla legge 40, è caduto per mano della giurisprudenza costituzionale¹⁹ con specifico riguardo alle coppie che presentino problemi di sterilità o infertilità (sent. n. 162 del 2014)²⁰, dapprima esse pure costrette a ricorrere al c.d. “turismo”²¹ a finalità procreativa al fine di

delle proprie origini nel nato da PMA eterologa: un diritto bilanciabile? In dialogo con Lorenzo d'Avack, in AA.VV., Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto, cit., 109 ss., spec. 112 ss.

¹⁷ In tema, v., part., I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, ESI, Napoli 2020, e, della stessa, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 3/2021, 29 settembre 2021, 103 ss., e S. OSELLA, *Surrogazione, multidisciplinarietà, e diritto comparato. Una proposta di ricerca (molto informale)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 4/2023, 1101 ss.

¹⁸ Sulla questione, Cass. civ., I Sez., n. 19824 del 2020, con nota di S. AGOSTA, *Anonimato della madre e diritto all'identità personale del figlio*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 189 ss.

¹⁹ Un chiaro quadro di sintesi degli sviluppi giurisprudenziali in materia può vedersi, oltre che negli scritti monografici cit. in nt. 5, in R. VILLANI, *La “nuova” procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le Riforme*, diretto da P. Zatti, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2019, 281 ss., e A. SCHILLACI, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 2/2021, 74 ss.

²⁰ Per una puntuale rappresentazione del quadro relativo all'attuazione della decisione in parola, v. E. ROSSI, *L'“attuazione” della sentenza sulla fecondazione eterologa*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2067 ss.

²¹ Un termine, questo, che francamente dava una rappresentazione ripugnante e deformante della realtà, tant'è che la più avvertita dottrina ha proposto di sostituirlo con quello di “emigrazione” (S. AGOSTA, *Tra seguito normativo e giurisprudenziale: la riespansione del diritto*

vedere appagata la loro aspettativa alla genitorialità. Gioverebbe, nondimeno, a mia opinione, tenere distinto il caso dell'utilizzo da parte delle coppie suddette di embrioni preesistenti da quello che si faccia ricorso ad embrioni prodotti *ad hoc*, ipotesi quest'ultima la cui ammissibilità francamente dubito che sia persuasivamente argomentabile.

Quanto, poi, alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili²², non pochi, gravi problemi sono ormai stati risolti grazie alla diagnosi preimpianto, ammessa dopo Corte cost. n. 96 del 2015: una decisione coraggiosa e di particolare rilievo – si è fatto notare²³ – anche (e, forse, soprattutto) per il “non detto” e che, per la sua parte, in modo assai eloquente testimonia il rilievo che, anche in relazione alle esperienze d'inizio-vita, ha avuto (ed ha) la giurisprudenza europea²⁴, rendendo meno pressante il bisogno del ricorso alla fecondazione eterologa.

Particolarmente spinosa appare in particolare la questione dell'utilizzo di quest'ultima per le coppie omosessuali.

Come si sa, il divieto al riguardo stabilito dall'art. 5 della legge 40 appare essere perentorio. Per il caso che si acceda all'ordine di idee di temperarlo, in vista di un più mite bilanciamento tra interessi comunque meritevoli di tutela, la questione verrebbe a porsi in termini diversi a seconda che le coppie in parola siano costituite

di formare una famiglia con figli all'indomani della caducazione del divieto di eterologa, in *Itinerarium*, 3/2015, 108 in nt. 3. Lo stesso A. è, poi, opportunamente tornato ad insistere sul punto anche in occasione del suo intervento al nostro incontro).

²² ... il cui accertamento, nondimeno, non sempre si presenta agevole e sicuro [tra gli altri, v. I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 4 novembre 2015].

²³ C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2015, 16 luglio 2015.

²⁴ ... e, segnatamente, per ciò che è ora di specifico interesse, il notissimo *Costa e Pavan c. Italia* [in dottrina, *ex plurimis*, C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 1/2016, 29 febbraio 2016, 271 ss.; R. VILLANI, *La “nuova” procreazione medicalmente assistita*, cit., spec. 316 ss.; A. FERRATO, *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40): profili penali*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le Riforme*, cit., 337 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 51 ss., e F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., spec. 112 ss.].

da persone di sesso femminile ovvero maschile²⁵. Le prime potrebbero infatti, in astratto, avvalersi della fecondazione eterologa, diversamente dalle seconde che si troverebbero obbligate a ricorrere al sussidio venuto da persona disponibile a portare avanti la gravidanza per loro conto. Soluzione che, però, come si dirà a momenti trattando specificamente di tale questione, va incontro ad un ostacolo pressoché insormontabile. La qual cosa, nondimeno, non induce a ritenere che in tal modo verrebbe a determinarsi una discriminazione di trattamento evitabile unicamente con il precludere anche alle coppie composte da persone di sesso femminile l'accesso alla eterologa. Un ragionamento, questo, che però appare di tutta evidenza viziato da irragionevolezza, in considerazione della strutturale diversità delle situazioni e del bisogno di circoscrivere, per quanto possibile, il danno piuttosto che di estenderlo senza motivo.

Quanto alle coppie femminili, poi, a sostegno dell'idea di dar loro modo di avvalersi della eterologa depone la circostanza per cui, avuto specifico riguardo al caso che si tratti di persone legate da unione civile, nel momento in cui la disciplina legislativa concernente quest'ultima assimila, in buona sostanza, per intero la condizione giuridica di tali coppie a quella propria delle persone unite dal vincolo del matrimonio, francamente non si vede più il motivo per cui le stesse debbano vedere inappagata la loro aspettativa di genitorialità²⁶. Tanto più, poi, l'ipotesi qui ragionata merita attenzione, ove la si riguardi – come suggerito da una sensibile dottrina²⁷ – dalla prospettiva della salvaguardia della salute psico-fisica della

²⁵ Per una riconsiderazione delle questioni concernenti la procreazione assistita avuto riguardo alla diversa condizione delle coppie, a seconda appunto che risultino composte da persone di sesso femminile ovvero maschile, v., part., S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2015, 2 febbraio 2016, 1 ss.

²⁶ Sulla questione, con specifico riguardo alla giurisprudenza europea, di recente, L. CAROTA, *Corte EDU e tutela del rapporto con il genitore "d'intenzione" nelle coppie dello stesso sesso*, in *La CEDU dopo i primi 70 anni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 20/2023, 4 agosto 2023, 24 ss.

²⁷ G. CAMPANELLI, *Salute "biologica", "intenzionale" ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull'estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità*, in *Corti supreme e salute* (www.cortisupremeesalute.it), 2/2021, 381 ss.

persona, viepiù esposta in relazione alle pratiche riproduttive in un quadro peraltro ad oggi segnato da vistose discriminazioni di genere²⁸.

