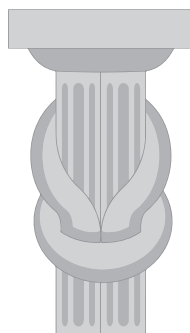


Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

SISDiC



Annali

S/2024

Identità genetica e genitorialità
nell'era delle tecniche procreative

a cura di

ORIANA CLARIZIA, GIORGIA ANNA PARINI, IMMACOLATA PRISCO



Edizioni Scientifiche Italiane

Finanziato dall'Unione europea- Next Generation EU, Missione 4 Componente 2, Investimento 1.1, CUP: H53D23002770006 (CUP Master Univ. degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale), CUP: B53D23010530006 (Univ. degli Studi di Verona), CUP: E53D23006660006 (Univ. degli Studi di Napoli Federico II).

Indice

Saggi

- CAMILLO VERDE, *Tecniche procreative e (in)esistenza di un diritto alla genitorialità. Coordinate introduttive* 1
- MARIA PORCELLI, *La trascrizione in Italia di atti di nascita da parte di coppie omogenitoriali a valle del ricorso all'estero a pratiche vietate* 11
- ALBERTO MATTIA SERAFIN, *La maternità surrogata oltre i confini nazionali. Intorno alla strumentalizzazione interpretativa del c.d. "turismo procreativo"* 35
- ORIANA CLARIZIA, *Divieto di procreazione post mortem e trasmissione mortis causa dei gameti* 49
- BARBARA SALVATORE, *La sorte degli embrioni soprannumerari: il rilievo del valore della persona e la irragionevolezza della conservazione sine die* 71
- IMMACOLATA PRISCO, *Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di chance procreativa. Profili risarcitori* 97
- GIULIA CASTELLANI, *Terapie germinali e genitorialità. Una breve riflessione* 119
- ALESSANDRA CORDIANO e GIORGIA ANNA PARINI, *Questioni giuridiche connesse al trapianto di utero* 139
- PAOLA DI NICOLA e DEBORA VIVIANI, *PMA e utero artificiale: al di là del principio della ragione universalistica e de-contestualizzata* 161

Tecniche procreative e (in)esistenza di un diritto alla genitorialità. Coordinate introduttive

SOMMARIO: 1. Premessa di metodo. L'importanza dell'inter-disciplinarietà. – 2. Il contributo del giurista al tema delle (nuove) tecniche procreative. – 3. Il rapporto tra dignità e “auto-determinazione”. – 4. La (in)esistenza di un diritto alla genitorialità.

1. Nell'indagare i temi dell'identità genetica e della genitorialità¹, nell'era delle (nuove) tecniche procreative², occorre svolgere una preliminare considerazione di carattere metodologico.

Invero, ogni ricerca che abbia ad oggetto le suddette questioni – tanto complesse, quanto attuali – è indubbiamente chiamata a prendere coscienza del fatto che l'impostazione dei diversi problemi (ancor prima delle soluzioni, che rispetto agli stessi si tenta di offrire) deve essere svolta su basi ampiamente inter-disciplinari: secondo un metodo, cioè, che aspiri a coniugare le diverse esperienze non solo dei giuristi, ma anche – a mero titolo esemplificativo – dei genetisti, degli specialisti della riproduzione, dei sociologi, degli psicologi, e così via³.

Solo in tal modo, infatti, risulta possibile analizzare compiutamente e confrontare con serietà, da un lato, ciò che appare astrattamente “possibile” secondo gli approdi più recenti della medicina e, dall'altro, le implicazioni giuridiche e sociologiche che inevitabilmente ne discendono,

¹ Per un quadro recente, v. S. DEPLANO, *Appunti intorno al concetto di “genitorialità” nel diritto civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2023, p. 61 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità sociale ed esercizio della responsabilità genitoriale. Spunti critici sul principio di esclusività dei rapporti familiari verticali*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 993 ss.; A.C. NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 843 ss.; G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016.

² In tema, cfr. A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, p. 13 ss.; S. SERRAVALLE, *Principio di verità nella filiazione e tecniche procreative: stato del dibattito a seguito della più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 527 ss.; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, p. 13 ss.

³ Sottolinea, più in generale, l'esigenza di un ritorno al metodo inter-disciplinare nell'individuazione delle fonti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, Napoli, 2020, 4^a ed., p. 40 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

1

così arrivando a predicare di “liceità” – giuridica e/o sociale⁴ – le diverse tecniche e soluzioni offerta dalla scienza medica.

Tale collaborazione inter-settoriale, si badi, non sminuisce affatto il possibile apporto del giurista (il contributo del quale resta pur sempre ancorato, come insegna la migliore dottrina, al perseguimento di finalità “pratiche”⁵), ma tutto all’opposto esalta la proiezione “concreta” – nella dimensione ora promozionale, ora proibitiva⁶ – delle sue categorie concettuali e, soprattutto, valoriali: per richiamare solo le principali, la “persona”, la “dignità umana”, la “vita”, la “famiglia”.

2. Si tratta ora di chiedersi, in linea generale, quale sia lo strumentario categoriale e/o normativo con il quale il giurista, che operi nell’ordinamento italo-europeo⁷, possa approcciarsi al tema delle nuove tecniche riproduttive.

In primo luogo, ogni indagine sul tema, pur non potendo obliterare l’ovvia constatazione per cui viviamo in un mondo oramai globalizzato⁸ e nel quale, non di rado, i divieti adottati dai singoli Paesi possono essere facilmente aggirati spostandosi in giurisdizioni contigue⁹, deve essere sviluppata avuto riguardo ad un *preciso* contesto normativo, prospettando problemi e soluzioni non assoluti, bensì *relativizzati* rispetto al predetto quadro ordinamentale¹⁰.

In questo senso, non sarà superfluo rimarcare che, tra i primari compiti attribuiti ad un sistema giuridico, v’è anzitutto quello di identificare le situazioni giuridicamente rilevanti¹¹ e, fra queste, quelle meritevoli di

⁴ Sempre attuale, in proposito, l’insegnamento di N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss., ora in AA.Vv., *Le profezioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3135 ss., ove la nota formula per la quale «il giurista deve interpretare sociologicamente la norma o il sistema e dommaticamente la realtà o il dato sociale», sebbene «[...] i due processi non rappresentano momenti logicamente isolati».

⁵ È il noto insegnamento pugliattiano, espresso, *inter alia*, in S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 197 ss., ora in ID., *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 667 ss.; ID., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Arch. giur.*, 1935, p. 158 ss., ora in ID., *Diritto civile*, cit., p. 655 ss.

⁶ Sulla funzione “promozionale” del diritto, celebre il saggio di N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim.*, 1969, p. 1313 ss.

⁷ Di recente, A. ALPINI, *Dall’ordinamento al «sistema ordinamentale». Il «diritto italo-europeo» e la svolta di Pietro Perlingieri*, in *Annali SISDiC*, 2023, p. 135 ss.

⁸ Cfr. F. PARENTE, *I diritti umani nell’epoca della globalizzazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 152 ss.

⁹ In tema, v. S. SERRAVALLE, *Divieto di maternità surrogata ed effetti delle surrogazioni compiute all’estero*, in G. RECINTO (a cura di), *“Processo” alla famiglia*, Napoli, 2018, p. 185 ss.

¹⁰ Sulla «relatività» delle soluzioni giuridiche, sempre attuali le considerazioni di metodo di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 16 ss.

¹¹ Per tutti, A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 381 ss.



protezione¹². Viceversa, talvolta pare assistersi al diffondersi della concezione per cui “ogni desiderio” dell’individuo, o ancora “ogni sua possibile ambizione”, sia destinata ad assumere i contorni di un “diritto” giuridicamente tutelato (come pur fermamente ritenuto dalla giurisprudenza sia europea¹³, sia costituzionale¹⁴), magari sulla base del rilievo – in sé certamente non risolutivo – per cui in altri Paesi (di tradizione giuridico-culturale piú o meno vicina alla nostra) quel desiderio assurge al rango di situazione giuridicamente tutelata¹⁵.

A questo riguardo, occorre rilevare che le tematiche afferenti alla genitorialità intercettano un valore fondamentale – quello della “dignità umana”¹⁶ – non solo degli aspiranti genitori, ma anche del nato.

A proposito dell’universalità di un tale valore, è sufficiente leggere il seguente passo: «Alla persona umana spetta, al di là di ogni circostanza e in qualunque stato o situazione si trovi, una dignità infinita, inalienabilmente fondata nel suo stesso essere. Questo principio, che è pienamente riconoscibile anche dalla sola ragione, si pone a fondamento del primato della persona umana e della tutela dei suoi diritti».

Non si tratta di un’enunciazione tratta da un testo giuridico, come sembrerebbe ovvio, bensí di un passo della «Dichiarazione *dignitas infi-*

¹² Sul concetto di “meritevolezza”, v. per tutti e di recente V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e meritevolezza: alcune questioni*, in *Storia Metodo Cultura*, 2022, p. 3 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali SISDiC*, 2017, p. 173 ss.; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, Napoli, 2017, p. 11 ss.

¹³ E v. Corte edu, *Grand Chamber*, 10 aprile 2007, n. 6339/05, Evans c. Regno Unito, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1238 ss.; Corte edu, *Grand Chamber*, 4 dicembre 2007, n. 44362/04, Dickson c. Regno Unito, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 337 ss.; Corte edu, sez. I, 1° aprile 2010, n. 57813/00, S.H. e altri c. Austria, in *Fam. e dir.*, 2010, n. 11, p. 977 ss.; Corte edu, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 209 ss.; Corte edu, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 66 ss.

¹⁴ Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, p. 337 ss.; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss.; in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 2014, I, p. 1289; in *Foro it.*, I, 2014, c. 2325 ss.; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753 ss.; Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3782 ss.; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 548 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 430 ss.; da ultimo, Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, p. 677 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 609 ss.

¹⁵ Sulla nozione di “desiderio” in tale contesto, v. G. BALLARANI, *Le frontiere del desiderio di genitorialità. A margine dei recenti arresti in materia di gestazione per altri*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 781 ss.

¹⁶ La bibliografia in proposito è ovviamente sterminata. Cfr. la recente ed autorevole *summa* di P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali SISDiC*, 2020, p. 1 ss., nonché L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell’ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 761 ss. In chiave gius-costituzionale, A. PIROZZOLI, *La dignità dell’uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, p. 13 ss.



nita circa la dignità umana» pubblicata dal Dicastero per la Dottrina della Fede il 25 marzo 2024¹⁷.

Ciò significa che la dignità umana, originariamente concepita come un concetto esclusivamente morale, filosofico o religioso, ha progressivamente acquistato lo *status* di norma giuridica auto-vincolante, sicché la stessa è indubbiamente il pilastro della costruzione di tutti gli altri diritti umani.

Il rispetto della dignità di ogni individuo (che, proprio a mezzo della dignità, acquisisce la qualifica di “persona”¹⁸), peraltro, è enunciato solennemente da numerose Dichiarazioni e Convenzioni internazionali, da Costituzioni nazionali e da Carte sovranazionali.

Basti pensare che l’art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza del 2000), rubricato “*Dignità umana*”, afferma in modo solenne che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», finanche preponendo tale valore rispetto al “Diritto alla vita” (cui è dedicato, invero, il successivo art. 2 della medesima Carta); che l’art. 2 del Trattato sull’Unione Europea prevede, analogamente, che «L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà [...]»; infine, che l’art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 prevede, analogamente, che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti».

D’altronde, anche la nostra Costituzione repubblicana – pur non aprendosi, diversamente dalla *Grundgesetz* tedesca, con la solenne consacrazione del valore della “dignità umana”¹⁹ – contiene numerosi riferimenti a quest’ultima: basti pensare al fatto che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale» (cfr. *ivi*, art. 3, co. 1), che la retribuzione deve assicurare al lavoratore e alla sua famiglia «[...] un’esistenza libera e dignitosa» (cfr. *ivi*, art. 36, co. 1) e, infine, che l’iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»²⁰ (cfr. *ivi*, art. 42, co. 2).

¹⁷ La dichiarazione è consultabile al seguente sito *web*: vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_dcf_doc_20240402_dignitas-infinita_it.html.

¹⁸ Sul «personalismo» costituzionale, imprescindibile resta lo studio di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972, *passim*, nonché la recente rilettura proposta da G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA e P. VIRGADAMO, «*La personalità umana nell’ordinamento giuridico*» di Pietro Perlingieri, *cinquant’anni dopo*. Atti del VI Convegno SISDiC Sicilia, 5 e 6 novembre 2021, Napoli, 2023; v. anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Attualità di un Manifesto del personalismo costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1237 ss.

¹⁹ Cfr. Art. 1 della *Grundgesetz*, il quale – dietro la rubrica «*Würde des Menschen*» – prevede, come noto, che «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*».

²⁰ La norma, come noto, è stata recentemente riformata con l’aggiunta della tutela ambientale; v. per tutti M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il*



Si consideri, infine, che – anche là dove la dignità non viene esplicitamente menzionata – i Giudici l’hanno di sovente invocata come principio ora di ispirazione delle singole norme, ora in via diretta per la risoluzione delle controversie²¹.

In definitiva, non può non convenirsi con il rilievo per cui la dignità, in sostanza, implica il rispetto e il riconoscimento del valore intrinseco posseduto da qualsiasi individuo, scaturente dal fatto che si tratta di una “persona”, da proteggere in quanto tale.

3. Il concetto-valore di persona è strettamente legato a quello della “auto-determinazione” della stessa²². Talvolta, si è affermato che la Costituzione non opererebbe un riferimento esplicito a tale concetto, ma occorre rilevare, in contrario, che una tale prospettiva è viziata a monte ed è agevolmente superabile per mezzo della constatazione per cui la persona è tale solo *se, e nella misura in cui*, può decidere per se stessa, declinando ed estrinsecando la propria personalità secondo l’ideale supremo di dignità²³.

È allo stesso modo evidente, tuttavia, che tale valore intrinseco posseduto dall’individuo è abbastanza elastico da poter condurre a risultati diversi nelle fattispecie concrete, a seconda della particolare concezione di

valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 285 ss.

²¹ Sulla consistenza proteiforme del valore dignitario, v. P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, cit., p. 1 ss.

²² Il concetto di “auto-determinazione” ha trovato applicazioni estensive nel campo della salute, nella lente del diritto sanitario (v., ad es., C. FARINA, *Profili costituzionali del diritto alla salute. Diritto all’autodeterminazione e consenso informato*, in *Le Corti Salernitane*, 2023, p. 315 ss.; M.F. MAGNELLI, *La salute umana fra autodeterminazione e tutela della dignità: le questioni del fine vita*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 461 ss.; V. ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, p. 17 ss.) o con riferimento ai minori (v., ad es., A. GATTO, *Tutela della personalità e autodeterminazione del minore. Autonomia in ambito familiare, sanitario e negoziale*, Napoli, 2023, p. 49 ss.). Viceversa, nella sua ampia portata applicativa rispetto a ciascuna situazione esistenziale – in questa prospettiva, di recente, M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, p. 9 ss., ma anche nell’apporto gius-filosofico R. DI MARCO (a cura di), *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, 2017, *passim* – la nozione di “auto-determinazione” è in grado di indirizzare concretamente le soluzioni giuridiche anche nel campo della genitorialità e delle (nuove) tecniche procreative. In questa direzione, v. già P. IZZO, *La disciplina delle biotecnologie e la tutela della «dignità umana»: la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1185 ss.; F. PARENTE, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell’uomo*, *ivi*, 2009, p. 444 ss.; M.A. URCIUOLI, *Diagnosi e sperimentazioni sull’embrione umano: legittimità e limiti*, *ivi*, 2016, p. 229 ss.

²³ In questo senso, M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, cit., p. 24 ss., là dove persuasivamente osserva che la persona non “ha”, propriamente, una sua dignità, ma “è”, essa stessa, dignità.



dignità adottata in un determinato sistema giuridico, come già ripetutamente evidenziato.

La nozione di dignità, invero, com'è stato correttamente affermato, è allo stesso tempo “universale”, basandosi su un valore condiviso dell'umanità, e “specificata” per un determinato contesto, derivando il suo significato dalla cornice culturale e istituzionale in cui è inserita²⁴.

È proprio ed anche in virtù di quest'ultima considerazione, come già accennato in premessa, che i temi di cui si discute devono essere indagati in una prospettiva necessariamente inter-disciplinare, anche solo da un punto di vista giuridico: tenendo in conto, cioè, non solo degli intuitivi risvolti civilistici della disciplina, ma anche di quelli comparatistici²⁵ ed internazionalistici²⁶ (atteso il frequente ricorso a pratiche vietate mediante un semplice soggiorno all'estero, ove sono consentite²⁷), nonché delle implicazioni penalistiche (allorché la condotta traccimi in fattispecie integranti reato²⁸).

4. In un panorama valoriale certamente complesso da rappresentare nel caso concreto, ma dalle coordinate assiologiche assolutamente nitide a monte, occorre interfacciarsi con alcuni delicati interrogativi (rispetto ai quali non si intende certo, in questa limitata sede, offrire una risposta netta e, tanto meno, definitiva): esiste un diritto alla genitorialità? ed a chi spetta? alle coppie eterosessuali, o anche a quelle omosessuali²⁹? e per i singoli³⁰? in definitiva, esiste un diritto “al” figlio³¹?

²⁴ Cfr. sempre P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, cit., p. 1 ss.

²⁵ Per alcune riflessioni di segno comparatistico, v. A. MENDOLA, *Riflessioni di diritto comparato in tema di omogenitorialità sociale*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 747 ss. e A. STAZI, *Genomica umana e maternità surrogata nel diritto comparato: pluralismo giuridico e dinamica dei modelli*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, p. 881 ss.

²⁶ Per talune considerazioni di stampo internazionalistico ed internazional-privatistico, v. M. DISTEFANO, *Profili internazionalistici ed internazionalprivatistici della maternità surrogata*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017, p. 435 ss.; R. BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 182 ss.

²⁷ Sulle diverse problematiche che ciò comporta, v. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, Napoli, 2019, p. 94 ss.; G. LIBERATI BUCCIANTI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, Napoli, 2021, p. 369 ss.; A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore “intenzionale”*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 409 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata, ivi*, 2019, p. 337 ss.

²⁸ Sono note, al riguardo, le numerose modifiche che hanno interessato nel tempo la legge 19 febbraio 2024, n. 40. V. una recente critica in P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022.