Si potrebbe, per vero, obiettare essere forzosa la soluzione della piena equiparazione dello *status* delle une a quello delle altre coppie; pronta sarebbe, però, la replica per cui non appare ragionevole mantenere la discriminazione per l'aspetto dell'accesso alla genitorialità, tanto più che alcuni studi al riguardo effettuati offrono indicazioni rasserenanti a riguardo della crescita e maturazione della prole in seno a comunità familiari (*rectius*, "parafamiliari"²⁹) composte da persone dall'identico orientamento sessuale. Non a caso, d'altronde, si sono registrati diversi casi di affido di minori a coppie di omosessuali³⁰.

Anche l'argomento, ad oggi da molti considerato assai solido, che induce ad escludere dalle tecniche di procreazione assistita la persona singola³¹, secondo cui è nell'interesse dei minori, specie in tenera età, formarsi in seno ad ambienti familiari connotati dalla presenza di entrambe le figure genitoriali, non appare, a conti fatti, risolutivo, sol che si pensi alle plurime vicende della vita che possono di fatto privare i minori stessi di uno dei genitori (e, purtroppo, talora persino di entrambi),

²⁸ Su ciò ha ripetutamente insistito part. B. PEZZINI, della quale v., con specifica attenzione alla questione ora trattata, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), Special Issue, 2/2019, 29 dicembre 2019, 617 ss. V., inoltre, AA.VV., *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. Caielli - B. Pezzini - A. Schillaci, CIRSDe - Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, Torino 2019.

²⁹ Su ciò mi sono più volte soffermato in alcune mie riflessioni specificamente dedicate al tema: v., dunque, volendo, i miei *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, e book, Giappichelli, Torino 2010, 307 ss., e in www.forumcostituzionale.it; *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di "famiglia"*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss., e *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2018, 1 ottobre 2018, 511 ss., nonché in www.juscivile.it, 5/2018, 736 ss. E confesso che, pur consapevole che la dottrina corrente è diversamente orientata, ancora oggi mi riconosco dell'idea evocata nel testo.

³⁰ Riferimenti in A. LORENZETTI, *La tutela giuridica delle "nuove famiglie": lo stato dell'arte sulla condizione delle persone LGBT nelle relazioni familiari*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 2405 ss.

³¹ A giudizio di F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni. Commento alla sentenza n. 161 del 2023*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2023, spec. 11 ss., la scelta del legislatore di riservare l'accesso alle pratiche di riproduzione assistita alla sola coppia e non pure alla donna *ut sic* è "il vero legno storto della l. 40" (13).

senza peraltro escludere l'eventualità, tutt'altro che remota, di una donna che decida di avere rapporti anche occasionali al solo scopo di vedere appagato il proprio desiderio di maternità, secondo quanto è stato opportunamente rammentato, ancora non molto tempo addietro, da una sensibile dottrina³². E suona francamente paradossale che la donna *single* che avverta come impellente il desiderio di maternità si trovi costretta a ricorrere ad una pratica deplorabile al fine di darvi appagamento, a fronte del divieto categorico al riguardo stabilito dalla legge 40.

Non v'è dubbio, ad ogni buon conto, che la soluzione ottimale per una nuova vita nascente resti pur sempre quella della venuta alla luce e crescita in seno ad una comunità familiare connotata dalla bigenitorialità. Ciò che, nondimeno, non rende irragionevole temperare – come si viene dicendo – il divieto in parola, perlomeno in taluni casi meritevoli di particolare attenzione. Non si trascuri al riguardo che già da tempo la giurisprudenza lo ha consentito con riferimento al caso di persona originariamente componente una coppia che, dopo un primo tentativo andato a vuoto, versi nella condizione di *single* a causa della improvvisa scomparsa del *partner* (v., part., Cass. civ., I Sez., n. 13000 del 2019³³). Ed è interessante notare che, a rigore, ad oggi la legge 40 parrebbe ostare – perlomeno *secundum verba* – a siffatta evenienza, offrendo l'opportunità dell'accesso alla fecondazione assistita unicamente a soggetti componenti una coppia ed "entrambi viventi". Si è tuttavia, inteso, dare giuridico rilievo alla volontà del *partner* di sesso maschile favorevole alla pratica riproduttiva in parola; tanto più, poi, ciò è da considerare valevole oggi

³² V., part., A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 2/2018, 210 ss.

³³ ... e, su di essa, oltre allo scritto di A. MARCHESE sopra cit., tra gli altri, v. E. BILOTTI, *La fecondazione artificiale post mortem nella sentenza della 1^a sezione civile della Cassazione n. 13000/2019*, in *Centro st. Livatino* (www.centrostudilivatino.it), 23 maggio 2019; R. TREZZA, *Fecondazione post mortem: sopravvivenza del consenso del coniuge espresso in vita, rettificazione dell'atto dello stato civile e attribuzione del cognome paterno*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 12 settembre 2019; F. PANNO, *Fecondazione post mortem: il figlio nato a seguito del ricorso a tecniche di pma dopo la morte del padre ha diritto al cognome paterno*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 13 maggio 2019; M. FACCIOLI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 3/2021, 29 settembre 2021, 27 ss.

che non è più consentito revocare la volontà dapprima in tal senso manifestata³⁴. Si fatica, ad ogni buon conto, a capire perché mai per centrare l'obiettivo si sia battuta una via impervia che passa attraverso una forzosa riscrittura del dato normativo mascherato sotto forma di una originale sua reinterpretazione laddove la via piana da battere sarebbe stata quella di rivolgersi alla Consulta chiedendole di caducare la formula legislativa nella parte in cui non prevede che anche alla componente una coppia rimasta quindi *single* potesse essere offerta l'opportunità di far luogo ad un tentativo d'inseminazione, assumendosi il perdurare volere del *partner* scomparso. Una soluzione, questa, poi, viepiù plausibile per il caso che si fossero dapprima avuti reiterati tentativi in tal senso non andati a buon fine, diversamente dal caso del deposito di materiale riproduttivo non ancora fatto oggetto di sperimentazione. Una questione, questa, che – come si vede – s'intreccia con l'altra, cui si farà cenno a momenti, della destinazione degli embrioni crioconservati.