²⁹ V. il recente monito del Presidente della Corte costituzionale Prof. Augusto Barbera nella propria Relazione annuale del 18 marzo 2024, in cui si auspica un intervento in tema di



Intintivamente, si tratta di quesiti rispetto ai quali – proprio in nome di quella libertà di “auto-determinazione”, che costituisce, come detto, il precipitato del concetto-valore di dignità della persona – si sarebbe portati a dare una risposta affermativa. Ma, come sempre, è la “paradosalizzazione”³² delle linee di pensiero – se si vuole, la loro popperiana “falsificazione”³³ – a dimostrare come le stesse, ove portate alle loro estreme conseguenze, possano produrre risultati che ciascuno giudicherebbe aberranti, prim’anche – forse – che *contra ius*.

Ad esempio, il “desiderio” di avere un figlio può giungere fino al riconoscimento di un “diritto” a crearlo in laboratorio, magari in futuro potendo scegliere anche il sesso, il colore di capelli o altre caratteristiche fisiognomiche, ovvero addirittura un “diritto” a comprarlo, determinandone la più abietta reificazione, così da poter “nascere per contratto”³⁴?

Temi, questi, che intercettano il delicato problema della “clonazione umana”³⁵, rispetto alle quali risuona ancora attuale il severo monito di Hans Jonas, secondo cui la clonazione è «nel metodo la più dispotica e nel fine allo stesso tempo la più schiavistica forma di manipolazione genetica; il suo obiettivo non è una modificazione arbitraria della sostanza ereditaria ma proprio la sua altrettanto arbitraria *fissazione* in contrasto con la strategia dominante nella natura»³⁶.

condizione anagrafica dei figli di coppie dello stesso sesso, sulla scia di Corte cost., nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021.

³⁰ Cfr. la recente Trib. Firenze, ord., 11 settembre 2024, con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 della legge n. 40/2004, nella parte in cui prevede che possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solamente le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate e conviventi.

³¹ Sempre in forma interrogativa, G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 1 ss.; in tema, v. ampiamente anche M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, p. 11 ss.

³² G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle Costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 50 ss.; G. VERNIER, *Ragione, negatività, autocoscienza: la genesi della dialettica hegeliana a Jena, tra teoria della conoscenza e razionalità assoluta*, Napoli, 1990, p. 92 ss.

³³ K. POPPER, in AA.VV., *Filosofia e pedagogia dalle origini a oggi*, Brescia, 1986, p. 615: «L’inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si crede) un pregio, bensì un difetto. Ogni controllo genuino di una teoria è un tentativo di falsificarla, o di confutarla. La controllabilità coincide con la falsificabilità; alcune teorie sono controllabili, o esposte alla confutazione, più di altre; esse per così dire, corrono rischi maggiori».

³⁴ F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 43 ss.

³⁵ In chiave giuridica, v. A. VALLINI, *La clonazione umana*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, cit., p. 435 ss.

³⁶ H. JONAS, *Cloniamo un uomo: dall’eugenetica all’ingegneria genetica*, in ID., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997, pp. 122 ss., 136.



Insomma, appare evidente che – in delicate problematiche di tal fatta – il giurista è chiamato a dare il proprio contributo al fine di suggerire proposte regolatorie (ormai indifferibili), che siano ispirate ai canoni della proporzionalità³⁷ e della ragionevolezza³⁸, nell'ambito di una genitorialità che, com'è stato osservato, oscilla tra la "legittimità", la "verità" e la "responsabilità"³⁹.

Tali proposte, in particolare, sono chiamate ad invertire la prospettiva, da cui troppo spesso si parte, ovvero "il diritto al figlio", senza la dovuta considerazione di cosa sia meglio per "il figlio" stesso. Ed invero, tutte le decisioni dei Giudici che possono apparire come aperture a (nuove) genitorialità e ad (inedite) tecniche procreative, hanno preso in considerazione solo ed esclusivamente l'interesse primario da tutelare, ovvero quello del figlio.

Muovendo da tale corretta impostazione, ci si potrebbe dunque chiedere se il futuro non meriti di riservare, piú che la soddisfazione del "desiderio" di avere un figlio "a qualunque costo" (locuzione che, già di per sé, prelude ad ogni piú vituperabile mercificazione), all'estensione delle norme in tema di adozione⁴⁰. Tuttavia, v'è anche da considerare che, secondo i dati recentemente messi a disposizione dal Ministero della Salute e dal Ministero della Giustizia, vi è un chiaro rapporto inversamente proporzionale tra il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (le c.d. PMA) e l'adozione: in altri termini, all'aumentare del ricorso alle PMA, decresce il ricorso alle adozioni⁴¹.

³⁷ Per primo sottolinea la rilevanza della "proporzionalità" nei rapporti civilistici, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss.

³⁸ Cfr., per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 132 ss.

³⁹ P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 668 ss., il quale rileva che tanto il *favor legitimitatis*, quanto il *favor veritatis* sono oggi superati dal principio di "responsabilità", nozione da intepretare tuttavia in connessione con l'interesse del minore.

⁴⁰ In tema, in luogo di molti, G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 686 ss.

⁴¹ Basti pensare che nel 2014 avevamo 70.826 coppie trattate da PMA e nel 2021 ben 86.090 (aumento del 21.5%); nel 2014, le domande di disponibilità per l'adozione erano 10.089 e nel 2021 si sono ridotte a 7.970 (decremento del 21%). I dati sulle adozioni sono tratti dal Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità - Sezione Statistica del Ministero della Giustizia (cfr. qui: giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Adozioni_serie_storiche_fino2021.pdf) e, quelli sulle PMA, dalla Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, prevista dall'art. 15 della legge n. 40/2004 (cfr. qui: salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3380_allegato.pdf).



Di là da tale spunto, è evidente che si tratta di una materia molto delicata ed intrinsecamente problematica⁴², nella quale appare senz'altro difficile stabilire – anticipatamente e a livello legislativo – “libertà” e “limiti”⁴³, sicché sarà solo la valorizzazione delle circostanze del caso concreto a suggerire il punto di bilanciamento e di caduta dei diversi interessi in concorso (o, talvolta, in conflitto), nella costante tensione dialettica tra il diritto all'auto-determinazione (che, tuttavia, abbiamo detto non includere il desiderio *tout court* della genitorialità) e le istanze dell'ordine pubblico, nazionale ed internazionale⁴⁴.

settembre 2024

CAMILLO VERDE



Abstract

Il saggio intende indagare i temi dell'identità genetica e della genitorialità, nell'era delle (nuove) tecniche procreative. In particolare, sottolineata la necessità di un approccio interdisciplinare al tema e richiamata la centralità del valore assiologico di dignità della persona e della sua auto-determinazione, si evidenziano l'inesistenza di un “diritto” alla genitorialità e l'esigenza di un costante bilanciamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nella dinamica genitoriale e procreativa.

The essay aims to investigate the issues of genetic identity and parenthood in the era of (new) reproductive techniques. In particular, it underlines the need for an interdisciplinary approach, highlighting the centrality of the axiological value of human dignity and self-determination. It emphasizes the non-existence of a 'right' to parenthood and the need for a constant balancing of the interests of all parties involved in the dynamics of parenthood and procreation.

ANNALI
SISDICI
S/
2
0
2
4

9

⁴² In questa chiave, B. TRONCARELLI, *Profili di problematicità della bioetica*, Napoli, 2022, *passim*.

⁴³ Condivisibile, dunque, la prospettiva metodologica di A. VILLELLA, *La ricerca genetica tra libertà e limiti*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 861 ss.

⁴⁴ La più persuasiva sistemazione concettuale del tema è da rintracciare nel già citato volume di G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., *passim*.

La trascrizione in Italia di atti di nascita da parte di coppie omogenitoriali a valle del ricorso all'estero a pratiche vietate

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Genitorialità e rapporti omoparentali. – 2. Il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso e la dubbia ipotesi della “bimaternità”. – 3. Gestazione per altri o maternità surrogata. L’annosa *querelle* sul riconoscimento in Italia di genitorialità surrogate commissionate all’estero. – 3.1. Sul riconoscimento di atti o di provvedimenti stranieri riguardanti minori d’età nati all’estero da surrogazione di tipo solidale o altruistica: cenni. – 4. Riflessioni conclusive. Sull’esigenza di proteggere il diritto del minore d’età al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. *Stepchild adoption* quale strumento capace di tenere in equilibrio i molteplici valori in conflitto, garantendo la piena protezione dell’interesse del minore d’età.

1. L’ineludibile dato di fatto con il quale deve necessariamente fare i conti chiunque intenda condurre un’analisi, sotto il profilo giuridico, sulla “genitorialità omoparentale”¹ è che rispetto alla genitorialità, per così dire, “tradizionale”, nel caso di specie, i soggetti coinvolti nella procreazione sono sempre (almeno) tre e non due². Infatti, nelle coppie omogenitoriali – ossia quelle costituite da due persone appartenenti allo stesso sesso, uniti civilmente ovvero semplicemente conviventi³ – la “genitoria-

¹ Sulla genitorialità all’interno delle coppie omoparentali, v., tra gli altri, C. CAMPIGLIO, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l’ordinamento di stato civile*, *Fam. dir.*, 2019, p. 924 ss.

² A favore della «procreazione nel modo in cui la natura l’ha concepita», già da tempo, P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull’inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica* (1989), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, spec. p. 175, le cui riflessioni sul tema sono imprescindibili per qualsiasi studio anche recente della materia: «bisogna tener conto da un lato che esistono realtà particolari, dall’altro che la scienza avanza e che non è possibile chiudere gli occhi dinanzi alle nuove tecniche genetiche che, se pure non disciplinate, trovano attuazione nella pratica. Altro è il discorso sull’an dell’inseminazione, altro è il discorso relativo alle sue conseguenze. Queste non possono essere ignorate dal giurista».

³ Sul pluralismo che connota i modelli familiari si vedano: P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, cit., spec. p. 417 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa”, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; ID., *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 701 ss.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 567 ss.; ID., *Famiglia e figli in Eu-*



lità”, da un punto di vista naturalistico, presuppone sempre e comunque la presenza di un terzo soggetto: a due donne deve aggiungersi necessariamente un uomo, a due uomini deve aggiungersi almeno una donna⁴. E ciò in quanto rappresenta un’evidenza scientifica al momento inconfutabile che, al fine di generare una nuova vita, sia necessario un gamete maschile e uno femminile e, quindi, un padre e una madre che si identificano in un uomo e in una donna⁵.

Sta di fatto che tale forma di genitorialità, per quanto sempre piú socialmente accettata, si scontra, per lo meno in ambito domestico, con un sistema normativo ancorato (e strutturato intorno) a un modello procreativo fondato sulla alterità dei sessi nella coppia.

Sotto distinto seppur correlato profilo, si deve al contempo ricordare che il diritto vigente, a torto o a ragione, considera esclusivamente il parto quale fatto attributivo della maternità (da qui il brocardo *mater semper certa est, pater numquam*)⁶; tant’è che l’art. 30, quarto comma, cost. stabilisce che la legge detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità, e non già della maternità⁷.

ropa: i nuovi paradigmi, in *Fam. dir.*, 2019, p. 1050 ss.; P. ZATTI, *Familia, Familae - Declinazione di un’idea. La privatizzazione del diritto di famiglia* (Prima parte), in *Familia*, 2, 2002, p. 337 ss.; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, *passim*. Sia consentito, inoltre, richiamare M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1248 ss.

⁴ Lo spiega bene E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno piú uno, bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, spec. p. 237 ss.

⁵ E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno piú uno, bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., p. 233 ss. In una diversa posizione, a favore del superamento dell’argomento naturalistico, G. MASTRANGELO, *L’affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a piú voci*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 351 ss.

⁶ In proposito, si ritiene utile ricordare che l’art. 269, terzo comma, c.c. dispone, infatti, che «[l]a maternità è dimostrata provando l’identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». Sul punto si vedano le osservazioni di M.N. BUGETTI, *Sull’esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c. c. nei confronti della madre che abbia partorito nell’anonimato*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 476 ss. Sia consentito, inoltre, un richiamo a M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, *passim*.

⁷ In dottrina, cfr. E. GIACOBBE, *Dell’insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 590 ss. In giurisprudenza, cfr., nella direzione sopra richiamata, Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 241 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all’ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; e, infine, in *Vita not.*, 2015, p. 674 ss. con nota di A. MENDOLA, *L’interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*. In posizione opposta, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 190 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita not.*, 2017, p. 131 ss., con nota di S. DI GESÚ, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all’estero in coppia omogenitoriale*; in *Dir. pers. fam.*, 2017, p. 298 ss., con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; in



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

12

In definitiva, la bigenitorialità eterosessuale è considerata dal nostro ordinamento, ancora oggi, anche sulla scorta di un antico retaggio di stampo naturalistico, la situazione ottimale per favorire il pieno e libero sviluppo del minore d'età⁸ e la tutela del suo *best interest*⁹.

Da ciò discende, ed è proprio questo il dato che interessa ai fini della presente trattazione, l'affermazione secondo la quale il bambino ha diritto ad avere una doppia figura genitoriale, alla quale corrisponde una divisione di ruoli ordinati, nondimeno, sull'eguaglianza morale e giuridica dei genitori (art. 29, secondo comma, cost.)¹⁰.

In tale impianto normativo e concettuale si innesta la legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita¹¹, la quale,

Nuova giur. civ. comm., 2017, I, p. 362 ss., con nota di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; e, infine, in *Giur. it.*, 2017, p. 2075 ss., con nota di C. FOSSÀ, *Filiazione. Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*.

⁸ Sul fondamento dell'interesse del minore d'età ad essere allevato in una famiglia caratterizzata dalla doppia figura genitoriale (padre e madre), cfr. A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, spec. p. 505; M. COMPORI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in AA. VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1984, p. 161; F. MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, *ivi*, p. 254.

⁹ Sono di questo avviso, tra gli altri, M. DOGLIOTTI e F. ASTIGGIANO, *Le adozioni*, Milano, 2014, spec. p. 42 (v., tuttavia, M. DOGLIOTTI, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico. Un'ordinanza di rimessione assai discutibile*, in *articolo29.it*, laddove l'a. sembrerebbe di diverso avviso); cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1447 ss. In una diversa posizione, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *ivi*, 2018, I, p. 405 ss., secondo il quale, essendo i fatti portatori di una prescrittività normativa, gli stessi sono in grado di superare anche confliggenti prescrizioni normative che non risultano più al passo con i tempi.

¹⁰ Ciò non vuol dire legare la genitorialità all'orientamento sessuale, ma semplicemente affermare che «di genitori deve trattarsi: si esprime in questi termini E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno, bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., spec. pp. 237 e 241, il quale osserva come «[t]utto l'impianto del nostro codice civile, passato indenne, sotto questo profilo, dalle varie riforme, [sia] fondato sul presupposto che i due genitori siano un padre ed una madre»; aggiungendo poi, tra le altre cose, che «la legislazione ordinaria, relativamente alla regolamentazione dei numerosi profili inerenti alla relazione genitoriale, fa costante riferimento al padre ed alla madre». Sulla lettura dell'art. 29 cost. in combinato disposto con gli artt. 30 e 31 cost., v. F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., p. 1447 ss.

¹¹ La l. n. 40/2004 ha avuto un iter molto travagliato. Sul punto, cfr. U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Sub artt. 1-3, in *Comm. c.c. Utet*, Torino, 2010, p. 1657 ss., il quale mette in evidenza che «a differenza di quanto comunemente rappresentato, non è vero che il nostro Paese prima del 2004 era afflitto da una sorta di Far West procreativo. Piuttosto, l'accesso alle tecniche di procreazione assistita era disciplinato da circolari ministeriali e sottoposto al codice deontologico medico allora vigente le cui regole, pur sottoposte a torsioni interpretative, erano tendenzialmente rispettate». Cfr. P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, I, Milano, p. 99 ss.; M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti*,



appunto nel rispetto di un modello di genitorialità tradizionale, vieta *tout court* il ricorso a talune pratiche (e, dunque, sia alle coppie eterosessuali che a quelle omosessuali), ammettendo, per tal altre, che possano accedervi esclusivamente coppie coniugate in possesso di determinati requisiti¹².

In particolare, l'art. 12, sesto comma, l. cit., vieta «*la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*»¹³, mentre l'art 5 l. cit. riserva alle sole coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate e conviventi, il ricorso alla fecondazione di tipo eterologo¹⁴.

2. A questo punto, è opportuno ricordare che le tecniche di procreazione medicalmente assistita (di séguito, per brevità, indicate con l'acronimo "PMA") possono essere di due tipologie.

linee di tendenza, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 628 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; G. BALDINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 295 ss.

¹² Sempre attuali su questi profili le riflessioni che P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative* (1989), in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., p. 183 ss.; ID., *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica* (1989), cit., p. 174 ss., svolgeva già qualche lustro fa. Per una sintesi delle problematiche attuali sollevate dalla normativa in esame v. R. PANE, *La procreazione medicalmente assistita: problemi e prospettive*, in *Dir. rel.*, 2018, p. 375 ss.

¹³ In proposito, si ritiene utile ricordare che la legge citata punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Per i profili penalistici della fattispecie, v. T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2017, p. 1391 ss. Sul punto, cfr., inoltre, unitamente agli altri autori che verranno citati nel prosieguo della trattazione, V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.

¹⁴ L'art. 5, l. cit., nell'individuare i requisiti soggettivi per la pratica in esame stabilisce testualmente che «[f]ermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Rinviene un rapporto, per così dire, di genere-specie tra la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e la maternità surrogata, L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 139 ss., il quale afferma che «gli accordi di maternità surrogata sono una possibilità presente nella PMA eterologa, che ancor più hanno messo fortemente in discussione la struttura tradizionale della maternità e della famiglia e implicano un ulteriore caso nell'ambito della PMA di 'depersonalizzazione' e 'dissociazione' tra l'unione sessuale e la procreazione, tra la fecondazione e l'impianto, tra la genetica e la genitorialità. Ma la 'dissociazione' si moltiplica in questa vicenda a séguito di una scomposizione della maternità in genetica, gestante e sociale. Diversamente da quanto avviene nella fecondazione con donatori, la surroga [...] coinvolge la gestazione a cui la medicina e la psicoanalisi attribuiscono una tale importanza nel rapporto genitore-figlio da conferire alla maternità una specificità che la distingue dalla paternità».