È interessante notare come la vicenda sopra presa in esame s'inscriva in un quadro assai più ampio ed internamente composito di vicende della vita che inducono, in nome del canone della ragionevolezza, a rendere per quanto possibile duttili talune discipline legislative connotate da eccessiva rigidità, laddove alle stesse facciano capo interessi pressanti e meritevoli di speciale attenzione³⁵. E la giurisprudenza –

³⁴ Su ciò, tra gli altri, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost. n. 161 del 2023)*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 23/2023, 20 settembre 2023, 122 ss., che, tra l'altro, richiama (132) le diverse soluzioni adottate in altri Paesi, tra le quali quella fatta propria dalla giurisprudenza colombiana con la quale la condizione del padre biologico è stata assimilata a quella di un donatore anonimo, offrendosi nondimeno allo stesso l'opportunità di decidere se assumere o no lo status di genitore; v., inoltre, S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 16 ottobre 2023; S. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 3 ottobre 2023, 883 ss.; F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni*, cit., 1 ss., e, ora, G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2024, 20 febbraio 2024, 197 ss. Non è al riguardo inopportuno rammentare che in materia la giurisprudenza europea, sin da *Evans c. Regno Unito* del 2007, ha riconosciuto ampio spazio per il discrezionale apprezzamento degli Stati.

³⁵ Su ciò, in termini generali, può, volendo, vedersi il mio *Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che*

come si sa – non è rimasta sorda a siffatto appello, ora caducando per mano del giudice costituzionale normative siffatte ed ora facendone oggetto di coraggiose (e, però, talvolta per vero temerarie) reinterpretazioni in senso conforme a Costituzione (o ad altre Carte dei diritti), interpretazioni a far luogo alle quali si sono alla bisogna prestati (e si prestano) anche (e, forse, soprattutto) i giudici comuni.

Ora, questa ipotesi potrebbe essere presa in considerazione anche con riguardo alla vessata questione della gravidanza per conto terzi, sempre che – beninteso – un domani si acceda all'ordine di idee di ammetterla, sia pure in casi rigorosamente selezionati³⁶. Nessun dubbio, ovviamente, che non si possa in alcun modo spianare la via alla mercificazione del corpo umano ed allo sfruttamento della persona, specie se indigente³⁷, alla avvilente riduzione cioè del corpo stesso ad una "incubatrice meccanica"³⁸; ciò che recherebbe un *vulnus* grave ed intollerabile alla

appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze), in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 27 ottobre 2023, 318 ss.

³⁶ Per una discussione sul punto, G. MANIACI, *Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri*, in *Dir. & questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org), 2/2022, 135 ss. Riferimenti alle soluzioni al riguardo adottate in altri Paesi, di recente, in G. PIGNATARO, *La genitorialità tra biodiritto e regulatory competition nello spazio giuridico europeo*, in *Freedom, Security & Justice* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2023, 56 ss., e G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2023, 698 ss. Per i profili bioetici della questione, per tutti, v., M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., 96 ss., e G. RUSSO, *Bioetica in dialogo. Fondamenti e testi*, Istituto Teologico "S. Tommaso", Messina 2023, 140 ss.

³⁷ Ancora di recente, opportunamente rimarcato il punto da S. BOICELLI, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 1/2023, 84 ss.

³⁸ ... secondo la efficace, cruda formula che è in Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 38162 del 30 dicembre 2022, ampiamente annotata [tra gli altri, da G. MINGARDO, *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2023, 1 ss.; G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I «piccoli passi» delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2023, 377 ss.; F. FERRARI, «La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6/2023, 8 marzo 2023, 98 ss.; V. CALDERAI, *Back to the basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e principio di dignità umana dopo SEZIONI Unite n. 38162/2022*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 marzo 2023; A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato. Le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti supreme e salute* (www.cortisupremeesalute.it), 1/2023, 45 ss., e, dello stesso, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2/2023, 281 ss.; M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*,

dignità della donna³⁹ e, più ancora, però – a me pare – dello stesso concepito, considerato come un mezzo al fine dell'appagamento del desiderio di genitorialità⁴⁰.

Ora, quest'ultimo – lo si consideri o no come riportabile ad un vero e proprio diritto fondamentale⁴¹ – non può né aspirare alla propria tirannica affermazione,

2/2023, 387 ss.; M.C. VENUTI, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 27 giugno 2023; M. CERATO, *'Status' e tutela per i minori nati da maternità surrogata. Riflessioni dopo Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Dir. eccl.*, 3/2023, 663 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte costituzionale? (Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230)*, in *Fam. e dir.*, 5/2023, 437 ss.].

³⁹ L'incisione della dignità è da alcuni rilevata anche per il caso che la pratica riproduttiva sia messa in atto a finalità – come suol dirsi – “solidaristica” [v., tra gli altri, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in AA.VV., *Maternità Filiiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai ed E. Olivito, Jovene, Napoli 2017, 137 ss.; cfr., sul punto, C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2021, 22 settembre 2021, 177 e nt. 20]: tesi che, nondimeno, come si passa subito a dire, appare eccessivamente rigorosa.

⁴⁰ Il riferimento alla dignità quale parametro assiologicamente pregnante delle pratiche riproduttive in parola obbligherebbe a far luogo ad un lungo ed articolato discorso e ad una nutrita schiera di richiami di dottrina e giurisprudenza che qui tuttavia non possono aversi [ragguagli, di recente, in G. PIGNATARO, *op. et loc. ult. cit.*, nonché in molti dei contributi riuniti nel volume su *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, cit.]. Mi limito solo a rammentare che v'è chi, come R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 3/2021, 29 settembre 2021, 145 ss., si è, ancora non molto tempo addietro, dichiarato dell'idea che sia un artificio evocare in campo la dignità, specie laddove se ne ammetta il carattere oggettivo, nell'assunto che l'autodeterminazione debba essere riconosciuta in modo pieno, in buona sostanza senza limiti, e chi invece, come me, è da tempo dell'avviso che la dignità non possieda carattere meramente soggettivo, risolvendosi ed interamente esaurendosi a conti fatti nell'autodeterminazione stessa [su ciò, v., part., G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), Special Issue, 2/2019, 95 ss.]. Ciò che, poi, ha le sue più eloquenti, probanti testimonianze proprio sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze della esistenza, in relazione dunque alle circostanze d'inizio e fine-vita, secondo quanto si è tentato di mostrare in altri luoghi [tra i quali, volendo, può vedersi il mio *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss.]. Dei conflitti tra autodeterminazione e dignità, con specifico riguardo al tema qui in rilievo, ha, di recente, discorso M.R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. dir.*, 3/2023, 365 ss. Ha, tra gli altri, trattato, in termini generali, dell'autodeterminazione individuale all'interno delle formazioni sociali, tra le quali appunto la famiglia, A. SPADARO, *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2296 ss., spec. 2308 ss.

⁴¹ Sulla vessata questione, v., part., V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2014, 15 settembre 2014, e, pure *ivi*, dello

specie laddove dovesse aversene il sacrificio di un bene di assoluto rilievo, qual è appunto la dignità, né però essere indebitamente sacrificato, specie nei casi in cui quest'ultima non venga ad essere oggettivamente incisa.