ANNALI

SISDIC

S/2024

14

Sintetizzando al massimo, si parla di fecondazione *omologa* quando si utilizzano gameti appartenenti alla coppia (spermatozoi ed ovociti) ed *eterologa* quando, invece, vengono utilizzati gameti (maschili o femminili) donati da soggetti terzi. Quest'ultima tipologia di PMA, vietata nell'impianto originario della l. n. 40/2004¹⁵, in séguito all'intervento della Consulta, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale divieto¹⁶, è stata ammessa nel nostro ordinamento, pur rimanendo riservata, come precisato dall'art. 5 l. cit., esclusivamente alle coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate e conviventi, in età potenzialmente fertile¹⁷.

Al contempo, va ricordato che i nati in séguito al ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo assumono «lo stato di figli nati nel matrimonio

¹⁵ Sul punto si vedano ancora le riflessioni di L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, cit., p. 139 ss., ed ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza soprattutto di merito chiamata ad esprimersi sul divieto di fecondazione eterologa prima che la questione fosse sollevata dinanzi alla Corte costituzionale.

¹⁶ Il riferimento è alla nota pronuncia Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 973 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e a p. 1289 ss., con nota di C. CICERO e E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto, ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2343 ss., con nota di G. CASABURI, "Requiem" (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Giur. it.*, 2014, p. 2827 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il divieto irragionevole di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1473 ss., con nota di L. RISICATO, *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia: fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 ss., con nota di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa. La Corte Costituzionale decide di decidere*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 825 ss., con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*. Sul punto cfr. anche la pronuncia precedente (Corte cost., ord., 7 giugno 2012, n. 150, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2249 ss.) con la quale la Consulta aveva rimesso la questione ai tribunali che l'avevano sollevata richiamando la pronuncia della Corte edu, Grande camera, 3 novembre 2011, n. 57813, *S.H. e al. c. Austria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 88 ss., che aveva considerato non lesive del diritto alla vita privata e familiare e del divieto di discriminazione le disposizioni della legge austriaca escludenti alcune modalità di fecondazione assistita.

¹⁷ Sulla meritevolezza di tutela del ricorso a tale pratica medicalmente assistita, v. *amplius* P. PERLINGIERI, *Inseminazione artificiale e manipolazione genetica*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 52 ss., il quale magistralmente afferma che «il suo impiego è ragionevole allorché costituisca strumento ineliminabile, o molto utile, per il pieno sviluppo della persona», precisando che in tale ipotesi, «realizza[ndo] per lo più il diritto alla salute [...] rientra nell'assistenza sanitaria nazionale». In giurisprudenza, v. Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, in *DeJure*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. n. 40/2004.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

15

o di figli riconosciuti dalle coppie» (art. 8 l. cit.), mentre è impedito al marito, il cui consenso alla fecondazione eterologa della moglie sia riconoscibile da atti concludenti, di esperire l'azione di disconoscimento della paternità *ex art. 243 bis c.c.*, ovvero di impugnare il riconoscimento *ex art. 263 c.c.* (art. 9 l. cit.)¹⁸. Restano, invece, sempre esperibili per il figlio tutte le azioni di stato, ivi comprese il disconoscimento di paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità¹⁹.

Tale disciplina, chiaramente dettata a tutela dell'interesse dei figli alla doppia figura genitoriale²⁰, pur prevedendo una genitorialità (in parte) sganciata dal legame genetico²¹, si preoccupa, tuttavia, di individuare sempre e comunque la madre in colei che ha partorito, anche nell'ipotesi di fecondazione eterologa *ex latere matris*, escludendo soltanto la sua facoltà di non essere nominata (art. 9, secondo comma, l. cit.).

In definitiva, per il legislatore italiano, i genitori restano sempre (e soltanto) due e di sesso differente²², rimanendo, le tecniche di procrea-

¹⁸ Lo afferma, chiaramente, Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *www.rivistafamiglia.it*, con nota di commento di E. CONTU, *La Corte di Cassazione si pronuncia in tema di revoca del consenso e disconoscimento di paternità in caso di fecondazione eterologa*, con la quale gli Ermellini escludono che la preminenza della verità biologica rispetto a quella legale possa costituire un valore di rilevanza costituzionale. Pertanto, secondo il ragionamento condotto dal supremo Collegio, attribuire al marito la possibilità di esperire l'azione di disconoscimento della paternità anche nell'ipotesi nella quale abbia prestato il proprio assenso alla fecondazione eterologa, vorrebbe significare privare il nato di una delle due figure genitoriali e del relativo rapporto affettivo, considerata l'impossibilità di accertare la reale paternità a causa dell'utilizzo di un seme di ignota provenienza.

¹⁹ Sulla rilevanza da attribuire nella filiazione alla verità biologica e genetica, cfr. R. SENTAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 953 ss.; G. CHIAPPETTA, *Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 145 ss.; B. SALVATORE, *Il ruolo della derivazione biologica nella genitorialità: il difficile bilanciamento tra divieti generali e diritti dei singoli*, *ivi*, 2022, p. 1050 ss.

²⁰ Il diritto del figlio alla bigenitorialità e a mantenere rapporti con entrambi i genitori e con i parenti, anche se non conviventi, è stato ribadito anche dalla riforma della filiazione del 2012-2013 (il riferimento è alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali* e al d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*): v. artt. 316 *bis* e 337 *bis* ss.

²¹ Come osservato da B. SALVATORE, *Il ruolo della derivazione biologica nella genitorialità: il difficile bilanciamento tra divieti generali e diritti dei singoli*, cit., p. 1060: «la liceità della tecnica che prevede la donazione di gameti da parte di un terzo donatore altera in maniera sostanziale l'assetto originario della norma in quanto consente una scissione tra il donatore o i donatori di gameti, che trasferiscono il loro patrimonio genetico al nato, e i genitori che la legge riconosce indiscutibilmente nella coppia che accede alla tecnica».

²² Gli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 sarebbero applicabili anche ai nati in séguito al ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso. E ciò in quanto, la legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e le convivenze, entrata in vigore, lo si ricorda, in epoca



zione medicalmente assistita di tipo eterologo, precluse alle coppie *same sex*²³.

Il problema, tuttavia, si pone laddove la coppia omosessuale decida di ricorrere alla PMA al di fuori dei confini nazionali.

In tale prospettiva, viene innanzitutto in esame l'ipotesi nella quale due donne si rechino all'estero affinché una delle due possa, mediante il ricorso alla fecondazione eterologa, ivi concepire e partorire un figlio.

In questo specifico caso, il bambino nasce all'interno di una famiglia omoparentale, caratterizzata, per così dire, da una bimaternità e, pur conservando in Italia il suo diritto di far dichiarare la genitorialità mancante *ex art. 269 c.c.*, si ritrova ad avere, di fatto, due "genitori" di sesso femminile: la madre che ha partorito (che ha con il nato un legame genetico e gestazionale) e la "genitrice" non biologica o intenzionale che ha acconsentito a che la sua compagna utilizzasse il seme maschile di un donatore terzo rispetto alla coppia.

Tuttavia, nonostante sia ben possibile che l'atto di nascita formato all'estero indichi entrambe le donne come genitori, rimane il problema della relativa trascrivibilità in Italia considerato che, come ribadito anche di recente dalla Cassazione, l'ufficiale di stato civile non può ricevere la dichiarazione del genitore intenzionale volta a stabilire un rapporto di filiazione²⁴.

Sempre rispetto all'ipotesi della coppia omosessuale formata da due donne, considerato che le alternative fornite dalla medicina riproduttiva ai nuovi modelli di famiglia sono ormai talmente tante e variegate, la situazione potrebbe essere ancora più complessa²⁵.

Le due donne potrebbero, per esempio, decidere di "condividere la maternità" e, dunque, una, fornire i propri ovociti che vengono poi in-

successiva rispetto alla modifica della l. n. 40/2004, escluderebbe l'applicazione della c.d. clausola di equivalenza (art. 1, ventesimo comma, l. cit.) soltanto alle norme sull'adozione, ma non alle disposizioni sulla protezione dei nati da PMA di titolo eterologo da coppie dello stesso sesso. Cfr. Cass., 15 giugno 2017, n. 1478, in *DeJure*, relativa ad una ipotesi di fecondazione eterologa nella quale mancava il legame biologico rispetto ad una delle due donne che si era limitata, quindi, a dare il consenso a che la compagna si sottoponesse alla fecondazione.

²³ Sul punto, v. la nota pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., 18 giugno 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460 ss., con nota di commento di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*), con la quale la Consulta ha stabilito la non illegittimità costituzionale del divieto imposto dalla legge n. 40/2004 di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali.

²⁴ Il riferimento è a Cass., 8 gennaio 2024, n. 511, in *Dir. fam. pers.*, 2024, p. 129 ss.

²⁵ Sull'importanza di prestare attenzione nell'interpretazione giuridica sempre alle peculiarità del caso concreto, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 323 ss.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

17

seminati con il seme di un donatore anonimo e, l'altra, ricevere gli embrioni e portare avanti la gravidanza (fecondazione c.d. reciproca)²⁶. Colei che partorisce (all'estero) è considerata senz'altro mamma anche in Italia, l'altra, nei casi già presentatisi all'attenzione dei nostri giudici, in quanto donatrice dell'ovulo che viene impiantato nell'utero dell'altra donna, è considerata a sua volta genitore del nascituro²⁷. E ciò nonostante l'art. 9, ultimo comma, l. n. 40/2004, stabilisca che, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, chi dona i gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi²⁸. Senonché tale impedimento è oramai superato dal diritto vivente, mediante un'applicazione restrittiva del dato normativo, limitata alle ipotesi in cui il donatore sia "esterno" rispetto al progetto familiare²⁹.

Nel caso di specie – che, si badi, come precisato dalla Suprema Corte di Cassazione, rappresenta un'ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ben distinta dalla maternità surrogata³⁰ – il legame

²⁶ Ipotesi questa sulla quale si è già espressa in passato la Suprema Corte di Cassazione (v. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.), a proposito di un caso relativo ad una pratica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nella quale una delle due donne aveva provveduto alla gestazione mentre l'altra aveva fornito l'ovulo necessario per la fecondazione, avvenuta ovviamente con il contributo di un terzo donatore.

²⁷ Cfr., in proposito, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

²⁸ Cfr. App. Napoli, 4 luglio 2018, in *DeJure*, con nota di I. PARISI, *Famiglie arcobaleno: anche la mamma non biologica è genitore sin dalla nascita*, che considera l'art. 5 l. n. 40/2004 abrogato dall'art. 1, ventesimo comma, l. 76/2016, e Trib. Pistoia, 5 luglio 2018, *ivi*, che, collocandosi in una direzione analoga, considera che la locuzione contenuta nel citato art. 5 «di sesso diverso» equivalente alla locuzione «anche dello stesso sesso».

²⁹ Cfr. App., Perugia 22 agosto 2018, in *DeJure*. In direzione analoga anche Trib. Bologna, 3 luglio 2018, *ivi*. In senso contrario, in dottrina, cfr. E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno, bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., p. 258, la quale afferma che «se si ritiene dover si riconoscere l'atto di nascita formato all'estero, tanto vale consentirne la formazione direttamente in Italia». Su quest'ultimo profilo, si veda Trib. Pisa, 20 dicembre 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 27 marzo 2018, con nota di G. CARDACI, *Formazione in Italia di un atto di nascita recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 24 e 44 d.P.R. n. 396/2000 e artt. 250 e 449 ss. c.c. in relazione all'art. 30 cost. che non prevede, in alcun modo, di attribuire lo status di genitore a chi in realtà genitore non è.

³⁰ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., laddove si precisa che non si può parlare di maternità surrogata nel caso in cui una donna doni i propri ovuli ad un'altra donna affinché questa possa concepire un figlio proprio; la surrogazione di maternità, infatti, si caratterizza per l'esistenza di una donna terza rispetto al rapporto di coppia, che mette a disposizione la sua capacità riproduttiva. In dottrina, cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 69 ss., e M. DE TILLA, L. MILITERNI, e U. VERONESI, *Fecondazione eterologa*, Torino, 2015, p. 208, laddove ben si chiarisce che la fecondazione di tipo eterologo si verifica allorché uno dei gameti provenga da un soggetto esterno alla coppia. Più precisamente, si parlerà di fecondazione eterologa unilaterale in linea maschile o femminile quando solo uno dei gameti donati non appartenga



AN
NA
LI

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

18

genetico del nato con le due madri è ritenuto meritevole di tutela in attuazione del diritto del minore d'età di conoscere le proprie origini, a garanzia della sua identità personale³¹; sí che l'atto di nascita formato all'estero potrà esser trascritto in Italia³².

Diversamente, laddove una coppia omosessuale che sia ricorsa alla fecondazione eterologa all'estero decida di partorire il figlio in Italia, il relativo atto di nascita non potrà recare l'indicazione della doppia genitorialità femminile³³. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, siffatto atto di nascita, formandosi in Italia, non può recare il riconoscimento di due madri³⁴, pur riconoscendo che «la genitorialità del nato a séguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa», in forza degli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004³⁵.

3. Discorso diverso deve farsi nel caso in cui la coppia *same sex* sia formata da due uomini. In tale ipotesi, infatti, l'impossibilità fisica, per

alla coppia, mentre si parlerà di fecondazione eterologa bilaterale quando entrambi i gameti vengono donati da soggetti esterni alla coppia.

³¹ V. Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in *onelegale.it*, pronuncia con la quale la Cassazione si spinge ben oltre affermando che «al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto di surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisca il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite nel nostro ordinamento: le limitazioni previste dalla l. n. 40 del 2004 costituiscono infatti espressione non già di principio di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche, la cui individuazione, aventi portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni».

³² Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. In proposito v. il commento alla pronuncia di A. FIGONE, *Figlio di due madri: la Cassazione lo ammette*, in *dirittoegiustizia.it*, 3 ottobre 2016.

³³ Come opportunamente osservato da E. FALETTI, *Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 743.

³⁴ Cfr. Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. dir.*, 2020, p. 325 con nota di commento di M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, dove la Consulta afferma che «la circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può non tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione al principio di uguaglianza, alla piú permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia».

³⁵ Così affermato, testualmente, da Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *cortecostituzionale.it*, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 1, ventesimo comma, l. n. 76/2016 e dell'art. 29 d.P.R. n. 396 del 2000, ha negato la questione.



entrambi, di generare una vita, rende necessario il ricorso alla c.d. “maternità surrogata”³⁶, il che comporta l’impossibilità di rinvenire un legame biologico con ambedue i componenti della coppia.

In via preliminare, è qui opportuno ricordare, ancorché per massima approssimazione, che per *maternità surrogata o gestazione per altri* (di séguito anche indicata, per brevità, con l’acronimo “GPA”) s’intende la pratica attraverso la quale una donna, a titolo gratuito o dietro corrispettivo, mette a disposizione il proprio utero e porta avanti la gravidanza (c.d. “madre portante”) per conto di altri “genitori”, che potrebbero essere singole o coppie, sia eterosessuali che omosessuali³⁷.

Laddove la fecondazione avvenga tramite i gameti della madre intenzionale ovvero di una donatrice anonima³⁸, si parlerà di *maternità surrogata per sola gestazione* (o *surrogazione in senso stretto* o ancora *utero in affitto*)³⁹; nell’ipotesi in cui, invece, alla creazione dell’embrione contribuisca la stessa madre portante, con il proprio materiale genetico, la pratica assumerà il nome di *maternità surrogata tradizionale* o *surrogazione per concepimento e gestazione*.

Nel primo caso, ossia quello della surrogazione per sola gestazione, il dilemma che si pone è se prediligere il fatto gestazionale, attribuendo la maternità a colei che partorisce (in applicazione del piú volte citato art. 269, terzo comma, c.c., che stabilisce che il nato è figlio della donna che lo ha partorito), ignorando, pertanto, l’esistenza di una madre genetica⁴⁰, ov-



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

20

³⁶ L’espressione *maternità surrogata* trae la sua origine dal caso «*Baby M.*» sottoposto alla Corte Superiore del *New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97.

³⁷ Sul punto, per le diverse posizioni, si rinvia a E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto* Rodota-Zatti, II, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, p. 1551 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, p. 143 ss.; M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. med. leg.*, 2015, p. 925 ss.; A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, *ivi*, p. 1549 ss.; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 350 ss. Cfr., infine, F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI S. CANESTRARI e M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l’incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 239 ss.

³⁸ Da tempo a favore del superamento dell’anonimato, P. PERLINGIERI, *L’inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, cit., p. 188 ss. In direzione analoga anche R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, «locazione d’utero», diritti dell’embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 638.

³⁹ Per queste (ed ulteriori) specificazioni, v. A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, spec. p. 3 s.

⁴⁰ Di questo avviso C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, Milano, 2017, p. 408: «è la gestazione che crea l’essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l’accoglimento dell’essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già

vero valorizzare proprio l'elemento genetico, affermando che la maternità spetta a colei cui appartiene l'ovulo fecondato⁴¹.

Tralasciando la non facile individuazione delle diverse fattispecie di maternità surrogata che si possono in concreto realizzare⁴², è appena il caso di osservare, in questa sede, che la pratica in questione, è vietata in Italia, in quanto confliggente con l'ordine pubblico, e contrastata dall'UE⁴³, ancorché ammessa in alcuni Stati membri (oltre che in altri Paesi esteri)⁴⁴.

naturalmente costituito e vissuto». Della stessa opinione anche A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, Milano, 1986, p. 1 ss., il quale identifica nella maturazione che avviene nel corpo della gestante la formazione della vita dell'uomo.

⁴¹ Salvo a non voler identificare come genitrice la madre c.d. committente che non abbia alcun legame, né biologico, né gestazionale con il nato, seppur nella realtà si possono verificare situazioni nelle quali al disinteresse della partoriente si contrappone l'interesse di colei che non ha partorito, ma che credendo fermamente nel progetto ricreativo, si sia dimostrata consapevole e responsabile nel tempo facendo fronte alle proprie scelte individuali. Per questi rilievi, F. TURLON, *Nuovi scenari riprocreativi: rilevanza della maternità «sociale», interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 721. Cfr., inoltre, su questi profili M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, cit., spec. p. 88 ss.

⁴² La problematica è ampiamente indagata da A. MATTIA SERAFIN, *La maternità surrogata oltre i confini nazionali. Intorno alla strumentalizzazione interpretativa del c.d. «turismo procreativo»*, in questo fascicolo.

⁴³ Si veda, a tal riguardo, la Risoluzione del Parlamento Europeo «sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia» del 17 dicembre 2015, n. 115, nella quale si condanna, in maniera netta, la pratica della gestazione per altri. Si segnala, inoltre, che il Consiglio d'Europa, nella adunanza dell'11 ottobre 2016, ha respinto la raccomandazione presentata dalla parlamentare belga Petra De Sutter (c.d. rapporto De Sutter) relativa ai diritti dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, finalizzata ad ottenere un implicito riconoscimento della pratica in questione. Sul punto si vedano le riflessioni di V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, cit., p. 1097 ss., ad avviso del quale la bocciatura del rapporto De Sutter da parte del Consiglio d'Europa ha segnato un arresto per la salvaguardia dei diritti dei bambini.

⁴⁴ Tra i Paesi europei che consentono, a determinate condizioni, la maternità surrogata, vanno menzionati Grecia, Portogallo, Belgio e Olanda: su questi profili cfr., *amplius*, A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., spec. p. 23 ss. ed ivi ulteriori riferimenti anche alla relativa giurisprudenza interna. Per un quadro complessivo in chiave comparatistica, v., tra gli altri, M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *comparaziondirittocivile.it*, ottobre 2016, p. 27 ss.; C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 826 ss.; A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, Bologna, 2018, p. 195 ss.; S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI e A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, p. 82 ss.; G. TERLIZZI, *I nodi della regolazione della maternità surrogata nel diritto civile italiano attraverso un'indagine comparatistica*, in A. RODRIGUEZ, A. PEREZ e G. BERTI DE MARINIS (a cura di), *Los nuevos retos del derecho de familia*, Valencia, 2020, p. 491 ss.; G. SCIANCALEPORE, *La maternità surrogata. Profili comparatistici*, in *Comp. e dir. civ.*, 2021, p. 445 ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La questione aperta sulla maternità*



AN
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

21

Può accadere, pertanto, e di fatto accade, che coppie omosessuali, naturalmente e legalmente impossibilitate a generare in Italia, si rechino all'estero, ivi ricorrendo alla GPA, e al ritorno nel nostro Paese chiedano la trascrizione dei certificati di nascita dei bambini così nati; certificati nei quali sono evidentemente indicati come genitori entrambi i componenti della coppia *same sex*⁴⁵.

Ancora una volta, pertanto, si pone il problema se ciò sia ammissibile o meno⁴⁶.



AN
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

22

delegata: scenari inediti e vaglio di costituzionalità. Prospettiva multilivello e comparata, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 273 ss. Ampliando i confini oltre l'Europa, tra gli Stati che presentano modelli di regolazione maggiormente permissivi, si segnalano: Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa, Stati Uniti, Nepal, Thailandia, India e Brasile. In Israele, la l. n. 5756/1996 ammette e regola la surrogazione. Sul punto, v. E. MARTINELLI, *Alcuni spunti di comparazione tra diritto italiano e diritto ebraico in tema di maternità surrogata*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11, 2018, p. 1 ss.; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 1, 2002, p. 179 ss.; R. LA RUSSA, A.A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, e P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2017, p. 683 ss. Nella letteratura internazionale si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, i seguenti contributi: Y. THOMAS, *Le ventre. Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain*, 14, 1986, p. 226 ss.; K. TRIMMINGS e P. BEAUMONT (a cura di), *Introduction*, in *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013, p. 440 ss.; Y. MARGALIT, *Determining Legal Parentage Between Family Law and Contract Law*, Cambridge, 2019, p. 44 ss.

⁴⁵ Sul riconoscimento in Italia di maternità commissionate all'estero v., oltre agli autori già citati e a quelli che verranno citati nel prosieguo, S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81 ss.

⁴⁶ A favore della soluzione positiva, App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2010, 2, p. 349, con nota di commento di M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, dove si legge che «in tema di maternità surrogata, il solo fatto che la legislazione italiana vieti l'applicazione di detta tecnica, non è di per sé un indice di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese e quella greca) che prevedono una disciplina sostanzialmente differente e conseguentemente va accolta la domanda di riconoscimento nello Stato italiano dei provvedimenti giurisdizionali britannici che riconoscono lo stato di genitorialità a soggetti che abbiano utilizzato suddetta tecnica». La Corte d'appello aggiunge, inoltre, che nella determinazione dello *status filiationis* e, quindi, nell'attribuzione della maternità legale sul figlio partorito a séguito di un procedimento di surrogazione di maternità, la decisione del giudice deve avere, quale punto di riferimento, l'interesse superiore del minore d'età, tenendo in considerazione anche che, alcune volte, il c.d. *favor veritatis* è recessivo rispetto al c.d. *favor filiationis*. Cfr. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, (in *Dir. fam.*, 2000, p. 706 ss., con nota di L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, e in *Corr. giur.*, 2000, p. 483 ss., con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*) che, già prima della l. n. 40/2004, ammetteva l'accordo di maternità surrogata (espressione dell'interesse, costituzionalmente protetto, alla procreazione), a condizione che non sussistessero rischi per la salute della madre surrogata, che vi fosse il consenso libero ed informato di quest'ultima, che la surrogazione non avvenisse per un com-

L'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*) prevede che, per gli atti formati all'estero, l'ufficiale dello stato civile, prima di procedere alla relativa trascrizione, debba sempre verificarne l'assenza di contrarietà all'ordine pubblico⁴⁷.

Ribadita la difficoltà di delineare soluzioni generalizzanti a causa della pluralità di ipotesi di GPA, in termini di massima è possibile affermare che, nel caso di filiazione da genitori dello stesso sesso che hanno fatto ricorso all'estero ad una procedura di maternità surrogata, l'ufficiale dello stato civile, essendo una siffatta procedura espressamente vietata dal no-

penso ma per atto d'amore. Cfr. Trib. min. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 712 ss., con nota di F. TURLON, *Nuovi scenari riprocreativi: rilevanza della maternità «sociale», interesse del minore e favor veritatis*, cit., là dove si dichiara il non luogo a provvedere sullo stato di adottabilità della minore nata all'estero attraverso la pratica della maternità surrogata, laddove la madre committente e il padre biologico di cui non è in contestazione la paternità, siano apparsi attenti alle esigenze della bambina mostrando un comportamento adeguato sul piano dello svolgimento delle funzioni genitoriali. V., infine, la più recente sentenza del Tribunale di Varese (8 ottobre 2014, in *www.dirittifondamentali.it*), la quale, richiamando le sentenze della Corte edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ric. n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11, arriva ad affermare che non costituisce reato secondo l'art. 495 c.p. la condotta posta in essere dai genitori di figli nati all'estero con il ricorso a maternità surrogata che ottengono un'iscrizione del certificato di nascita difforme dal vero, in quanto è da ritenersi influente il metodo di concepimento ai fini del riconoscimento di maternità e paternità.

⁴⁷ Cfr. M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 203 ss. Si veda la giurisprudenza penale che ha escluso la sussistenza del reato di alterazione di stato, di cui all'art. 567 c.p. nel caso di due coniugi che avevano dichiarato come figlio proprio il neonato partorito in Ucraina in séguito ad una pratica di maternità surrogata (cfr. Trib. Milano Sez. pen., 13 gennaio 2014, in *www.penale-contemporaneo.it*, e Trib. Trieste, 6 giugno 2013, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, p. 154 ss. e in *Dir. giust.*, 2013, con nota di commento di S. MAMELI, *Non è reato ricorrere alla maternità surrogata in Ucraina e chiedere la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita*). Nello stesso senso, cfr. Trib. Milano, 2 aprile 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, relativamente ad un caso di maternità surrogata in India, nel quale si è ritenuto ammissibile un accordo di autonomia privata, con riferimento all'attività diretta a nascondere all'Ufficiale dell'Anagrafe un elemento valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000, quale l'origine della procreazione. Sulla compatibilità con l'ordine pubblico, nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., S.U., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, p. 656 ss. e in *Giur. civ.*, 2012, I, p. 2687 ss. Cfr. altresí la nota pronuncia della Corte edu, 27 gennaio 2015, *caso Affaire Paradiso et Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12) sottoposta il 1° giugno 2015 all'esame della Grande Camera, con la quale la Corte di Strasburgo, applicando l'art. 8 della Convenzione, ha considerato il rifiuto da parte delle autorità italiane di procedere al riconoscimento della filiazione nata all'estero quale misura non «necessaria» all'interno di una «società democratica». V. anche Corte edu, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, in *www.articolo29.it*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 575 ss., con nota di commento di L. Lenti, *Prime note in margine al caso «Oliari c. Italia»*; in *Fam. dir.*, 2015, p. 1073 ss., con nota di P. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco della prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

23

stro ordinamento, non potrà che rifiutare la trascrizione perché contraria all'ordine pubblico⁴⁸.

⁴⁸ Cfr., in questa direzione, Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, *www.italggiureweb.it*, e in *Diritto & Giustizia*, 16, 2022, p. 4 con nota di K. MASCIA, *Maternità surrogata: è irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di 'intenzione'*. La pronuncia è relativa a due cittadini italiani che dopo aver trascritto in Italia, nel registro delle unioni civili, il matrimonio contratto in Canada, decidono di ricorrere alla pratica della maternità surrogata in Canada, diventando genitori di un bambino. Le autorità canadesi formano un atto di nascita nel quale viene indicato come unico genitore uno soltanto dei signori, ossia colui che aveva donato i gameti, senza fare alcuna menzione, come madre del minore, né di quella gestazionale, né della donatrice dell'ovocita. Senonché i due signori propongono ricorso alla Suprema Corte della British Columbia, a séguito del quale entrambi vengono dichiarati genitori del bambino e viene disposta la modifica dell'atto di nascita. I due, poi, avanzavano richiesta all'Ufficiale dello Stato civile del Comune di Verona di rettifica dell'atto di nascita e, in séguito al rifiuto, chiedono l'esecutorietà in Italia della sentenza canadese, al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita, rilevando la non contrarietà all'ordine pubblico della sentenza, già passata in giudicato. Adita la Corte di Cassazione, gli Ermellini richiamano una sentenza emessa dalle SS.UU. (la n. 12193 dell'8 maggio 2019, in *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 741 ss., ed in *Corriere Giur.*, 2019, p. 1198 ss., commentata da G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni Unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 347 ss.), nella quale era stato riaffermato il principio secondo il quale il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, sesto comma, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra i quali si annovera la dignità umana della persona. Ad avviso della Prima Sezione della Suprema Corte, l'interpretazione fornita dalle SS.UU. comporta la violazione del diritto del minore d'età all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale, e del suo diritto all'identità, sollevando, pertanto, questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte costituzionale. Ebbene, per la Consulta (sent. n. 33/2021) è inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Prima Sezione, in quanto l'interesse del minore d'età deve essere sempre bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. A séguito della pronuncia del Giudice delle leggi, la Prima Sezione, ritenendo sussistente un vuoto normativo e necessaria una linea interpretativa diversa, rispondente all'esigenza immediata di tutela del minore pur in assenza dell'intervento del legislatore sollecitato dalla Consulta, sostiene la necessità di investire nuovamente le Sezioni Unite, al fine di giungere a un chiaro orientamento giurisprudenziale di legittimità in una materia particolarmente delicata, tenendo in debito conto le osservazioni espresse dalla Corte costituzionale. Cfr., infine, Cass., 21 settembre 2023, n. 26967, *ivi*, 162, 2023, p. 6 ss., con nota di commento di A. IVOLELLA, *Coppia gay e maternità surrogata: genitore è solo il padre biologico, il padre intenzionale può adottare*, con la quale la Cassazione, in continuità con quanto già stabilito dalla Consulta, afferma che, a fronte dell'acclarato «vuoto normativo, in questa materia, nell'ordinamento», esso è colmabile soltanto attraverso un adeguato intervento del legislatore. Nessun margine di manovra, quindi, per i giudici, anche perché «al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali attraverso l'adozione, quest'ultima dovrebbe essere



Soluzione, questa, precipuamente condivisa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁴⁹, al cui orientamento, per espressa raccomandazione del Ministero dell'Interno⁵⁰, i Sindaci devono necessariamente conformarsi.

Con la conseguenza che il rapporto di filiazione potrà esser riconosciuto soltanto laddove vi sia un legame genetico o biologico tra il neonato ed il genitore dichiarato tale nell'atto di nascita, rimanendo precluso tale riconoscimento al genitore committente o d'intenzione⁵¹.

Per quest'ultimo, è al momento ammesso, dal diritto vivente, il ricorso

disciplinata in modo piú aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare».

⁴⁹ Cass., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. dir.*, 2023, p. 408 ss., con note di commento di M. SESTA, *Nota introduttiva*; G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro delle sezioni Unite in tema di genitorialità*; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena*; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*.

⁵⁰ Cfr. Circolare n. 3 del 19 gennaio 2023, a séguito della quale in molte città italiane gli Ufficiali civili hanno interrotto le trascrizioni in Italia dei certificati di nascita esteri dei figli nati da coppie omogenitoriali. Nel marzo 2023, il Prefetto di Milano, nel recepire dette indicazioni, ha chiesto agli Ufficiali civili del Comune di Milano di interrompere le trascrizioni in Italia dei certificati di nascita esteri dei figli nati da coppie omogenitoriali. Successivamente, nell'aprile 2023, la Procura di Padova, andando a ritroso addirittura fino al 2017, ha impugnato i certificati di nascita di 33 bambini, figli di due mamme, nati da fecondazione eterologa. Provvedimento quest'ultimo che ha creato non poco sgomento in quanto relativo al certificato di nascita di un bambino "figlio" di due mamme che hanno fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA), con donazione di seme maschile, così come consentito alle coppie eterosessuali. Pratica sulla quale la Cassazione si era espressa favorevolmente anni addietro (v. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.) affermando che l'accertamento della genitorialità nei confronti di due donne, è ben compatibile con la nostra Carte costituzionale, non essendo la disposizione relativa alla maternità della partorientista norma di ordine pubblico.

⁵¹ Cfr. Corte edu, 31 agosto 2023, n. 47196/21, caso *C. v. Italia*: le autorità italiane avevano non soltanto rifiutato di trascrivere l'atto di nascita di una minore d'età nata in séguito ad una pratica di maternità surrogata commissionata all'estero da parte di una coppia omosessuale formata da due componenti di genere maschile, ma avevano anche rifiutato di riconoscere il legame familiare della bambina con il padre biologico, lasciando così che la minore risultasse apolide. Ebbene, la CEDU sul punto ha stabilito che, mentre rientra nella discrezionalità dello Stato rifiutare di riconoscere un legame di filiazione tra minore d'età nato all'estero in séguito a maternità surrogata ed il genitore d'intenzione, che dovrà quindi ricorrere alla sua adozione (ex art. 44, primo comma, lett d), l. 184/1983), è, invece, da considerarsi lesivo della sua integrità, privacy e serenità familiare (ex art. 8 Cedu) rifiutare di riconoscere tale legame anche con il genitore biologico. In direzione analoga, con riferimento alla madre, per così dire, committente, cfr. Corte edu, 26 giugno (26 settembre) 2014, n. 65192/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1122 ss., con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, e in *Foro it.*, 2014, I, c. 561 ss., con nota di G. CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata*; Corte edu, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, in *Foro it.*, 2015, IV, 117, con nota di G. CASABURI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: un'occasione mancata*.



all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983⁵², considerato da più parti l'istituto vicariante e maggiormente tutelante per il minore d'età⁵³.

V'è da dire che non mancano pronunce di merito che, facendo leva su un ipotetico diritto alla continuità dello *status*, sostengono la conformità della c.d. bipaternità/bimaternità rispetto all'ordine pubblico (internazionale) in quanto espressione del diritto delle persone di autodeterminarsi⁵⁴. Si tratta, tuttavia, di sentenze isolate posto che, neanche prima della l. n. 40/2004, è stata mai posta in discussione la illiceità della surroga materna⁵⁵ per contrarietà ai principi di cui agli artt. 2, 30 e 31 cost.⁵⁶, laddove si afferma, da un lato, l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla responsabilità dei genitori, per così dire, di "sangue" e, dall'altro, il diritto del minore d'età di crescere nella famiglia formata da questi ultimi

⁵² Interessanti in proposito le osservazioni di V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 381 ss. il quale attraverso l'ipotesi del decesso del genitore biologico, sostiene la ragionevolezza della adottabilità del figlio di costui da parte del partner dello stesso sesso. Cfr. sul punto N. CIPRIANI, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, in B.E. HERNANDEZ-TRUYOL e R. VIRZO (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, 2016, p. 249 ss.; Id., *Famiglie omogenitoriali e adozioni*, in F. DELL'ANNA MISURALE e F.G. VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete*, Napoli, 2018, p. 95 ss.; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1375 ss.; L. CAROTA, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 270 ss.; G. FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, *ivi*, 2017, I, p. 171 ss.; C. TROISI, *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 578 ss.

⁵³ L'affermazione è più che chiara in App. Milano, 9 gennaio 2024, in *Diritto & Giustizia*, 14, 2024, p. 3 ss., con una breve nota di commento di A. DI LALLO, *La maternità surrogata offende la dignità della donna ed è un principio di ordine pubblico: la soluzione resta l'adozione in casi particolari*.

⁵⁴ Il riferimento è a Trib. Torino, 24 febbraio 2017, in *DeJure*; Trib. Roma 11 maggio 2018, *ivi*, e App. Venezia, 28 giugno 2018, *ivi* dove si afferma che il divieto previsto dall'art. 12 l. n. 40/2004 non è di ordine pubblico, ma rappresenta una mera scelta discrezionale del legislatore. Osserva, a tal riguardo, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 815 ss., che una cosa è nascere da qualcuno, altra cosa è, invece, essere educati da qualcuno.

⁵⁵ Le vicende di surroga verificatesi nel nostro Paese prima della l. n. 40/2004 sono state decise dai Tribunali di Monza e di Salerno che sono stati, di fatto, in Italia, i primi ad occuparsi della questione (Trib. Monza, 27 ottobre 1989 e Trib. Salerno, decr. 15 novembre 1991), giungendo entrambi alla conclusione che nel nostro ordinamento il c.d. contratto (atipico) di maternità in tutte le sue forme e quale ne sia, nei diversi casi, lo specifico contenuto è nullo per impossibilità ed illiceità dell'oggetto, per illiceità della causa, nonché per frode alla legge.

⁵⁶ Con particolare riguardo all'art. 31 cost., cfr. le riflessioni di N. LIPARI, *La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano. Bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 567 ss., e prima ancora di F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 24 ss.



e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità o inadempienza dei medesimi⁵⁷.