Merita, dunque, di essere presa ancora una volta in considerazione l'ipotesi di acconsentire a siffatta forma di gestazione per il caso che se ne assuma la gratuità, come ad es. nei rapporti tra madre e figlia o tra sorelle⁴². È vero che essa pur tuttavia scardina l'intima connessione esistente tra gravidanza e genitorialità⁴³, per

stesso, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, 1/2015, 15 aprile 2015, 16 ss.; inoltre, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 165 ss. Sulla differenza tra il "diritto a procreare" e il "diritto alla libertà procreativa", v., part., F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 53 ss.; in tema, v., inoltre, tra gli altri, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, spec. 151 ss.; A. D'ALOIA - P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C.M. Mazzone - S. Rodotà - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Giuffrè, Milano 2011, 1341 ss.; F. PASTORE, *Un esempio concreto di diritto fondamentale emerso in via giurisprudenziale: il diritto di procreare nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, cit., 303 ss.; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, cit.; M.C. VENUTI, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in AA.VV., *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di U. Salanitro, in *Quaderni di Famiglia*, diretto da S. Patti, n. 8, Pacini Giuridica, Pisa 2020, spec. 299 ss.; S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 35/2020, 28 dicembre 2020, 105 ss. e, nella stessa Rivista, S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, 24/2021, 20 ottobre 2021, 38 ss.; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. 81 ss.

⁴² Ho già anticipato il mio punto di vista al riguardo in *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. 22, e in *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 2/2017, 64; v., inoltre, A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2017, 27 marzo 2017, 138 ss., spec. 142 ss. Favorevole alla procreazione c.d. "solidaristica", tra gli altri, V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1100. V., inoltre, in tema, in aggiunta agli scritti di C. TRIPODINA e C. MASCIOTTA, dietro richiamati, L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 16/2022, spec. 3322 ss., e A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit. Riserve ha, di recente, manifestato anche S. BOICELLI, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento*, cit., 94 s. Infine, in prospettiva bioetica, M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., 113 ss.

⁴³ Su ciò ha, ancora di recente, insistito A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 25/2023, 18 ottobre 2023, VII.

quanto possa forse apparire eccessivo il timore nutrito da sensibili studiosi⁴⁴ che, per ciò solo, il bambino abbia a risentirne, secondo quanto è – a tacer d’altro – acclarato dalle pratiche adottive, specie se avvenute in tenera età, che pervengano a buon fine. Ed è parimenti vero che non può comunque aversi l’assoluta certezza che la pratica riproduttiva non sia fatta a fine di lucro né che la gestante dopo il parto si rifiuti di distaccarsi dal bimbo e lo rivendichi per sé⁴⁵. Il diritto, nondimeno, in molte circostanze di vita, sa di non poter aspirare alla perfezione o, come qui, all’acquisizione di certezze incrollabili e deve, pertanto, contentarsi di presunzioni largamente attendibili, in quanto fondate sulla ragionevolezza che accompagna e connota il fisiologico svolgersi delle relazioni sociali, tanto più poi laddove queste intercorrano tra persone legate da comprovati vincoli di affettività. Se ne ha, dunque, che nella circostanza ora presa in esame la presunzione può far pendere il piatto della bilancia a favore del bisogno di genitorialità. E il vero è che, in fatto di procreazione assistita, così come d’altronde in occasione di numerose altre umane vicende, occorre far luogo a delicate operazioni di bilanciamento in ragione dei beni della vita evocati in campo dal caso; e non v’è dubbio che l’aspettativa alla genitorialità, peraltro – come si sa – in circostanze non infrequenti intensamente avvertita, meriti comunque di essere fatta oggetto di attenta, non aprioristicamente condizionata, valutazione⁴⁶: una valutazione che, nondimeno, a motivo della delicatezza e rilevanza dei beni della vita in gioco, richiede pur sempre di essere devoluta al prudente apprezzamento del giudice che, dunque, stabilirà di volta in volta se dare, o no, spazio alla effettuazione della pratica riproduttiva, senza peraltro escludere che lo stesso possa trovarsi a decidere di talune questioni che abbiano a porsi successivamente alla nascita del bambino.

⁴⁴ ... tra i quali, C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., 137 s.

⁴⁵ È anche in considerazione di questi inconvenienti e, più ancora, del particolare legame che si instaura per effetto della gravidanza tra la gestante e il feto che una sensibile dottrina si è dichiarata per “un *no sofferto*” nei riguardi della surrogazione di maternità (M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., 121, per il riferimento testuale).

⁴⁶ ... non foss’altro che per il fatto che – come ci ha opportunamente rammentato A. D’ALOIA, nello scritto sopra richiamato, IV – esso “non è solo desiderio egoistico o narcisistico, ma completamente affettivo, ricerca di amore in una delle forme più alte e incondizionate”.

3. La questione di cruciale rilievo concernente la destinazione degli embrioni crioconservati

Come sovente accade, una stessa cosa può essere riguardata da angoli visuali diversi, cogliendone ora questo ed ora quell'aspetto, sì da darsene quindi una rappresentazione per quanto possibile organica (se non pure compiuta) e fedele.

Le numerose questioni che si pongono in fatto di procreazione assistita meritano, dunque, di essere considerate, oltre che dal punto di vista delle persone che ad essa si accostano in vista dell'appagamento di un loro bisogno fortemente avvertito, anche (e soprattutto) da quello della nuova vita nascente.

Non tocco qui neppure di sfuggita la spinosa questione relativa alla soggettività giuridica dell'embrione che richiederebbe un lungo ed approfondito esame per far luogo al quale sarebbe necessario uno spazio di cui ora non dispongo⁴⁷. Mi limito solo ad accennare a due punti, ripromettendomi di farne oggetto di studio con maggiore estensione ed approfondimento di analisi in altra sede.

Il primo riguarda la vessata questione della destinazione degli embrioni crioconservati e non utilizzati a finalità riproduttiva (ad es., per una indisponibilità della donna, particolarmente provata per effetto di ripetuti tentativi andati a vuoto, di sottoporsi ad altra sperimentazione).

Si possono, per vero, prefigurare alcune soluzioni, a mia opinione meritevoli di essere prese in considerazione secondo una scala di priorità.

La prima è quella della loro "adozione", vale a dire della destinazione degli stessi ad altre persone che si offrano per il loro impianto⁴⁸. A fronte dell'ipotesi della loro conservazione *sine die* che, verosimilmente, porta, in un lasso temporale più o meno

⁴⁷ Rammento qui solo che, per la più avvertita dottrina (G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Giappichelli, Torino 2013, 122 s.), l'embrione è da considerare un "essere umano, giuridicamente non persona ma soggetto ... con capacità giuridica parziale". Sulla nozione di "essere umano", v., inoltre, le precisazioni svolte da I.V. PONKIN - A.A. PONKINA, *On the issue of the content of the notion of "Human Being" from the Perspective of Medical Law and Bioethics*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), 16/2016, 2 maggio 2016. In prospettiva bioetica, di recente, v. G. RUSSO, *Bioetica in dialogo. Fondamenti e testi*, cit., 105 ss.