3.1. Ciò detto, v'è da domandarsi se la nozione di ordine pubblico impedisca anche il riconoscimento di atti o di provvedimenti stranieri riguardanti minori d'età nati all'estero da surrogazione di tipo *solidale* o *altruistico*, nel qual caso la gestazione per altri è improntata a spirito solidaristico ed è possibile accertarne in concreto la gratuità nonché l'assenza di coercizione⁵⁸.

Pur dovendosi riconoscere, al riguardo, l'esistenza di timidi tentativi della giurisprudenza di legittimità volti a "sdoganare" tale ipotesi di maternità surrogata⁵⁹, si ritiene, al momento, ancora prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'impostazione secondo la quale il divieto previsto dall'art. 12, sesto comma, l. n. 40/2004, debba essere interpretato come comprensivo anche della surrogazione realizzata in assenza di una finalità di profitto, in quanto parimenti lesiva della dignità della persona⁶⁰ e, dunque, in quanto tale, ricadente nella *ratio* della norma⁶¹.

⁵⁷ Così L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, cit., p. 139 ss.

⁵⁸ Ritiene che la coppia formata da persone dello stesso sesso che decide di accedere alla maternità surrogata di tipo solidale sia portatrice di interessi che hanno valore costituzionale, A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., p. XII.

⁵⁹ Cfr., in tal senso, la già richiamata pronuncia di Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., che, in nome dell'autodeterminazione della donna e dell'alto valore morale e sociale che rivestirebbe la gestazione portata avanti per altri, ossia per attribuire un figlio ad una coppia di committenti che non è in grado di averlo in altro modo, ha provato ad affermare la liceità della pratica. Sul punto, si vedano le riflessioni di A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1258 ss.; ID., *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata ed il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1175 ss.; ID., *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, in *Familia*, 2022, p. 439 ss. Cfr., su questi temi, anche G. RECINTO, *Le pericolose oscillazioni della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 1008 ss.

⁶⁰ Non distingue tra surrogazione altruistica e commerciale a proposito di un caso di surrogazione altruistica realizzata in Canada, Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 737 ss., con nota di U. Salanitro; in *Foro it.*, 2019, I, p. 1951 ss., con nota di G. Casaburi; in *Familia*, 2019, p. 345 ss., con nota di M. Bianca; in *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss., con nota di M. Dogliotti e G. Ferrando; in *Dir. fam. pers.*, 2019, I, p. 1062 ss., con nota di A. Spadafora; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1198 ss., con nota di D. Giunchedi-M. Winkler. Cfr., in relazione a un caso di maternità surrogata commerciale realizzata in India, Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235 ss., con nota di C. Benanti; in *Foro it.*, 2014, I, p. 3414 ss., con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. Renda. In posizione diversa la successiva pronuncia di Corte edu, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 757 ss. e in *Foro it.*, 2019, IV, c. 27 ss.7, con nota di G. Casaburi. Cfr., infine, Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss., con nota di U. Salanitro; in *Fam. dir.*, 2020, p. 675 ss., con note di G. Ferrando e G. Recinto; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I,



4. Il problema che accomuna PMA e GPA è dunque quello del riconoscimento, in Italia, dello *status* genitoriale ottenuto all'estero in virtù di norme sicuramente più liberali rispetto a quelle del nostro Paese. Riconoscimento, come più volte detto, precluso dalla legge in nome dell'ordine pubblico⁶².

In entrambi i casi, tuttavia, non può trascurarsi di considerare l'interesse della prole e, dunque, il diritto fondamentale del bambino al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instauratosi con entrambi i soggetti che hanno condiviso il disegno genitoriale, assicurando la continuità di tale rapporto affettivo; il che è evidentemente prioritario rispetto alla considerazione della modalità procreativa utilizzata⁶³, al fine di non pregiudicare il bambino stesso⁶⁴.

p. 1109 ss., con nota di V. Calderai; *Familia*, 2020, p. 727 ss., con nota di F. Azzarri, con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha osservato che, in sede di riconoscimento di un atto o di un provvedimento straniero, non possa essere irrilevante la circostanza che la legislazione del Paese nel quale la nascita è avvenuta consenta soltanto la surrogazione di tipo solidale. Cfr., tra i tanti commenti relativi a siffatta pronuncia anche quello di A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 466 ss.; U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 916 ss.

⁶¹ Sono di questo avviso, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 3, 2005, p. 337 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito, Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 147 ss.; EMANUELE LA ROSA, *Maternità surrogata*, in *Diritto online Treccani*, 2017; D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1372 ss.; A. ALBERTI, *La surrogazione di maternità tra divieti legislativi, orientamenti giurisprudenziali e interpretazioni costituzionali*, in *Familia*, 2020, p. 702.

⁶² Sulla promozione della persona umana quale principio di ordine pubblico costituzionale, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, cit., p. 1 ss.

⁶³ Affermazione questa che rispecchia la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (il riferimento è alle note pronunce *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015), la quale osserva che, in mancanza di una legislazione europea uniforme, sebbene sia necessario lasciare agli Stati un largo margine di apprezzamento, lo stesso deve essere ristretto quando si tratta di un rapporto di parentela che coinvolge un aspetto fondamentale relativo all'identità degli individui. Nel bilanciare, scrive la Corte, gli interessi dello Stato con quelli degli individui interessati, quando sono coinvolti i minori, saranno i loro interessi a prevalere. A parere della Corte, dunque, in queste vicende il diritto al rispetto della vita privata dei minori era stato influenzato in modo significativo, impedendo il riconoscimento e l'instaurazione di rapporti giuridici dei bambini con i propri genitori e sia la Francia che l'Italia avevano oltrepassato il margine di apprezzamento consentito violando l'art. 8 CEDU. La tutela del migliore interesse del minore d'età giustifica, secondo la Corte, anche la illegittimità di una eventuale decisione nazionale di allontanare il bambino dai genitori committenti e aprire un percorso di adozione. La dichiarazione di adottabilità e l'affidamento del minore ad una nuova famiglia devono essere soluzioni estreme da adottare con carattere di residualità, poiché preminente deve essere la tutela dell'interesse del minore d'età alla propria relazione genitoriale ormai formatasi, sia essa biologica o meno. La Corte osserva, inoltre, che



La soluzione al problema non può evidentemente prescindere dalla tutela della persona umana⁶⁵, la quale rappresenta nell'ordinamento vigente il massimo valore da attuare, un valore in sé e mai uno strumento per la mera soddisfazione di un interesse altrui⁶⁶.

Premesso che la questione della liceità e della meritevolezza della tecnica procreativa utilizzata e quella della salvaguardia dell'interesse del minore d'età che nasce ricorrendo alla stessa, operano su due piani diversi e ben distinti, e che chi nasce in séguito all'utilizzo di dette pratiche non ha alcuna colpa della violazione del divieto alle medesime posto, rappresenta un dato incontrovertibile che il legislatore italiano non si sia premurato di regolare la sorte, nel rispetto dei suoi effettivi interessi, del nato malgrado il divieto, limitandosi a vietare e sanzionare le pratiche in questione⁶⁷.

in tutti i casi sottoposti alla sua attenzione, si sono creati dei rapporti di fatto più che sufficienti ad integrare quella vita privata familiare, tutelata appunto *ex art. 8 Cedu*.

⁶⁴ Si esprime in questi termini Cass., 3 gennaio 2024, n.85, in *Diritto & Giustizia*, 3, 2024, p. 2 ss., con nota di K. MASCIA, *Bambini nati da maternità surrogata: no all'indicazione nell'atto di nascita del c.d. genitore d'intenzione*, laddove la prima Sezione richiama e condivide l'arresto delle Sezioni Unite (sent. n. 38162/2022, cit.), le quali avevano affermato la non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero e dell'originario atto di nascita, indicante il genitore d'intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Ciò in quanto, ad avviso dei Supremi giudici, la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane.

⁶⁵ Su questi temi sono imprescindibili le riflessioni di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. p. 184. Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (commercializzazione del)*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2010, p. 577 ss.; ID., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino-Napoli, 1983, p. 201 ss.

⁶⁶ Scrive, a tal riguardo, P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, cit., p. 170: «La scienza è, nella nostra Costituzione, libera, ma questa libertà non significa anche libertà di usare l'uomo e la persona come strumenti di una ricerca fine a se stessa. [...] La nostra Costituzione ha fatto una scelta personalistica non una scelta scienziata, illuminista; ciò significa che ha posto a fondamento del nostro ordinamento il rispetto, la tutela, la promozione della persona umana e a questa tutela, promozione, rispetto, la stessa scienza è debitrice non dal punto di vista semplicemente morale, ma dal punto di vista giuridico in attuazione della gerarchia dei valori giuridicamente rilevanti». Cfr. A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, cit., p. 1258 ss., il quale, relativamente alla pratica della maternità surrogata, osserva che «la gestante non è strumentalizzabile ai bisogni di genitorialità della coppia committente». Situazione che non cambia neanche nell'ipotesi nella quale «la gestante [sia] libera dal bisogno e mossa da animo solidale»; anche in tale ipotesi ci si trova «in presenza di una maternità che non è liberamente desiderata: la fecondità personale è subordinata a un progetto di altri, titolari del prodotto (il bimbo) che dettano le condizioni della produzione (la gestazione)».

⁶⁷ Come osservato opportunamente da G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in ID., *Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, p. 49 ss., e prima ancora da P. PERLINGIERI, *Rifles-*



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

29

Non potendo disconoscersi che l'evoluzione della scienza medica ha reso oggi possibile una serie di tecniche riproduttive fino a qualche lustro fa neanche ipotizzabili, dalle quali derivano "forme di genitorialità" che, in un certo qual senso, prescindono dal concepimento naturale e, quindi, dalla derivazione biologica⁶⁸, con la relativa esigenza di tutela dei soggetti coinvolti⁶⁹.

Ma allora come si esce da questa *impasse*?

Occorre senz'altro andare oltre soluzioni schematiche, ancorché le stesse siano la naturale conseguenza proprio delle regole presenti nel nostro codice civile che disciplinano la costituzione del rapporto di filiazione e regolamentano le azioni di stato. Il che non vuol dire ammettere *sic et simpliciter* la trascrizione dei provvedimenti stranieri, secondo un più o meno accentuato automatismo funzionale, assecondando indiscriminatamente la pretesa di chi vuole a tutti i costi diventare genitore a prescindere dal suo genere⁷⁰, ma valutare la meritevolezza di tutela degli interessi di volta in volta coinvolti⁷¹.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

30

sioni *sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, cit., p. 175, laddove afferma che, «anche se l'an [dell'inseminazione] non fosse conforme all'ordinamento [...] le conseguenze dovrebbero comunque essere previste in modo da non pregiudicare il figlio nato».

⁶⁸ Nel passare in rassegna le diverse posizioni espresse dalla dottrina in relazione alla procreazione medicalmente assistita e alla gestazione per altri, scrive L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2, 2002, p. 377 ss.: «Ciò che è importante è la derivazione dalle persone cui appartengono i gameti, l'utero è solo un'umana incubatrice, il cui ruolo potrebbe, un giorno, essere svolto appunto da una macchina. Si obietta, però, che non si può ridurre al ruolo di macchina chi ha contribuito, con la gestazione, al concretizzarsi di una vita umana, instaurando un rapporto che la nascita non può troncargli».

⁶⁹ Evidenzia la mutevolezza della relazione tra fatto e diritto, A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 156 ss., il quale osserva come sia proprio questa mutevolezza ad aver spinto il Legislatore nel tempo a perseguire finalità diverse. Per approfondire questi rilievi, v., inoltre, B. SALVATORE, *Il ruolo della derivazione biologica nella genitorialità: il difficile bilanciamento tra divieti generali e diritti dei singoli*, cit., p. 1050 ss.

⁷⁰ D'altronde è la stessa Consulta a manifestare dubbi circa l'accesso alla procreazione assistita quale diritto fondamentale della persona: v. Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, I, p. 337 ss., con nota di G. Monaco; nel senso di ritenere prevalente, sull'interesse della coppia formata da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, l'esigenza di non sconfiggere, sul piano della tenuta costituzionale, i principi sottesi al sistema delineato dal legislatore con la legge n. 40/2004, cfr. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, 677, con note di M. Dogliotti e G. Ferrando e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 609 ss., con nota di B. Checchini. Cfr., infine, per questi rilievi, M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di p.m.a. e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 1, 2018, p. 87 s., che rinvia il fondamento costituzionale della libertà di autodeterminazione procreativa negli artt. 2, 3 e 31 cost.

⁷¹ Cfr. P. PERLINGIERI, "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., laddove il Maestro, nell'evidenziare l'unicità dell'ordinamen-

L'interesse del minore d'età e le relative istanze di protezione non possono risolversi in una formula retorica che, per quanto abusata da parte tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, rimane un'astrazione dalle ricadute applicative dagli incerti confini, ma vanno di volta in volta rapportati a specifici casi concreti, rifuggendo da soluzioni generalizzanti.

L'analisi va orientata, pertanto, su un piano plurale, rifiutando *a priori* qualunque semplificazione o edulcorazione delle numerose situazioni di vita poste a fondamento delle differenti esperienze di maternità per sostituzione⁷².

Il tutto con la necessaria precisazione che in nessun caso l'esigenza di tutela del nato potrà giustificare il superamento, diretto o indiretto, di un espresso divieto di legge, qual è quello posto, nel nostro ordinamento, alla maternità surrogata⁷³.

Nell'attesa che il legislatore intervenga⁷⁴, individuando gli strumenti maggiormente idonei ad attribuire rilievo al rapporto genitoriale, compatibilmente con tutti gli interessi coinvolti⁷⁵, è necessario attenersi alla

to giuridico vigente, sottolinea come il rispetto del principio di legalità imponga un controllo contenutistico ora di legittimità degli atti normativi ora di liceità e di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale. Controlli che come precisato dal Maestro (P. PERLINGIERI, *Prefazione*, in *Id.*, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 9) «finiscono con l'aver le stesse radici [...], gli stessi principi normativi di riferimento». Cfr. su questi profili G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1383 ss.

⁷² In questi termini F. DISALVO, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1177 ss., il quale aggiunge di non «sottovalutare i rischi e le istanze di tutela scaturenti dalla conflittuale relazione intercorrente tra la dignità della persona e un mercato sempre più animato da tali tipologie di fenomeni».

⁷³ Come affermato in maniera chiara dalla giurisprudenza di legittimità innanzi richiamata. Osserva, a tal proposito, G. RECINTO, *Le pericolose oscillazioni della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, cit., p. 1009 ss. che con riguardo al tema della maternità surrogata, occorre evitare che «attraverso l'apparente protezione del minore e della gestante si realizzi, invece, soltanto l'egoistica protezione dell'aspirazione dei committenti a divenire genitori ad ogni costo», facendo sí che la «prospettiva apparentemente minoricentrica di numerose decisioni [...] ad una più attenta riflessione, disvelano una logica prettamente adultocentrica».

⁷⁴ Sostiene l'opportunità di un intervento, per così dire, “leggero” (il virgolettato è dell'a.) da parte del legislatore, L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, cit., p. 377 ss., considerato che si tratta di «una materia sottoposta ad una evoluzione non solo (ed ovviamente) incessante, ma anche (e principalmente) rapida e tumultuosa». In questa direzione, ancor prima, U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Dir. giur.*, 1964, p. 489 ss., il quale già negli anni in cui scriveva su questi temi (1964), ammoniva i giuristi, invitandoli ad essere prudenti «nell'individuare i criteri per la regolamentazione del nuovo fenomeno», in considerazione dei tanti «aspetti contraddittori del fenomeno».

⁷⁵ In questi termini, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 in *Fam. dir.*, 2021, p. 680 ss., la quale afferma che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore». Cfr., nella medesima direzione, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *ivi*, 2021, p. 684 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

31

legislazione vigente⁷⁶, ribadendo le persistenti ragioni del divieto espresso dalla l. n. 40/2004 a tutela di valori fondamentali rispetto ai quali le pratiche in esame, e specificamente la GPA, si pongono oggettivamente in conflitto⁷⁷.

Sicché, al momento, deve ritenersi che la possibilità riconosciuta dall'ordinamento italiano di utilizzare l'istituto dell'adozione in casi particolari (di cui all'art. 44, primo comma, lett. *d*), l. 184/1983)⁷⁸ rappresenti l'unica soluzione possibile per inquadrare giuridicamente il rapporto affettivo e sociale che si viene a creare tra il minore d'età e il genitore intenzionale⁷⁹; sempre che, dall'indagine propedeutica alla *stepchild adoption*,

⁷⁶ Cfr., in questa posizione, già tempo addietro D. VINCENZI AMATO, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 186 ss. Nella stessa direzione, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 451 ss., la quale precisa che «in prospettiva de iure condendo, conviene attendere prima di prendere posizione in materia».

⁷⁷ Osserva P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, spec. p. 6 s. che «[a]ffermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico-giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*)».

⁷⁸ Sul punto, cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 337 ss., il quale si interroga sul se l'adozione in casi particolari rappresenti o meno «una tecnica capace di soddisfare in modo adeguato tutti gli interessi e i valori coinvolti». V. anche G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. p. 32 ss.

⁷⁹ Sui problemi che l'utilizzo dell'adozione in casi particolari comporta in caso di nati in séguito a pratiche di maternità surrogata, in relazione per esempio alla nascita di rapporti di parentela all'interno del nuovo nucleo familiare, v. Trib. Bologna, 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78 ss., con nota di M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra «fratelli acquisiti»?*, che afferma la sussistenza del rapporto di parentela in via ermeneutica. Cfr. la successiva pronuncia della Consulta (Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, in *Fam. dir.*, 2022, p. 897 ss., con nota di M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*), successiva anche alla rimessione della questione alle Sezioni unite, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 l. ad., nella parte nella quale, mediante il rinvio all'art. 300, secondo comma, c.c. escludeva la parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, rimuovendo uno dei principali ostacoli all'effettività della tutela offerta dall'istituto in questione e consentendo al minore d'età da un lato di godere delle garanzie personali e patrimoniali che discendono dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, e dall'altro di salvaguardare l'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare adottivo. Ancor più dettagliatamente, al Corte costituzionale, ribadite le ragioni del divieto di maternità surrogata, sottolinea come la scelta operata dal nostro ordinamento di ricorrere all'adozione in casi particolari presenti il vantaggio di «tenere in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda», garantendo al contempo «una piena protezione all'interesse del minore». E ciò in quanto, aggiunge la Corte, l'adozione in casi particolari «dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate», presupponendo «un giudizio sul migliore interesse del minore e un accertamento sull'idoneità dell'adottante».



risultati che il genitore d'intenzione sia diventato anche genitore sociale, avendo costruito con il minore d'età un rapporto necessario alla sua crescita ed allo sviluppo della sua personalità. A tal riguardo, non può sottacersi che una cosa è consentire alla compagna/o *same sex* del genitore di adottare il figlio del compagno/a *ex art. 44, lett. d)*, altra cosa è considerarla/o genitore *ab origine*.

Non potendo trascurarsi di considerare che la strada da seguire è stata in effetti già indicata dal Giudice delle leggi⁸⁰, lì dove non ha mancato di sottolineare che l'istituto dell'adozione in casi particolari è, per sua natura, volto alla realizzazione del preminente interesse del minore (art. 57, primo comma, l. ad.) e appare, pertanto, capace di tenere in equilibrio i molteplici valori che vengono in conflitto nelle vicende di cui si tratta, garantendo la piena protezione dell'interesse del minore d'età⁸¹.

settembre 2024

MARIA PORCELLI

Abstract

Il presente lavoro analizza il delicato tema della genitorialità omoparentale a séguito del ricorso in un paese straniero a pratiche di procreazione medicalmente assistita – fecondazione *in vitro* o *in vivo* (PMA) e gestazione per altri (GPA) – vietate in Italia, distinguendo dall'ipotesi del figlio nato in Italia quella del parto avvenuto all'estero.

Mentre nel primo caso, infatti, si pone il problema della formazione dell'atto di nascita (italiano), nel secondo il tema è quello del riconoscimento dell'atto di nascita (straniero) in Italia. L'analisi, costantemente orientata su un piano plurale, rifiutando *a priori* qualunque semplificazione delle numerose situazioni di vita alla base delle differenti esperienze di maternità per sostituzione, si pone quale obiettivo quello di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela del diritto del minore d'età al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in

⁸⁰ Così Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

⁸¹ Come affermato dalla migliore dottrina, appartiene al giudice «il compito di verificare la conformità della previsione normativa ordinaria al dettato costituzionale e di adattare la decisione del caso concreto all'irrinunciabile attuazione dei principi deducibili dal medesimo dettato»: così P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss. e in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 111 ss. Cfr. su questi temi ID., *Salvatore Pugliatti ed il "principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 157 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
T
I
C
A

S
/
2
0
2
4

33

forza del rapporto affettivo instaurato con entrambi i soggetti della coppia omosessuale che ha condiviso il disegno genitoriale, da un lato, e le ragioni sottese al perdurante divieto di legge vigente nel nostro ordinamento in tema di procreazione medicalmente assistita per coppie diverse da quelle eterosessuali, dall'altro.

This paper examines the sensitive issue of same-sex parenting following recourse to medically assisted procreation techniques – in vitro or in vivo fertilization and surrogacy – in foreign countries, where such practices are prohibited in Italy. It distinguishes between cases where the child is born in Italy and those where birth occurs abroad. In the former case, the problem lies in the formation of the (Italian) birth certificate, while in the latter, the issue is the recognition of the (foreign) birth certificate in Italy.

The analysis, consistently oriented towards a pluralistic perspective and rejecting any a priori simplification of the numerous life situations underlying the different experiences of surrogacy motherhood, aims to identify a balance between the need to protect the minor's right to a (legal) recognition of the bond established by virtue of the affective relationship formed with both members of the same-sex couple who shared the parenting project, on the one hand, and the reasons underlying the continuing legal prohibition in our legal system of medically assisted procreation for couples other than heterosexual ones, on the other.



La maternità surrogata oltre i confini nazionali. Intorno alla strumentalizzazione interpretativa del c.d. “turismo procreativo”

SOMMARIO: 1. Premessa. L’apporto della scienza comparatistica. – 2. Cenni al diritto italiano. La condivisione, presso ciascun “formante”, della soluzione proibitiva. – 3. Oltre i confini nazionali. – 4. Il c.d. “turismo procreativo” (e sinonimi). – 5. Il ricorso a tale fenomeno in chiave interpretativa nelle proposte legislative e nella giurisprudenza pratica. Cenni critici. – 6. Le possibili risposte: (i) il reato c.d. “universale”, e (ii) la regolamentazione europea e/o globale.

1. Il “diritto comparato” – o, con la prolifica rettificazione di Tullio Ascarelli, il «metodo comparato nello studio dei problemi giuridici»¹ –, pur connotato da tratti tipologici costanti (indagati con dovizia dagli studiosi della relativa materia), sembra disvelare esiti ermeneutici e potenzialità applicative *ogni volta nuovi*, a seconda dell’oggetto che sotto quel diritto si riconduce o, *recte*, che con quel metodo s’indaga.

Val qui richiamare anzitutto la suggestione per cui i problemi legati alla sfera della “persona”, benché “universali” (in quanto appunto riferiti all’*homo* in quanto tale: sia questo *italicus*, *germanicus* o *gallus*²), ricevono in ciascun ordinamento giuridico una soluzione loro propria, certamente figlia delle convinzioni etiche, sociali e religiose che albergano dietro quella precisa scelta normativa³. Né, d’altronde, tale diversificazione appare preclusa dall’intelaiatura valoriale, che pur può *accomunare* una certa famiglia di sistemi giuridici, ad esempio ove gli stessi annettano protezione a valori supremi (come quelli della “dignità umana” o di tutela della “persona umana” *tout court*⁴), ma da

¹ La distinzione compare in T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, ora in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 41 ss., 41, il quale rileva correttamente che la finalità del metodo comparativo non è “direttamente la soluzione del caso – che deve sempre coordinarsi con un diritto determinato –, ma l’allargamento della nostra esperienza”.

² V. VARANO e V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014, p. 13.

³ Per considerazioni metodologiche di analogo tenore, riferite alla materia – solo apparentemente distante – del “fine vita” e, quindi, delle disposizioni anticipate di trattamento, sia consentito il rinvio ad A. MATTIA SERAFIN, *Disposizioni anticipate di trattamento. Il ruolo delle organizzazioni europee dopo la legge n. 209/2017*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 827 ss.

⁴ Assai opportunamente richiamati da C. VERDE, *Tecniche procreative e (in)esistenza di un diritto alla genitorialità. Coordinate introduttive*, in apertura di questo volume.



tale condivisione non facciano appunto discendere opzioni regolatorie tra loro uniformi.

È certamente questo anche il caso dell'argomento qui trattato, ossia la c.d. maternità surrogata⁵, che, in Italia, l'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004 tuttora incrimina con una doppia pena cumulativa (reclusione da tre mesi a due anni e multa da Euro 600.000,00 ad Euro 1.000.000,00).

L'esistenza della norma incriminatrice interna ha indirizzato lo studio comparatistico del fenomeno in una dimensione tutt'altro che teorico-descrittiva (esaurentesi, cioè, nel – pur utile – confronto legislativo), bensì condizionandola in due direzioni entrambe connotate da eminente rilevanza *pratica*, seppure in una logica ben distante – a dir il vero – da una proficua e promozionale “circolazione dei modelli”⁶. Ed invero: (a) in una prospettiva “*inside-out*”, il comparatista intercetta il profilo di chi, al fine di non incorrere nella suddetta sanzione penale, varca i confini nazionali per realizzare un progetto genitoriale non consentito in Italia (il c.d. “turismo procreativo”), discorrendosi al riguardo, non senza suggestione, di una “fecondazione e(s)terologa”⁷; e (b) in un'opposta traiettoria “*outside-in*”, avverte su di sé il delicato problema – sostanziale, e non solo pubblicitario – del riconoscimento, in Italia, di atti di nascita formati all'estero mediante il ricorso a pratiche di gestazione per altri vietate dalla legge domestica.

Il tema in esame ha già formato oggetto, con profitto, di corposi studi di taglio comparatistico⁸, nonché attenti alla giurisprudenza di altre Cor-



⁵ La bibliografia in tema è ovviamente molto ampia. Si rinvia, per brevità e tra i tanti, a S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018; ID., *Divieto di maternità surrogata e contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero attestante la duplice paternità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1378 ss.; A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 409 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 337 ss.; ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 94 ss.; da ultimo, A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022 (nonché la recensione a tale volume di S. COSCARELLI, che si legge in *Dir. succ. fam.*, 2022, p. 1267 ss.).

⁶ Per tutti, R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, 1988, p. 365 ss.

⁷ Questo il titolo del volume di A. BORINI e C. FLAMIGNI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012, *passim*.

⁸ Tra i saggi più recenti, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I profili critici etico-giuridici concernenti la maternità surrogata. Un confronto tra modelli*, in *Corti salernitane*, 2019, p. 3 ss.; ID., *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*, in *The Italian Law Journal*, 2020, p. 319 ss.; A. STAZI, *Genomica umana e maternità surrogata nel diritto comparato: pluralismo giuridico e dinamica dei modelli*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, p. 881 ss.; G. SCIANCALEPORE, *La maternità surrogata. Profili comparatistici*, in *Comparazione e*

ti⁹ e sovranazionale¹⁰, sicché in questa limitata sede ci si propone d'indagarlo da una prospettiva peculiare. In particolare: (i) stante l'esistenza di legislazioni più permissive rispetto a quella italiana (sinteticamente descritta *infra*, par. II), si darà conto del fenomeno del c.d. "turismo procreativo", evidenziandone la crescente rilevanza quantitativa (cfr. *infra*, par. III); (ii) si dimostrerà come tale pratica sia sovente citata – curiosamente, in ambedue i sensi – per giustificare ora la soluzione positiva, ora quella negativa, rispetto alle pratiche di maternità surrogata, criticando alcuni utilizzi interpretativi impropri da parte del legislatore e della giurisprudenza (cfr. *infra*, par. IV); ed infine (iii) si tenterà di indicare se il regolatore debba approcciarsi al suddetto fenomeno e, in caso positivo, con quali modalità possa farlo (cfr. *infra*, par. V).

2. Mettere due cose alla pari – *i.e.*, "com-pararle" – implica anzitutto intendersi (almeno in linea di massima¹¹) su quale sia l'oggetto di siffatto giudizio di agguagliamento.

A tale riguardo, assumeremo stipulativamente e *de minimis* che, con la locuzione "maternità surrogata" o "gestazione per altri"¹², si designi la pratica in cui una donna si obbliga contrattualmente a portare avanti una gravidanza per conto dei cc.dd. genitori "intenzionali" o "committenti"¹³.

Così circoscritto il fenomeno, non si dubita che lo stesso sia assolutamente contrario ai principi dell'ordinamento giuridico italiano: posizione, questa, condivisa presso ciascuno dei relativi "formanti"¹⁴.

diritto civile, 2021, p. 445 ss.; M. DI DONATO, *Divieto di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: profili comparatistici*, in *Annuario dir. comp.*, 2022, p. 367 ss.; T. BORTOLU, *La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 458 ss.

⁹ Cfr., ad es., sull'ordinamento spagnolo, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Il Tribunale Supremo spagnolo conferma la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata*, in *Foro nap.*, 2023, p. 152 ss.; E. MAZZILLI, *Maternità surrogata e omogenitorialità: il caso spagnolo*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, p. 353 ss.

¹⁰ Una *summa* recente è in A. MARICONDA, *Lo status filiationis del nato da maternità surrogata nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: bilanci e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 1507 ss., nonché in F.M. PALOMBINO e R. RUOPPO, *La conservazione dello status filiationis da maternità surrogata alla luce della giurisprudenza contenziosa e consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Teoria e prassi del diritto*, 2022, p. 445 ss.

¹¹ Per una riprova di come la diversa declinazione dell'oggetto "comparando" possa influire sugli esiti del giudizio comparativo, sia permesso il rinvio, in altro contesto, ad A. MATTIA SERAFIN, *Profili ricostruttivi dell'adattamento dei diritti reali*, Napoli, 2024, p. 50 ss.

¹² Locuzioni, queste, ovviamente da preferire rispetto ad altre del tutto improprie, in quanto connotative e non denotative, come il c.d. "utero in affitto".

¹³ La definizione è tratta dal sito *web* di Aldricus, il Portale del Progetto EJNita gestito dal Ministero della Giustizia.

¹⁴ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. J. Comp.*



A livello legislativo, già si è richiamato l'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004, il quale sottopone alle pene sovraindicate «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

A dotare di copertura assiologica la norma proibitiva sono state le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, le quali – nell'individuare, come noto, nell'adozione “in casi particolari” ex art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184/1983 lo strumento di tutela del bambino nato mediante tali pratiche – hanno evidenziato che «il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁵.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, in una nota mozione del 2016, ha concordemente affermato che «la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione» e come «tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali»¹⁶. Peraltro, la convinzione della radicale contrarietà della maternità surrogata al sostrato valoriale dell'ordinamento nazionale trova conferma nella (maggioranza de) l'opinione condivisa degli italiani: nel 2024, infatti, il 62,9% dei cittadini si è dichiarato contrario a tale pratica, percentuale in incremento rispetto al 2021, quando era favorevole il 59,8% dei rispondenti¹⁷.

L., 1991, p. 1 ss.; Id., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 43 ss. Una recente ripresa del tema – in onore dell'illustre giurista recentemente scomparso – è in F. GIARDINI, *Sulla formazione della regola giuridica: la qualità della regola e l'apporto dei formanti nella complessità contemporanea*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 2024, p. 863 ss.

¹⁵ Così Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, che si legge, tra l'altro, in *Fam. dir.*, 2023, p. 408 ss., con *Nota introduttiva* di M. SESTA e con note di G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte costituzionale?* e A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo “minoricentrico”?*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2320 ss., con nota di G. SALVI, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale - Ancora un no (forse definitivo) delle Sezioni unite alla trascrizione a séguito di gestazione per altri* (un'efficace ed analitica rassegna delle diverse posizioni dottrinali rispetto alle Sez. un., cit., è ora in M. SESTA, *La maternità surrogata nel dialogo tra Corti e dottrina*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 157 ss.). In senso conforme, dopo l'intervento nomofilattico, peraltro, Cass., 21 settembre 2023, n. 26967 e Cass., 3 gennaio 2024, n. 85, entrambe in *OneLegale*.

¹⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, Mozione del 18 marzo 2016, p. 3.

¹⁷ Dati EURISPES, 2024.



Come si dirà, la norma incriminatrice già richiamata – *i.e.*, l'ar. 12, co. 6, della legge n. 40/2004 – è tutt'oggi al centro del dibattito politico-istituzionale, in quanto un recente disegno di legge¹⁸ ha proposto di rendere la maternità surrogata un reato c.d. “universale”, ossia punibile anche se commesso all'estero¹⁹.

3. Volgendo lo sguardo di là dai confini nazionali, lo scenario si rivela estremamente più composito. Nell'ambito di una recente indagine, che ha preso in considerazione ben 268 Paesi nel mondo, è invero emerso che ben 64 Stati prevedono l'accesso alla maternità surrogata con un'apposita legge nazionale, dei quali 29 nella forma solidale e/o commerciale, mentre 35 solo nella versione senza commercializzazione²⁰.

In particolare, la soluzione permissiva trova riscontro non solo in contesti ordinamentali ben diversi dal nostro (come l'America, l'Asia, l'Oceania e alcuni Stati del Sud-Africa²¹), ma anche in Europa (latamente intesa²²), ove – per quanto la maggioranza degli Stati Membri segua la via italiana, come ad esempio la Spagna²³, la Francia²⁴, la Germania²⁵, l'Austria²⁶, la Danimarca²⁷, la Norvegia²⁸, etc. – sono invece per la soluzione

¹⁸ Si tratta del d.d.l. n. 887, assorbente (i) la proposta di legge Carfagna n. 2599, presentata alla Camera dei Deputati il 22 luglio 2020, e (ii) la proposta di legge Meloni n. 306, presentata alla Camera dei Deputati il 23 maggio 2018.

¹⁹ Per alcune considerazioni critiche, v. G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, 2 maggio 2023, in *sistemapenale.it*; A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, *ivi*, 18 luglio 2023; M. D'AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio costituzionale*, 2023, p. 4 ss.; F. DI LELLA, *La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come “reato universale”: analisi e prospettive*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, p. 450 ss.

²⁰ I dati sono stati elaborati dall'Avv. Alessia Ciatelli, per l'Associazione Luca Coscioni, e nel relativo sito *web* è consultabile un'efficace mappa interattiva.

²¹ Si rinvia, al riguardo, agli studi citati *retro*, nota 8.

²² Uno studio molto approfondito sul tema, cui si rinvia, è stato elaborato da EUROPEAN PARLIAMENT, POLICY DEPARTMENT - CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on The Regime of Surrogacy in EU Member State*, 2013.

²³ Cfr. art. 10 della legge n. 14/2006; il divieto è ribadito dall'art. 32 della recentissima legge n. 1/2023.

²⁴ Cfr. artt. 16-7 e 16-9 del *Code civil*.

²⁵ Cfr. art. 1, co. 7, dello *Embryonen Schutzgesetz* del 1990.

²⁶ Cfr. *Fortpflanzungsmedizinengesetz - FmedG e Bundesgesetzes mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung*.

²⁷ Cfr. art. 31 della legge n. 1097/2014.

²⁸ Cfr. art. 2 del Children and Parents Act del 1981 e gli art. 2-15 del *Medical Humane Use and Biotechnology Act* del 2003.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

39



positiva, seppure con limitazioni piú o meno stringenti, la Grecia²⁹, la Macedonia del Nord³⁰, il Portogallo³¹, il Regno Unito³², l'Ucraina³³ e Cipro³⁴.

Recentissima³⁵ (e, dunque, non considerata neppure dai piú recenti studi in tema³⁶) è, poi, la legge irlandese, atteso che lo scorso 2 luglio 2024 il Presidente della Repubblica ha promulgato lo «*Health (Assisted Human Reproduction) Act*» del 2022 (l'«Act»), il quale disciplina una serie di pratiche prima di allora non regolate da tale ordinamento, fra cui: (i) la donazioni di gameti ed embrioni per finalità di fecondazione medicalmente assistita o di ricerca; (ii) la maternità surrogata domestica altruistica; (iii) i test genetici pre-impianto sugli embrioni; (iv) la fecondazione medicalmente assistita postuma; e (v) la ricerca sugli embrioni e sulle cellule staminali. In particolare, quanto alla maternità surrogata, la stessa è ora consentita al ricorrere di alcuni presupposti analiticamente disciplinati³⁷, fra cui la soddisfazione di criteri di residenza, il divieto di pratiche con finalità commerciale, l'autorizzazione da parte di un'autorità *ad hoc* (i.e., l'«*Assisted Human Reproduction Regulatory Authority*»), nonché l'integrazione di ulteriori requisiti da parte sia della madre surrogata (ad es., età minima di 25 anni, aver procreato prima dell'avvio della pratica, aver eseguito una visita medico-specialistica, etc.), sia del/i futuro/i genitore/i (ad es., età minima di 21 anni, impossibilità o difficoltà del concepimento, assistenza legale obbligatoria, etc.).