⁴⁸ È stato acutamente osservato che "a essere donato non è l'embrione alla donna, ma il corpo della donna all'embrione" (M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., 84).

lungo, alla loro acclarata inutilizzabilità, l'ipotesi ora prospettata appare ai miei occhi quella maggiormente apprezzabile. La qual cosa – come si vede – conferma la possibilità (e, anzi, la necessità) di far luogo alla eterologa, quanto meno in congiunture quale questa ora in esame. D'altronde, l'alternativa, praticata in altri Paesi, di abbandonarli al loro destino si dimostra essere, di sicuro, improduttiva di positivi effetti e – se si vuole – anche eticamente discutibile, sol che si ammetta di essere in presenza di una vita in potenza (e, per alcuni, anche in atto, seppur incapace di pervenire alla sua compiuta maturazione)⁴⁹. Tenerli in uno stato di crioconservazione senza speranza somiglia a ciò che si ha in relazione alle esperienze di fine-vita laddove dovesse farsi luogo – insensatamente – a pratiche di accanimento terapeutico nei riguardi di persone incapaci ormai di reagire positivamente a qualsivoglia trattamento di cura.

La seconda ipotesi che merita di essere attentamente vagliata, senza alcun preorientamento teorico o ideologico (in senso lato), è quella della destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica, vietata – come si sa – dalla legge 40: una soluzione, questa, che, seppur giudicata dalla Corte EDU in *Parrillo c. Italia* non contraria alla Convenzione, si presenta tuttavia, ancora una volta, eccessivamente rigida, sol che si ammetta – come, a mio modo di vedere, devesi – che la destinazione in parola potrebbe praticarsi con specifico riguardo al caso che sia stata previamente e con sicurezza acclarata la inutilizzabilità degli embrioni stessi a finalità riproduttiva, dal momento che altrimenti si avrebbe una lesione intollerabile del diritto in capo ad essi riconoscibile alla tutela del loro mantenimento in vita e della loro dignità⁵⁰.

⁴⁹ Preferibile, invece, come si viene dicendo, la soluzione della donazione, peraltro consentita in alcuni Paesi come la Spagna (l.n. 14 del 2006).

⁵⁰ È stato, nondimeno, qualificato da una sensibile dottrina (A. SPADARO, *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi del giurista*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2005, 71 ss. spec. 116) meritevole di prioritaria considerazione il diritto dell'embrione a restare in vita a fronte della libertà della ricerca scientifica, non foss'altro che "in ragione della certezza attuale della vita" del primo "rispetto invece all'incertezza futura dell'altra". È pur vero, tuttavia, che la probabile utilità offerta alla ricerca è da considerare preferibile rispetto alla certa inutilizzabilità futura a qualsiasi fine dell'embrione dopo che sia trascorso un certo tempo.

La giurisprudenza – come si sa – è stata anni addietro investita in merito a siffatta destinazione ma ha preferito decidere di... *non decidere* (Corte cost. n. 84 del 2016), ripiegando sulla soluzione pilatesca⁵¹, a suo dire necessitata, del *non liquet*, a motivo del fatto che la Costituzione restava sul punto “muta” e non consentiva pertanto di pervenire ad un esito diverso della vicenda processuale. Una soluzione che, per vero, ha dato modo al giudice delle leggi di non impegnarsi nella circostanza sulla vessata e spinosa questione del “bilanciamento” tra le ragioni dell’etica e quelle del diritto⁵² e che, ad ogni buon conto, non ha tenuto conto della formidabile attitudine dei principi costituzionali di potersi alla bisogna espandere e dar modo di estrarre da essi la regola buona per il caso, in attesa peraltro di un congruo intervento regolatore da parte del legislatore⁵³.

Il punto meriterebbe, per vero, un supplemento di riflessione al piano teorico-generale.

Senza che se ne possa qui dire oltre il cenno adesso fatto, è davvero singolare il destino toccato ai principi costituzionali, a seconda dei casi e della posta in palio ora giudicati idonei ad essere portati ad immediata applicazione, sia pure con la mediazione di una regola non positivamente data ma da essi logicamente dedotta, ed ora invece ritenuti privi di siffatta attitudine, in quanto bisognosi di una disciplina attuativa che però potrebbe anche tardare a lungo o non venire mai alla luce.

La terza ed ultima ipotesi è quella di non far nulla, tenerli – fin quando possibile – in stato di crioconservazione, con la certezza però che, trascorso un certo tempo, gli stessi non saranno più utilizzabili. Come si vede, quest’ultimo scenario non dà

⁵¹ Così qualificata nella mia nota alla decisione in parola, dal titolo *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 2/2016, 30 giugno 2016, 245 ss.

⁵² Così, quasi testualmente, A. CITRIGNO, *Brevi note sulla questione degli embrioni crioconservati e il divieto di donazione alla ricerca scientifica in tema di PMA: la sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit., part. 311 s.; in tema, pure *ivi*, G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, 367 ss.

⁵³ Quest’argomento è stato opportunamente richiamato anche da S. AGOSTA, nel suo intervento al nostro incontro.

modo di accedere ad alcuna soluzione positiva, sì da offrire agli embrioni l'opportunità di farsi, in un modo o nell'altro, valere.

4. ... e l'altra questione, non meno gravida di implicazioni, relativa al riconoscimento del figlio nato da inseminazione artificiale all'estero, con riguardo alla quale appare per vero assai problematico far luogo ad un "bilanciamento" autenticamente mediano e paritario tra istanze comunque meritevoli di considerazione

Il secondo punto che qui mi preme rapidamente toccare concerne la vessata questione del riconoscimento del figlio venuto alla luce a seguito di fecondazione medicalmente assistita effettuata all'estero, in ispecie da parte di coppia omosessuale: una questione fatta oggetto – come si sa – di oscillanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, in ambito sia interno che esterno⁵⁴, come pure di

⁵⁴ Si rammentino i noti casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014, seguiti da altri ancora portati all'attenzione della Corte europea [vi si richiamano, tra gli altri, G. MINGARDO, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2021, 4 novembre 2021, spec. 212 ss., e L. CAROTA, *Corte EDU e tutela del rapporto con il genitore "d'intenzione" nelle coppie dello stesso sesso*, cit., 38 in nt. 46]. Peraltro, talune incertezze della giurisprudenza europea in materia sono state prontamente rilevate in dottrina [*ex plurimis*, v. A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child* (art. 8 CEDU), in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)* a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Milano - Padova 2016. 717 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2017, 6 ss., e M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2019, 3 settembre 2019, 167 ss. V., inoltre, in tema, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 144 ss.; A. RANDAZZO, *La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Prime notazioni*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 339 ss.; C. CAMPIGLIO, *La filiazione e le nuove norme di diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le Riforme*, cit., 351 ss., spec. 359 ss.; E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice* (www.fsjeurostudies.eu), 1/2022, 237 ss.; S. STEFANELLI, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile g.p.a.*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 2/2022, 145 ss., spec. 172 ss.; M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. Riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2022, 153 ss.; A. MARICONDA, *Lo 'status filiationis' del nato da*

discusse pratiche amministrative, cui peraltro è stato dato (e si dà) ampio risalto anche dai grandi mezzi d'informazione. Ciò che, poi, per la sua parte ulteriormente avvalorata l'idea qui affacciata della necessità di una nuova, organica disciplina delle forme di riproduzione medicalmente assistita, non foss'altro che al fine di evitare il *far west* – come lo si è pittorescamente definito – di cui si ha ormai riscontro in ordine al trattamento ad esse riservato.

Com'è chiaro, la questione ora in esame s'intreccia con quella del c.d. utero in affitto – espressione orrenda e, cionondimeno, efficace –, cui si è già fatto cenno, laddove la coppia in parola sia composta da persone di sesso maschile; e, dunque, parrebbe che debba per essa valere l'esito negativo dietro già esposto, con le precisazioni nondimeno al riguardo fatte. Toni meno gravi, di contro, presenta la vicenda con riferimento al caso di coppia composta da persone di sesso femminile, una delle quali metta a disposizione i propri ovuli per far luogo alla pratica riproduttiva, mentre si torna all'ipotesi precedente laddove, ancora una volta, si faccia ricorso al sussidio prestato da una terza persona disposta a portare avanti dietro compenso la gravidanza per conto della coppia.

Ora, si possono addurre plurimi e stringenti argomenti per escludere il riconoscimento in congiunture siffatte, a partire da quello per cui non è possibile fare leva sulla forza irresistibile del fatto per debordare dalle regole giuridiche – perlomeno fintantoché le stesse non siano cambiate o invalidate – e vedere così, costi quel che costi, comunque appagato il proprio desiderio di genitorialità⁵⁵. Un desiderio – come si è veduto – meritevole di considerazione, al ricorrere di talune

maternità surrogata nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: bilanci e prospettive, in *Rass. dir. civ.*, 4/2022, 1507 ss.].

⁵⁵ ... tanto più, poi, laddove il fatto riproduttivo dovesse essere qualificato come penalmente illecito (molto discussa, e per vero discutibile, al riguardo, l'ipotesi di considerare la maternità surrogata un reato c.d. "universale", su di che v., nuovamente, A. D'ALLOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, cit., nonché M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in AA.VV., *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. Pesce, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 139 ss., e A.M. GALLO, *La surrogazione di maternità come reato universale e alcuni obblighi internazionali dell'Italia*, in *La Comunità internaz.*, 3/2022, 505 ss.).

condizioni, che però non può pretendere di affermarsi in modo “tirannico”⁵⁶, specie laddove ciò dovesse comportare la lesione di beni della vita indisponibili, a partire da quello “supercostituzionale” – come lo si è altrove qualificato – della dignità.

Tutto ciò posto, è pur vero tuttavia che non è possibile, sia pure in nome del fermo attaccamento alla legalità costituzionale, pervenire ad esiti della vicenda che portino all’irreparabile sacrificio dell’interesse del bambino, comunque prioritario sopra ogni altro⁵⁷, secondo quanto peraltro è stato, ancora di recente (e sia pure in relazione ad altro ordine tematico), opportunamente ribadito in giurisprudenza⁵⁸.

Si faccia caso al quadro che potrebbe in talune circostanze delinearsi.

Il riconoscimento, per un verso, appare offensivo della dignità *anche* (e soprattutto) del bambino, specie laddove si sia fatto del corpo umano una merce di scambio. Allo stesso tempo, però, parrebbe consentito (ed anzi imposto) al fine di non lasciare il bambino stesso sguarnito di tutela o, come che sia, destinato ad andare incontro ad inconvenienti non da poco, quale quello di essere privato di una figura genitoriale alla quale potrebbe nel frattempo essersi affettivamente legato⁵⁹. Argomento, quest’ultimo, dotato di considerevole forza persuasiva e, perciò, non a caso ricorrente in plurime circostanze in occasione delle quali non di rado aspettative dei genitori biologici, ancorché meritevoli di ogni considerazione, si

⁵⁶ ... secondo quanto, peraltro, è stato ripetutamente, opportunamente rimarcato in giurisprudenza (v., spec., Corte cost. nn. 221 del 2019 e 79 del 2022).

⁵⁷ Sul *best interest of the child*, formula ad effetto tuttavia talora impropriamente richiamata e nondimeno ormai d’uso corrente, *ex plurimis* e con vario orientamento, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016; G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli 2019; L. LENTI, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le Riforme*, cit., spec. 20 ss.; R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2020, 22 luglio 2020, 278 ss.; A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 4/2020, 647 ss.; AA.VV., *The Best Interest of the Child*, a cura di M. Bianca, Sapienza University Press, Roma 2021, e, più di recente, F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, FrancoAngeli, Milano 2023.

⁵⁸ V., part., Corte cost. n. 183 del 2023 e, su di essa, M.C. ERRIGO, *Il preminente interesse del minore e la definizione dei rapporti familiari. Brevi considerazioni a margine della decisione della Corte costituzionale n. 183 del 2023*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 1/2024, 6 febbraio 2024, 289 ss.

⁵⁹ In tema, di recente, J. LONG, *Best interest of the child, maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 4/2023, 1091 ss.

sono trovate (e si trovano) posposte rispetto all'interesse del minore di non essere privato di legami affettivi ormai consolidati con persone diverse da quelli⁶⁰.

Si può, nondimeno, ripiegare – com'è stato da molti e da tempo rilevato⁶¹ – sulla soluzione di dar modo alla *partner* della madre biologica di ricorrere all'adozione in casi particolari⁶² che, nella disciplina ad oggi vigente, pur non essendo pienamente appagante⁶³ è pur sempre meno pregiudizievole di altri esiti della vicenda, specie a seguito del rilevante passo in avanti avutosi grazie ad una coraggiosa ed innovativa giurisprudenza⁶⁴.

5. Al tirar delle somme: cosa resta della 40, quali le ragioni del suo sostanziale fallimento e quali gli ulteriori, possibili sviluppi giurisprudenziali prefigurabili per la procreazione assistita?

È da chiedersi, in conclusione, cosa resti ormai della legge 40, quali le ragioni che hanno portato al suo progressivo smantellamento per mano della giurisprudenza⁶⁵ e quali, infine, gli eventuali sviluppi di quest'ultima che sono da mettere in conto.