4. In un contesto in cui altre giurisdizioni – neppure, come visto, così culturalmente e/o normativamente distanti dalla nostra – ammettono le pratiche di maternità surrogata (quanto meno nella variante solidaristica),

²⁹ Cfr. la legge n. 3089/2002 e la legge n. 3305/2005, così come integrata dalla legge n. 4272/2014, che ha consentito l'accesso alla maternità surrogata anche agli stranieri, purché residenti in Grecia. La recente legge n. 4958/2022, inoltre, ha innalzato il limite di età della madre intenzionale per accedere alla pratica, che è così stato modificato da 50 a 54 anni (cfr. *ivi*, art. 3).

³⁰ Cfr. la legge n. 37/2008.

³¹ Cfr. la legge n. 90/2021. Vi si sofferma, presso di noi, L. BOZZI, *La legge portoghese in tema di gestazione per altri. Riflessioni e interrogativi (su questa e su ogni legge in materia)*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, p. 299 ss.

³² Cfr. il «Surrogacy Arrangements Act» del 1985.

³³ Cfr. l'order n. 787/2013 del Ministero della Salute.

³⁴ Cfr. la legge n. 69/2015.

³⁵ La segnalazione si deve all'«Osservatorio giuridico su identità genetica e genitorialità nell'era delle tecniche procreative», il quale – nell'ambito dell'omonimo PRIN vinto nel 2022 dalle Università degli Studi di Napoli «Federico II», degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale e degli Studi di Verona – offre, tramite le proprie pagine *social*, aggiornamenti periodici su queste tematiche.

³⁶ Cfr. sempre *retro*, nota 8.

³⁷ Cfr. l'Act, part 7.

tale divergenza regolatoria ha indotto alcune coppie a recarsi all'estero, per realizzare pratiche vietate, anche penalmente, dalla legge italiana (cfr. il più volte richiamato art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004)³⁸.

Il fenomeno viene designato con la locuzione, non certo elegante, di c.d. "turismo procreativo"³⁹, che parrebbe rimontare ad uno studio statunitense di qualche anno addietro⁴⁰. A riprova del carattere divisivo del tema, v'è poi chi ha proposto dizioni ancor più connotative, come quelle di "esilio procreativo"⁴¹ (a sottolineare che le proibizioni interne "costringerebbero" asseritamente i cittadini a recarsi all'estero) ovvero, da angolarità del tutto opposta, di "turismo elusivo"⁴² (o, più neutralmente, di "delocalizzazione procreativa"⁴³), arrivandosi finanche a parlare di "borderlo riproduttivo"⁴⁴.

In ogni caso, con tale sintagma si è soliti designare l'ipotesi in cui una coppia si sposti transitoriamente all'estero, allo scopo di realizzare un progetto genitoriale che sia difficile o impossibile nel proprio Paese di origine, di regola in ragione di divieti normativi o limiti pratici esistenti al riguardo.

Proviamo anzitutto a quantificare il fenomeno, ancorché ottenere statistiche attendibili sia – com'è intuibile – non propriamente agevole.

I dati – non v'è dubbio – sono in crescente ascesa. Uno studio pubblicato nel 2010 sulla prestigiosa Rivista "*Human Reproduction*"⁴⁵ ha ana-

³⁸ Eloquente, in proposito, il titolo dell'approfondito contributo di R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1262 ss.

³⁹ Nella cornice delle riflessioni sulla maternità surrogata, il tema ha (giustamente) destato l'attenzione della dottrina con indagini a se stanti, anche in Italia: cfr., ad es., J. LONG e M. NALDINI, "*Turismo*" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *GenIUS*, 2015, p. 1 ss; F. FERRARI, *Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del "turismo procreativo" sull'ordinamento interno*, in *BioLaw Journal*, 2024, p. 91 ss.

⁴⁰ B.M. KNOPPERS e S. LEBRIS, *Recent Advances in Medically Assisted Conception*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1991, p. 329 ss. (lo riporta anche F. FERRARI, *Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore*, cit., p. 91, nota 1).

⁴¹ M.C. INHORN e P. PATRIZIO, *Rethinking Reproductive "Tourism" as Reproductive "Exile"*, in *Fertility and Sterility*, 2009, p. 904 ss. (sul versante terminologico, v. anche J. LONG e M. NALDINI, "*Turismo*" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, cit., p. 2, nota 1).

⁴² I.G. COHEN, *Circumvention Tourism*, in *Cornell L. Rev.*, 2012, 1309 ss.

⁴³ J. MOULY, *La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?*, in *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2419 ss.

⁴⁴ A.L. CHERRY, *The Rise of Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy, and Justice*, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, p. 257 ss.

⁴⁵ F. SHENFIELD, J. DE MOUZON, G. PENNINGS, A.P. FERRARETTI, A.N. ANDERSEN, G. DE WERT e V. GOOSSENS, *Cross Border Reproductive Care in Six European Countries*, in *Human Reproduction*, 2010, p. 1361 ss.



lizzato la portata del turismo procreativo in Europa, raccogliendo i dati di 46 centri di procreazione medicalmente assistita, situati in sei Paesi (*i.e.*, Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Slovenia, Spagna e Svizzera). Sulla base dei questionari raccolti, i ricercatori hanno stimato che un numero compreso tra gli 11.000 e i 14.000 pazienti attraversa ogni anno i confini del proprio Paese per recarsi all'estero, alla ricerca di una cura per il problema dell'infertilità e della sterilità; i pazienti coinvolti nel monitoraggio sono risultati di 49 nazionalità differenti, ma il gruppo più numeroso è costituito dagli italiani, che da soli hanno rappresentato il 31,8% del campione. Conseguenza che, secondo questo studio, ogni anno tra i 3.500 e i 4.500 italiani si recherebbero all'estero per realizzare pratiche di maternità surrogata.

Le statistiche più recenti sono state invece presentate dalla “Società Italiana della Riproduzione Umana” (la “SIRU”), in occasione del proprio 6° Convegno Annuale del 2023, dedicato a “*La medicina della riproduzione: tra ricerca e clinica*”: secondo la SIRU, ben 13.000 coppie italiane si sarebbero recate all'estero, ogni anno, per ricorrere a pratiche di maternità surrogata, dato peraltro in crescita del 30% rispetto a quello registrato nel 2019⁴⁶.

Ebbene, assumendo che i dati sopra riportati siano veritieri o quanto meno verosimili, ciò significherebbe che, in un periodo di tempo piuttosto limitato (*i.e.*, dal 2010 al 2023), il numero di “turisti procreativi” si sarebbe più che triplicato.

5. Il c.d. “turismo procreativo” è entrato negli schemi argomentativi degli operatori giuridici a vario titolo e con declinazioni del tutto speculari.

Infatti: (*a*) da un lato, nella già richiamata prospettiva del c.d. “esilio procreativo”, si è affermato che la legge n. 40/2004 imporrebbe limiti troppo rigorosi, tali da “costringere” le coppie ad andare all'estero per realizzare trattamenti vietati in Italia; e (*b*) d'altro lato, nel tenere fermo il divieto previsto dall'art. 12, co. 6, della legge cit., si è invece sostenuto che consentire incondizionatamente la trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero costituirebbe un incentivo al suddetto fenomeno.

Sul primo versante, si è ad esempio ritenuto – nell'ambito di una proposta di legge volta a modificare la legge n. 40/2004 – che essa, “basandosi su un impianto etico univoco, si è tradotta in una normativa discriminatoria dei comportamenti delle persone: divieto della fecondazione eterologa, divieto di accesso alle tecniche per la donna singola, divieto di conge-

⁴⁶ Cfr. il sito della SIRU, al [link pmaumanizzata.com](http://link.pmaumanizzata.com).



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S/
2
0
2
4

42

lamento degli embrioni, divieto di diagnosi preimpianto anche in caso di coppie portatrici di malattie genetiche. Divieti irragionevoli che violano la stessa libertà di autodeterminazione in ordine alle scelte procreative e che nella pratica sono stati e sono notevolmente aggirati in questi anni da parte di chi ha le disponibilità economiche, costringendo molte persone a quel «turismo procreativo» nei Paesi in cui le norme sono meno restrittive, per ottenere ciò a cui non hanno diritto nel nostro Paese. E questo a ulteriore dimostrazione che la legge sulla procreazione medicalmente assistita è «una cattiva legge»⁴⁷. Anche in altra occasione, la giurisprudenza di merito aveva avuto modo di rilevare che «non è utile che la soluzione sia finalizzata ad accogliere ed ammettere senza controlli adeguati e limiti o a vietare drasticamente con il rischio di operazioni genetiche clandestine, traffici lucrosi e di «turismo procreativo»»⁴⁸.

Questo tipo di argomentazione non sembra affatto convincente: la circostanza che una norma di legge vigente venga «aggirata» non può certo essere – *ex se* – il sintomo o la prova di una sua presunta contrarietà all'ordinamento giuridico, né di un suo asserito anacronismo sociale, analogo discorso potendo essere svolto – ci sembra – per tutte le norme penali, che dovrebbero *in thesi* essere rimediate, sol perché violate, più o meno frequentemente, dai relativi soggetti attivi.

Maggiore attenzione merita, invece, la seconda utilizzazione argomentativa del c.d. «turismo procreativo», perché in tal caso quest'ultimo non viene invocato per asseverare la bontà/legittimità del persistente divieto di cui all'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004, bensì per sostenere che – ferma restando la norma proibitiva – il riconoscimento incondizionato della trascrizione in Italia degli atti di nascita formati all'estero finirebbe, *de facto*, per alimentare o incentivare tale fenomeno.

⁴⁷ Così la proposta di legge Nicchi, Piazzoni, Aiello e Di Salvo, n. 2599, presentata alla Camera dei Deputati il 9 agosto 2013.

⁴⁸ In termini, l'ormai risalente – alla luce della sopravvenuta evoluzione tecnico-scientifica nel campo della genomica –, e comunque assai criticato, Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 151 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 483 ss., con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*; in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 722 ss., con nota di L. D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*; in *Giust. civ.*, 2000, p. 1163 ss., con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*; in *Foro it.*, 2000, c. 1697 ss., con nota di G. CIANI, *Procreazione artificiale e gravidanza surrogata per spirito di liberalità: il bilanciamento tra libertà di autodeterminazione della donna e «best interest» del nascituro*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 663 ss., con nota di F. DANOVÌ, *Privato e pubblico nel procedimento d'urgenza in tema di maternità surrogata: quali regole e garanzie processuali*.



A tale riguardo, le già richiamate Sezioni Unite del 2022 hanno invero affermato che «la regolamentazione permissiva presente in alcuni Paesi stranieri *favorisce* [enfasi nostra, n.d.r.], appunto, il turismo procreativo di cittadini italiani che si recano all'estero al fine di ottenere, nel rispetto della *lex loci*, ciò che in Italia è vietato. Coppie con problemi di sterilità femminile o coppie omosessuali che intendono accedere alla filiazione vanno all'estero per realizzare là dove è consentito il progetto procreativo proibito nel nostro Paese»⁴⁹.

A dispetto dell'uso del verbo “favorire”, dal *dictum* dei giudici della nomofilachia emerge che esso è qui piuttosto inteso nel senso di “consentire”, così il passaggio risolvendosi nell'ovvio rilievo per cui è l'esistenza di legislazioni permissive ad essere il *presupposto* del fenomeno del turismo procreativo⁵⁰.

In altri casi, tuttavia, quell'argomento è stato invece utilizzato in senso proprio dalla giurisprudenza (in ciò confortata da parte della dottrina⁵¹). Così, ad esempio, quando si è sostenuto che «la trascrizione dell'atto di nascita, in sintesi, o la registrazione del nato in conformità a provvedimento estero che riconosca il rapporto di genitorialità in favore del genitore intenzionale (come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite) è soluzione che si scontra frontalmente con la scelta, in termini proibitivi, effettuata dal legislatore nazionale, e si tradurrebbe in una agevole via di aggiramento della legge, se non in un franco incentivo al turismo procreativo [enfasi nostra, n.d.r.]»⁵²; o, ancora, quando si è fatto esplicito riferimento alla «aspirazione del nostro Stato a scoraggiare prassi elusive poste in essere dal cd. turismo procreativo»⁵³.

⁴⁹ Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., par. 1 dei motivi della decisione.

⁵⁰ Tant'è vero che ciò è la premessa per affermare che «ogni qualvolta la surrogazione di maternità è praticata all'estero, la questione dello status del nato da maternità surrogata fuoriesce dal perimetro dell'ordinamento interno e si traduce nel problema del riconoscimento in Italia della genitorialità acquisita al di fuori dei confini nazionali». Ciò fa il paio con la convinzione dottrinale per cui “in tema di surrogazione di maternità il vuoto regolativo fu totale e la statuizione del semplice divieto si rivelò subito rimedio peggiore del male, perché intanto il turismo procreativo ha continuato e continua regolarmente a operare e il fenomeno, in mancanza di adeguati limiti e forme di controllo, anziché attenuarsi ha finito invece con il registrare un ulteriore sensibile incremento” (V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss., 1099-1100).

⁵¹ Cfr., tra i tanti, F. DI SALVO, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione procreativa e migliore interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1177 ss., per il quale «nulla vieta agli aspiranti genitori di recarsi in Paesi stranieri — le cui legislazioni non prevedono un siffatto limite soggettivo — agevolando, di conseguenza, la diffusione del c.d. “turismo procreativo».

⁵² App. Milano, 9 gennaio 2024, in *OneLegale*.

⁵³ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Giur. it.*, 2022, p. 1825 ss., con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022,



Di là da alcune venature paternalistiche, l'argomento parrebbe essere utilizzato con maggior pregio rispetto a come esso è declinato *sub* (a). In questo senso, appare condivisibile l'interrogativo secondo cui «perché mai per esempio rispettare i limiti previsti dal diritto interno in materia di procreazione medicalmente assistita e di adozioni internazionali, se si può realizzare il proprio progetto procreativo all'estero accogliendo il minore nella propria famiglia come figlio e invocando poi davanti ai giudizi nazionali il fatto compiuto?»⁵⁴; o, più oggettivamente, perché l'ordinamento non dovrebbe mantenere una propria *coerenza interna* e, una volta reputate le pratiche di maternità surrogata contrarie ai principi identificativi dell'ordinamento (fra cui, anzitutto, la dignità umana⁵⁵), dovrebbe poi allargare le maglie e soprassedervi sul versante pubblicitario?

Ciò costituisce, a nostro giudizio, la riprova che l'argomento sociologico del c.d. "turismo procreativo", piegato strumentalmente dai legislatori e dai giudici all'avallo dell'una o dell'altra tesi, è sostanzialmente caratterizzato da *irrelevanza giuridica*, atteso che la soluzione a problemi di tal fatta non può che essere ricercata, anzitutto, su un piano *normativo*, in una logica di stretta rispondenza ai principi fondamentali⁵⁶.

Ad analoga soluzione ci sembra debba pervenirsi per tutte le altre e più composite utilizzazioni ermeneutiche dell'argomento in questione. Così,

p. 1047 ss., con nota di A. FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*: come noto, si tratta dell'ordinanza interlocutoria, che ha rimesso la questione alle SS.UU., le quali l'avrebbero definita con Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, più volte cit.

⁵⁴ Così J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1059 ss.

⁵⁵ Sul "personalismo" costituzionale, imprescindibile P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali SISDiC*, 2020, p. 1 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 159 ss.; e già ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972, *passim*.

⁵⁶ Concorde, con argomentazioni condivisibili, A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss., 450 ss., spec. note 74 e 75: «l'evocazione del turismo procreativo costituisce un *τόπος* argomentativo invocato per perorare l'accoglimento da parte dell'ordinamento italiano delle stesse discipline in tema di procreazione assistita vigenti all'estero: se uno Stato straniero ammette una data disciplina ampliativa della sfera individuale in materia procreativa, allora è vano che l'ordinamento italiano conservi la propria, che potrà essere elusa sfruttando quella straniera. Esso traspone sul terreno dell'essere uno schema di ragionamento, incentrato sulla c.d. concorrenza tra ordinamenti giuridici, sorto evidentemente nel campo patrimoniale, senza curarsi di integrare il piano dell'efficienza con quello dei valori (scilicet, costituzionali) dei quali la disciplina interna può costituire attuazione. Peraltro, esso non va esente dal paradosso per cui lo stesso diritto nazionale aggirato torna destinatario di una domanda di riconoscimento allorché, rientrati nel *limes* (come confine) del territorio nazionale, si (ri)scopre quella cultura del *limes* (come limite) che si era inteso allontanare da sé». Cfr. ancora, in senso critico, A. NICOLUSSI e A. RENDA, *Fecundazione eterologa: il pendolo fra Corte Costituzionale e Corte EDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 212 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

45



ad esempio, quando si è affermato (i) che il c.d. turismo procreativo avrebbe alimentato situazioni “di rischio”, a causa dell’inferiore livello di assistenza sanitaria garantito nei Paesi ove la maternità surrogata è consentita e praticata, o (ii) che si determinerebbe una discriminazione “per censo” delle coppie, atteso che solo coloro che dispongono delle risorse economiche necessarie potrebbero farvi ricorso, precludendo tale possibilità a quelle meno abbienti⁵⁷. Il primo filone era stato poi ulteriormente sviluppato nel senso di ritenere che molte coppie sarebbero costrette ad affrontare «il disagio psicologico ed emotivo di allontanarsi dal luogo degli affetti per ottenere ciò che in Italia è concesso solo alle coppie con meno gravi forme d’infertilità», con il rischio di essere contagiate «da malattie trasmesse dal donatore o dalla donatrice, per carenza di controlli e di informazioni»⁵⁸; nella stessa direzione, si è talvolta discusso – complessivamente – di «rischio di norme di qualità basse e di stress finanziario ed emotivo»⁵⁹.

Anche in tal caso, l’argomentare ha carattere congetturale e comunque illogico: posto, *in via pregiudiziale*, che la maternità surrogata – come chiarito dalle Sezioni Unite nel 2022⁶⁰ – compromette in modo irrimediabile la dignità della donna (arg., quanto meno, *ex artt.* 2, 29, 30 e 32 cost.), ha senso preoccuparsi, *a valle di ciò*, di presunte conseguenze discriminatorie (art. 3 cost.) in capo a chi, in ragione delle proprie possibilità economiche, è più o meno in grado di violare quel divieto?