Al primo quesito la risposta discende subito linearmente dalla pur sommaria analisi compiuta in merito alle questioni su cui si è appuntata l'attenzione (ma non

⁶⁰ Si rammenti, ad es., il caso *A.L. c. Francia*, sul quale, tra gli altri, A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it), 2/2022, 15 luglio 2022, 308 ss.

⁶¹ Di recente, A. SPANGARO, *Genitorialità giuridica e genitorialità affettiva: nuove forme e funzioni dell'adozione*, in *La CEDU dopo i primi 70 anni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 20/2023, 4 agosto 2023, 63 ss., e A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?*, cit., XIII, che, nondimeno, non si nasconde i gravi problemi che si hanno nei casi in cui nel frattempo il rapporto di coppia sia entrato in crisi (su ciò, tra gli altri, G. PALMERI, *Rapporti con i figli*, in *Trattato di diritto di famiglia – Le Riforme*, cit., spec. 107 ss.).

⁶² ... a riguardo della quale, N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in *Enc. dir., I tematici, Famiglia*, diretto da F. Macario, IV (2022), 25 ss.

⁶³ È opportuno, peraltro, rammentare che in altri ordinamenti, come quello austriaco, il ricorso all'adozione da parte della madre d'intenzione è ritenuto non rispettoso del preminente interesse del minore [v. F. BRUNETTA D'USSEAU, *Il genitore è sempre genitore: la Corte Costituzionale austriaca e le coppie omoaffettive femminili*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 1/2023, 169 ss.].

⁶⁴ Il riferimento – com'è chiaro – è a Corte cost. n. 79 del 2022, ampiamente annotata.

⁶⁵ A conti fatti, si è trattato – come ha avvertito la più sensibile dottrina – di una “morte annunciata” (M. FORTINO, *Cronaca di una morte annunciata*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 45 ss.) o – come altri ha preferito dire – del “suicidio di una legge” (M. MENGARELLI, *IL suicidio di una legge*, pure *ivi*, 59 ss.).

diverso sarebbe l'esito anche in relazione a quelle qui non fatte oggetto di specifico esame): in buona sostanza, dell'impianto originario non è rimasta in piedi neppure una pietra; restano, dunque, solo macerie, come se un terremoto avesse distrutto l'edificio eretto dal legislatore giusto vent'anni addietro⁶⁶. Anche il perno attorno al quale ruotava l'intera disciplina, quello della necessaria esistenza di una coppia dotata dei requisiti di cui all'art. 5⁶⁷, non ha resistito al verificarsi di talune evenienze quali quelle che danno modo di accedere alla fecondazione *post mortem*. Si tratta, nondimeno, di un'eccezione rispetto alla regola della sussistenza della coppia; è, però, pur sempre uno spazio interstiziale che potrebbe – come si dirà a momenti – più avanti ulteriormente allargarsi.

Ad ogni buon conto, il consuntivo a riguardo di ciò che ad oggi resta in vigore della 40 è d'immediata intellegibilità e non giova, pertanto, qui indugiare a fare l'ennesimo racconto. Piuttosto, conviene dedicare un supplemento di attenzione alla descrizione delle cause principali che hanno portato a quest'autentica, ingloriosa *débâcle*, cause a mia opinione riportabili a due fattori, peraltro strettamente legati l'uno all'altro.

Quanto al primo, va osservato che il legislatore – qui come altrove – ha commesso l'errore di far luogo a soluzioni eccessivamente schematiche e rigide, non rispondenti alla varietà dei casi della vita, specie ad alcuni di essi che si presentano come particolarmente pressanti e meritevoli di attenta, non preorientata considerazione. Laddove, poi, siffatto carattere si riscontri in relazione a vicende della vita di cruciale rilievo, quali sono appunto quelle riguardanti la nascita (e, *mutatis mutandis*, la morte) della persona, è da mettere in conto che alle carenze

⁶⁶ Efficacissimo il titolo dato da A. D'ALOIA, ancora prima di ulteriori interventi ablativi della Consulta, per rappresentare questo stato di cose, un titolo assai eloquente, sì da non richiedere alcun commento: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.

⁶⁷ Peraltro, non ci si è qui soffermati su taluni aspetti riguardanti i requisiti in parola che avrebbero, per vero, meritato di essere rivisti, in ispecie quello concernente la riserva dell'accesso alle tecniche riproduttive alle sole persone maggiorenni, laddove – come si sa – possono non di rado essere coniugati ovvero convivere in modo stabile anche i minori di età. Si consideri, ad es., il caso di persona minorenni, perlopiù di sesso femminile, che scopra dopo una prima gravidanza non andata a buon fine di essere affetta da malattia geneticamente trasmissibile ovvero che lo sia il *partner*. Perché mai dover attendere il compimento della maggiore età prima di far ricorso alle tecniche in parola?

della normazione siano chiamati i giudici a porre rimedio, perlomeno fin dove possibile. Non si trascuri, al riguardo, la circostanza per cui, ancora fino a non molto tempo addietro, la Consulta, sollecitata a far luogo a manipolazioni di vario segno dei testi di legge, soleva ritrarsi in nome del principio della salvaguardia della discrezionalità del legislatore, restando pertanto ancorata all'idea che le stesse potessero aversi unicamente al ricorrere delle c.d. "rime obbligate" di crisafulliana memoria, rime che però – come si sa – sono ormai state convertite in "possibili" o – come pure si è detto con una formula ad effetto che ha avuto fortuna – nei "versi sciolti"⁶⁸. Ebbene, a fronte delle deroghe di non poco momento cui il principio suddetto è andato (e seguita ad andare) senza sosta incontro, non sembra priva di fondamento l'idea che la giurisprudenza possa portarsi ancora più in avanti nell'opera di allargamento dei canali di accesso alle tecniche riproduttive.

Acquista qui rilievo il secondo fattore della crisi del modello delineato nella 40. Il *pressing* venuto dal corpo sociale non appare, infatti, essere il frutto di capricciose o stravaganti istanze di persone eccentriche ed originali a tutti i costi; è, di contro, il

⁶⁸ La seconda formula si deve – come si sa – a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.; la prima può, tra gli altri, vedersi in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss. In tema, v., inoltre, AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, a cura di E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi e A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2023; A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, spec. 297 ss.; P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2023, 1 ss.

portato di taluni bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti, bisogni dei quali il legislatore avrebbe dovuto (e un domani dovrebbe) farsi carico e davanti ai quali i giudici non avrebbero, pertanto, potuto né potrebbero restare insensibili. D'altronde, come si è rilevato sin dalle prime notazioni di questo studio, a taluni bisogni rappresentati come espressivi di nuovi diritti fondamentali può darsi voce unicamente laddove sia provato che essi risultano sorretti da vere e proprie *consuetudini culturali* di riconoscimento della loro validità, delle quali i giudici, una volta che siano chiamati ad assicurarne la salvaguardia, non possono che farsene, per la loro parte, interpreti e garanti, sempre che – beninteso – esse dispongano di “copertura” da parte dei principi costituzionali. Cionondimeno, come pure si è tenuto qui a precisare, per via giurisprudenziale non può farsi luogo ad una disciplina organica, se non pure compiuta, di una materia così complessa, cui fanno capo beni della vita plurimi e non di rado reciprocamente confliggenti che, perciò, necessitano di una regolazione *ad hoc* che solo il legislatore può apprestare⁶⁹. La qual cosa – come si è veduto – non solo non esclude ma, anzi, implica pur sempre il supporto dei giudici, in vista dell'adattamento delle regole legislative alle innumerevoli esigenze emergenti dai casi.

È chiaro, dunque, che la legge 40 è complessivamente venuta meno al compito al quale era chiamata e che nella disciplina da essa posta non si rispecchiavano taluni diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. Va, dunque, preso atto della realtà: si è ormai in presenza di un vestito fatto a brandelli dalla giurisprudenza, nel mentre le toppe da questa cucitevi non valgono di certo a renderlo nuovo o, diciamo pure, presentabile.

⁶⁹ Ed è sempre quest'ultimo a doversi fare carico di talune questioni venute da esperienze particolarmente sofferte, quale ad es. quella dello scambio delle provette che ha portato a dar vita a due procedure parallele di eterologa, senza addossarne il peso – come, invece, è accaduto – per intero sulla giurisprudenza (un riferimento a questa vicenda è in M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio di embrioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 186 ss.; R. VILLANI, *La “nuova” procreazione medicalmente assistita*, cit., 338 ss., e A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, cit., 652 e nt. 17. In prospettiva bioetica, v., per tutti, M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., 93 ss.).

V'è di più; e passo così a toccare il punto finale del mio intervento. È infatti da mettere in conto che, seguitando il *pressing* di cui si diceva, la giurisprudenza seguiti ad incidere sul corpo della legge; e, per quanto la mano del chirurgo possa rivelarsi abile nel circoscrivere le zone su cui dar modo al bisturi di asportare le parti malate, ancora più vistosa potrà risultare l'opera di rammendo e, con essa, la viepiù precaria capacità di sopravvivenza della legge.

Se, dunque, ci si chiede quale potrebbe essere il verso dei prossimi sviluppi giurisprudenziali, pur con la cautela che sempre si accompagna (o, meglio, *dovrebbe* accompagnarsi) a siffatte previsioni, non di remoto riscontro a me parrebbe essere l'ipotesi, cui si accennava poc'anzi, che possano ulteriormente crescere i casi di "liberalizzazione" – se così può dirsi – dell'accesso alle tecniche riproduttive da parte dei singoli⁷⁰.

Si torni, ancora per una volta, a considerare la pratica della fecondazione *post mortem*. Essa si regge sulla presunzione del perdurante assenso da parte della persona deceduta, a fronte del quale è oggettivamente posposta la condizione del bambino che, comunque, verrebbe cresciuto ed allevato in un contesto privo della bigenitorialità, perlomeno se e fino a quando la donna non dovesse intraprendere una nuova esperienza di coppia. Ebbene, che differenza c'è tra questo scenario e quello di una coppia di persone che si separino dopo aver imboccato la via della sperimentazione della pratica riproduttiva e, ciononostante, seguitino a volere insistere al fine di vedere appagato il loro bisogno di genitorialità? Non si può (o si deve) dare qui pure rilievo alla volontà del *partner* della donna che intenda seguitare nella sperimentazione? È singolare, insomma, che si faccia distinzione tra i due casi: quasi che, di necessità, chi venga alla luce per effetto di una riproduzione assistita debba risentirne al punto di restarne traumatizzato, quando

⁷⁰ Trattasi, peraltro, di un *trend* che va sempre di più crescendo: v., ad es., con riferimento alla Francia, laddove l'accesso alle tecniche riproduttive è altresì consentito, oltre che alla donna *single*, alle coppie di donne, A.M. LECIS COCCO ORTU, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in *GenIUS* (www.geniusreview.eu), 2/2021, 102 ss., e, nella stessa *Rivista*, G. TERLIZZI, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, 1/2022, 88 ss.; quanto, poi, ad Israele, ancora *ivi*, E. FALLETTI, *Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri*, 134 ss.

invece a siffatto rischio si presume⁷¹ che non vada incontro chi nasca a seguito di fecondazione *post mortem*.

Ecco, questa potrebbe essere una di quelle ipotesi, cui si faceva dietro cenno, in cui sarebbe comunque opportuno non irrigidire la disciplina ma dar modo ai giudici di stabilire caso per caso se autorizzare il prosieguo della sperimentazione a finalità riproduttiva, dopo aver appunto verificato se le persone che ne fanno richiesta risultino dotate dei requisiti necessari per un'armonica crescita del bambino e possano pertanto esibire le credenziali allo scopo richieste.

È strano, d'altronde, che si acconsenta alla fecondazione *post mortem*, che – perlomeno al presente – porta all'inserimento del neonato in un contesto familiare segnato dalla monogenitorialità e, non di rado, gravato da un clima appesantito dal lutto e la si neghi invece laddove vi sia la presenza di un genitore d'intenzione che si dichiari disponibile ad accudire amorevolmente la persona che potrebbe venire alla luce.

Se, poi, si dovesse un domani spianare il terreno per l'accesso alle pratiche in parola da parte della persona *single* (ipotesi che, nondimeno, ad oggi ai miei occhi appare assai remota), si riproporrebbero – com'è chiaro – i problemi dietro indicati in merito all'anonimato del donatore.

Ferma, dunque, *de iure condito* la salvaguardia dell'anonimato del donatore, l'ipotesi sopra ragionata secondo cui sarebbe possibile (in un futuro, forse, non remoto) dare modo anche a coppie di persone già coniugate o conviventi di accedere, in piena libertà e responsabilità, alle pratiche riproduttive, malgrado il venir meno del loro rapporto di coppia, non mi parrebbe che sia categoricamente da scartare, pur richiedendo di essere valutata con somma cautela e, comunque, come si è veduto, con il necessario "filtro" operato dal giudice che, una volta di più, si conferma detenere centralità di posto in occasione dei fatti riproduttivi, specie appunto di quelli che si presentano maggiormente complessi per l'aspetto etico-giuridico.

⁷¹ ... ed è – com'è chiaro – una presunzione che non può, ovviamente, soggiacere alla prova del contrario, nessuno potendo stabilire al momento della messa in atto della pratica riproduttiva come reagirà il bambino una volta venuto alla luce.