6. Appurato che il fenomeno del c.d. turismo procreativo non dovrebbe prestarsi ad indebite utilizzazioni interpretative, a titolo di comprova dell’una (permissiva) o dell’altra (proibitiva) tesi circa l’ammissibilità della maternità surrogata, resta infine da chiedersi se – e, in caso positivo, come – il giurista possa approcciarsi al suddetto delicato problema.

⁵⁷ Si tratta delle argomentazioni svolte dalle ricorrenti nel giudizio culminato in Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, che – come noto – ha fatto cadere il divieto del ricorso alla fecondazione eterologa, in caso di infertilità.

⁵⁸ Sono le argomentazioni utilizzate dal Tribunale di Catania, quale giudice remittente (nella ordinanza 21 ottobre 2010, n. 1752, in *OneLegale*), nel giudizio definito con Corte cost., 7 giugno 2012, n. 150, in *Giur. it.*, 2013, p. 519 ss., con nota di F. GIRELLI, *Note in tema di procreazione medicalmente assistita*.

⁵⁹ Cfr. Corte edu, 3 novembre 2011, n. 57183/0, *S.H. et al. c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 226 ss., con nota di C. MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all’apprezzamento degli Stati contraenti*.

⁶⁰ Cfr. *retro*, nota 15.

Ed invero, ammesso e non concesso che il regolatore *interno* debba occuparsi di fenomeni che travalicano i confini territoriali dello Stato (così evidentemente incidendo, almeno in linea potenziale, *sia* sull'autonomia dei cittadini in un mondo globalizzato, *sia* sulle scelte sovrane di altri Paesi), le vie astrattamente praticabili parrebbero essere due.

La prima è quella dell'introduzione di un c.d. reato universale, atteso che un recente disegno di legge – cfr. *retro*, par. 2 – ha proposto di aggiungere, al termine dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, il seguente inciso: «Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». La seconda e più ambiziosa soluzione, anche alla luce di tutte le criticità insite nell'«universalizzazione» dei reati⁶¹, sembra essere invece quella dell'elaborazione di strumenti di matrice convenzionale, di carattere europeo e/o internazionale⁶².

A tale ultimo riguardo, si consideri che, per quanto gli interventi dell'Unione Europea in ambito «personalistico» siano ancora, purtroppo, piuttosto limitati (in ragione dei limiti esistenti nei Trattati e, forse, di alcuni rigurgiti mercantilistici), alcuni passi avanti in tal senso sono stati da ultimo compiuti.

Ed invero, il Parlamento Europeo ha recentemente approvato una modifica della Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 (riguardante la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime), aggiungendo – fra gli euro-crimini ivi considerati – lo «sfruttamento» del matrimonio forzato, dell'adozione illegale e, appunto, della maternità surrogata⁶³. Ulteriori sforzi in tal senso sono stati compiuti di recente dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato con il Progetto «*Parentage/Surrogacy*»⁶⁴ e la dimensione globale del fenomeno – di cui il c.d. «turismo procreativo» è espressione – suggerisce senz'altro di procedere in tale direzione.

settembre 2024

ALBERTO MATTIA SERAFIN



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

47

⁶¹ Cfr. tutti i contributi citati *retro*, nota 19.

⁶² In questo senso, v. anche R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, cit., p. 1262 ss.

⁶³ Cfr. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 23 aprile 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime [COM(2022)0732 - C9-0431/2022 - 2022/0426(COD)].

⁶⁴ Fa il punto L. CARPANETO, *Il Progetto «parentage/surrogacy» della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Cittadinanza europea*, 2024, p. 103 ss.

Abstract

Il saggio indaga il tema della maternità surrogata in una prospettiva di diritto comparato. In particolare, vengono esplorati, da una prospettiva “*outside-in*”, il profilo del riconoscimento in Italia di atti di nascita formati all'estero e, da una prospettiva “*inside-out*”, il fenomeno di crescente rilevanza quantitativa del c.d. turismo procreativo, criticando alcuni utilizzi interpretativi impropri da parte della giurisprudenza.

The essay investigates the issue of surrogacy from a comparative law perspective. In particular, it explores, from an “*outside-in*” perspective, the recognition in Italy of birth certificates issued abroad and, from an “*inside-out*” perspective, the increasing phenomenon of the so-called reproductive tourism, offering a critique of certain judicial misinterpretations.



ANNALI
S
I
S
D
I
C
S
/
2
0
2
4

48

Divieto di procreazione *post mortem* e trasmissione *mortis causa* dei gameti

SOMMARIO: 1. Piano di indagine: sorte dei gameti non utilizzati nell'ambito di una procreazione assistita e confini dell'autonomia negoziale a fronte di un quadro normativo non esaustivo. – 2. Ammissibilità dell'impianto *post mortem* di embrione. Configurabilità, in ambito testamentario, di disposizioni prive del carattere attributivo-patrimoniale e favorevoli all'impianto postumo di embrione. L'apposizione di condizione sospensiva testamentaria che asseconi il desiderio di genitorialità della donna. – 3. Divieto di utilizzo *post mortem* di gameti con finalità riproduttiva. Preliminare analisi sulla natura e sulla funzione del gamete nell'ambito delle teoriche ricostruttive concernenti lo statuto giuridico del corpo e delle sue parti distaccate. – 4. Incidenza della peculiare funzione del gamete sulla conformazione dell'esercizio del potere di disposizione. Superamento delle posizioni che giustificano la destinazione procreativa in via ereditaria sulla base di un presunto potere dominicale del *de cuius* sui propri gameti – 5. Analisi dei divergenti orientamenti giurisprudenziali sulla trasmissibilità *mortis causa* dei gameti. - 5.1. Il tentativo del Tribunale di Roma di mediare tra le opposte ricostruzioni. Il principio di finalità e la rilevanza conformativa della destinazione funzionale del gamete in una significativa pronuncia del Tribunale di Modena. – 6. Valorizzazione dell'autodeterminazione procreativa e influenza sul potere di decidere la destinazione riproduttiva *post mortem* dei gameti. Problemi e prospettive.

1. Un peculiare fascino contraddistingue il tema della procreazione *post mortem*. I molteplici profili di indagine ad esso strettamente connessi inducono il giurista ad approfondire la portata del relativo divieto, implicitamente desumibile dall'art. 5, l. 19 febbraio 2004, n. 40, e a soffermare l'attenzione sulla sorte dei gameti crioconservati e non utilizzati nell'ambito di una fecondazione medicalmente assistita¹, sì da vagliare l'ambito di

¹ Il nato ha lo stato di figlio dell'uomo dal quale sono stati prelevati i gameti prima del decesso secondo Cass., 15 maggio 2019, n. 13000 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1282 ss., con nota di M. FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Dir. succ. fam.*, 2020, p. 654, con nota di V. D'ALESSANDRO, *Procreazione medicalmente assistita post mortem e status del nato*; in www.centrostudiliviatino.it, con nota di E. BILOTTI, *La fecondazione artificiale post mortem nella sentenza della 1ª Sezione civile della Cassazione n. 13000/2019*; in www.juscivile.it, con nota di A. PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*), la quale precisa che «lo status filiationis va determinato verificando solamente se effettivamente il coniuge o il convivente abbia prestato il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita anche solo mediante atti concludenti, e se tale



operatività e i confini dell'autonomia negoziale in relazione al loro impiego dopo il decesso dell'uomo dal quale sono stati prelevati.

Il tema è complesso e «il giurista si ritrova pieno di dubbi e di interrogativi, là dove credeva di possedere rassicuranti certezze»². Volendo tracciare un itinerario ricostruttivo, il nodo centrale dell'indagine ruota intorno alla natura e alla funzione specifica del gamete e all'ammissibilità di una loro trasmissione ereditaria governata dagli automatismi della successione legittima oppure fondata su una successione testamentaria³. I descritti profili di indagine, lungi dal rimanere confinati nell'ambito di una speculazione meramente astratta, si rivelano non privi di conseguenze sul piano applicativo, incidendo sul fronte dei diritti spettanti agli eredi e, nello specifico, sulla possibilità di riconoscere alla vedova, in qualità di erede, il diritto alla restituzione dei gameti del defunto marito o convivente da parte della struttura sanitaria.

L'ordito normativo poco aiuta. L'art. 5 della l. 40/2004 – conformemente alle finalità terapeutiche della legge e sempre che «non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1) – fissa i requisiti soggettivi, permettendo l'accesso a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»⁴. Il citato art. 5, pur richiedendo che i

consenso, integrato da quello riguardante anche la possibilità di utilizzo del proprio seme *post mortem*, sia effettivamente persistito fino al momento ultimo (nella specie, quello della morte del marito della odierna ricorrente) entro il quale lo stesso poteva essere revocato». Sul tema, U. SALANITRO, *Procreazione medicalmente assistita (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I Tematici, IV, Milano, 2022, spec. p. 1042 ss.; C. PETTA, *Procreazione medicalmente assistita post mortem, status filiationis e diritti successori del nato*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 17 bis, dicembre 2022, p. 1016 ss. Con attenzione al principio di responsabilità, che emerge dall'art. 8, l. n. 40/2004, S. STEFANELLI, *Procreazione eterologa e azioni di Stato*, in *Diritto. Mercato. Tecnologia*, 3/2014, spec. p. 51 ss. (nonché EAD., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021).

Su un piano più generale, sulla non configurabilità di un diritto alla genitorialità, con attenzione anche alle problematiche legate alla maternità surrogata, v. G. RECINTO, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni Unite impongono un primo 'stop' al 'diritto ad essere genitori'*, nota a Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dir. rel.*, 2019, p. 560 ss.

² Così, con riferimento al rapporto tra diritto, nuove tecnologie e l. 19 febbraio 2004, n. 40, G. FERRANDO, *Biotecnologie e diritto*, in G. BALDINI e G. FERRANDO, *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, 2015, p. XI.

³ Il problema è posto, acutamente, già prima della l. 40/2004 da G. BALDINI, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione artificiale post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 731 ss.

⁴ Sul tema F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 82 s. Ai sensi dell'art. 8, l. 40/2004, i nati a séguito del ricorso alle tecniche di procreazione hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà



componenti della coppia siano «entrambi viventi», non precisa il momento del procedimento riproduttivo (manifestazione del consenso⁵; crioconservazione⁶; fecondazione dell'ovulo; utilizzo dell'embrione o dei gameti) entro il quale il requisito della permanenza in vita debba persistere. Tale interrogativo assume peculiare interesse specie nell'attuale momento storico in quanto la legge sulla procreazione assistita – pensata dal legislatore del 2004 per regolamentare procedimenti riproduttivi destinati a concludersi in un arco temporale ristretto – ha poi subito, alla luce delle nuove acquisizioni scientifiche, numerose modifiche e noti interventi di riscrittura da parte della Corte costituzionale, sí da configurare un procedimento riproduttivo articolato in piú fasi – prelievo dei gameti, crioconservazione, impianto dell'embrione – che si snodano in un lasso temporale piuttosto ampio, durante il quale, non di rado, può accadere che uno dei componenti della coppia non sia piú in vita⁷. Corollario del divieto dettato dall'art. 5 è la sanzione amministrativa pecuniaria sancita dall'art. 12, comma 2, della citata legge 40/2004 per il personale medico che applichi tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non erano entrambi in vita.

di ricorrere alle tecniche. Il coniuge/convivente che ha espresso il consenso non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e, in ipotesi di procreazione medicalmente assistita eterologa, il donatore di gameti non acquista alcuna relazione giuridica parentale con il nato.

⁵ Sulla dimensione personalistica del consenso A. RICCI, *La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D.M. 28 dicembre 2016, n. 265: novità e vecchi problemi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 39 ss. Il ruolo del consenso nella relazione tra medico e paziente è attentamente indagato da G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss.; B. SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012, p. 47 ss.; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 231 ss.; P. BORSELLINO, *Autodeterminazione, consenso informato e legittimità del trattamento sanitario nell'età delle biotecnologie: profili essenziali*, in G. BALDINI e G. FERRANDO, *Persona e famiglia*, cit., p. 23. Sulle conseguenze dell'assenza del consenso informato, quale atto personalissimo del soggetto, in ipotesi di prelievo di gameti da persona in stato vegetativo, Trib. Vigevano, 3 giugno 2009, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1847 ss. Ammette la possibilità che l'uomo, in previsione della sua futura incapacità, autorizzi il prelievo dei suoi gameti nella fase in cui sarà incosciente e il loro utilizzo per una fecondazione *post mortem* A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, spec. p. 541 ss.

⁶ Il tema è attentamente indagato da A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, spec. p. 80 ss.

⁷ Il discorso inevitabilmente si incentra sull'utilizzo di embrioni o gameti dopo il decesso dell'uomo, posto che l'impiego di embrioni dopo la morte della donna ricadrebbe nella diversa fattispecie della maternità surrogata, vietata ex art. 12, comma 6, l. 40/2004: cfr. M. FACCIOLI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. 40/2004*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 3/2021, p. 28.



Il quadro normativo, per nulla esaustivo, sollecita interrogativi di non agevole risoluzione riguardanti la sorte dei gameti crioconservati e non utilizzati nell'ambito del procedimento di fecondazione assistita.

2. Significativi passi avanti sono stati compiuti dall'elaborazione giurisprudenziale.

Benché la norma (art. 5) sia chiara nel negare l'accesso alle tecniche procreative qualora i componenti della coppia non siano entrambi viventi, la giurisprudenza ha segnato una distinzione di non secondaria importanza tra l'impianto di embrioni impiantati dopo il decesso dell'uomo ma formati prima, considerato conforme ai principi dell'ordinamento e, viceversa, la fecondazione *post mortem* di gameti prelevati dall'uomo quando ancora era in vita, non ammessa in ragione della contrarietà al citato dettato normativo.

Invero l'impianto dell'embrione nel corpo della donna dopo la morte del coniuge o convivente⁸ rappresenta un risultato da tempo acquisito dalla giurisprudenza, la quale considera la finalità di tutela dell'aspettativa alla vita dell'embrione⁹ preminente rispetto al criterio della bigenitorialità¹⁰, al punto che, nel considerare integrato il requisito dell'esistenza in

⁸ L'impianto postumo di embrione è testualmente consentito dalle Linee Guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, approvate con decreto del Ministero della Salute del 20 marzo 2024.

⁹ Sul tema I. PRISCO, *Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di chance procreativa. Profili risarcitori*, in questo fascicolo. Sulla rilevanza giuridica dell'embrione A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 523 ss.; G. CHIAPPETTA, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. PERLINGIERI e EAD., *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, 2017, p. 31 ss.; S. PERRINO, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani. Nel processo della vita nascente*, Pisa, 2023, spec. p. 162 ss. In un contesto giurisprudenziale diverso, gli embrioni congelati sono considerati bambini: cfr. Corte dell'Alabama, 16 febbraio 2024, consultabile su *biodiritto.org*. Sul distinto profilo concernente la sorte degli embrioni crioconservati in ipotesi di crisi familiare, M. RIZZUTI, *Accordi sulla sorte degli embrioni e gameti crioconservati in caso di crisi familiare*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, p. 664 ss.

¹⁰ Cfr. T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e aspettative*, in *Quadrimestre*, 1986, spec. pp. 19 ss. e 20 s., nota n. 61; P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 865, il quale si mostra contrario alla fecondazione artificiale *post mortem* in ragione dell'esigenza «di evitare l'ipotesi di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna. Sullo sfondo si muove l'inquietante prospettiva di una società senza padre». Il tema è attentamente indagato da L. D'AVACK, *Il progetto della filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, 3^a ed., Torino, 2016, p. 25 ss. Riflessioni sempre attuali in P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in G. FERRANDO (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto. Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1989, p. 141 ss., e, con l'aggiunta di note, in P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 181 ss. Fa osservare P. ZATTI, *Interesse del minore e dop-*



vita dei componenti della coppia soltanto se presente al momento dell'acquisizione del consenso e della fecondazione dell'ovulo, non esita ad accogliere eventuali richieste di provvedimenti di urgenza, *ex art.* 700 c.p.c., da parte della donna, ormai vedova, la quale, a séguito del rifiuto delle strutture specializzate competenti, chiede il trasferimento degli embrioni nel proprio utero¹¹.

In relazione a questa fattispecie (*id est* impianto postumo di embrione) non ogni margine di operatività è negato all'autonomia negoziale: fermi i

pia figura genitoriale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 87 s., che l'assunto secondo il quale la presenza di due genitori risponderebbe maggiormente all'interesse del minore «se verificato, diventa orientativo solo in astratto, cioè per orientare soluzioni (normative) che riguardano l'instaurazione di rapporti di filiazione con riferimento a genitori [...] di cui non risulta accertata in concreto la "nocività"». Perplessità sulla rilevanza del diritto alla doppia figura genitoriale quale fondamento del divieto *post mortem* sono espresse da A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione post mortem*, cit., spec. p. 532 ss. Con attenzione al diritto alla bigenitorialità nella distinta ipotesi concernente la crisi della famiglia, C. IRTI, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA, *Diritto civile minore*, 2^a ed. aggiornata e ampliata, Napoli, 2024, p. 188 ss.

¹¹ Prima della l. 40/2004, Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 52 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*; in *Fam. dir.*, 1999, p. 384 ss., con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, e in *Foro it.*, 1999, I, c. 1654 ss., con commento di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*. Successivamente, Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, p. 933, con nota di L. ATTADEMO, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, consultabile su *foroplus.it*; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, p. 949, con nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*; Trib. Napoli Nord, 24 novembre 2021, inedita. Non accoglie il ricorso *ex art.* 700 c.p.c. e si discosta dalla posizione espressa dalla Corte costituzionale – [in tema di diritto della donna ad ottenere l'impianto anche in ipotesi di crisi coniugale e di termine ultimo per l'uomo per chiedere la revoca del consenso: Corte cost. 24 luglio 2023, n. 161 in *Foro it.*, 2023, c. 2331 con nota di richiami di G. CASABURI, e sulla quale v. G. GIAIMO, *Il punto di non ritorno. La revocabilità del consenso all'impianto degli ovuli fecondati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 445 ss.; E. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1353 ss.; B. SALVATORE, *(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, p. 999 ss.] – Trib. Siena, ord. 27 giugno 2024, in *Foro it.*, 2024, I, c. 2528 ss., il quale considera non integrato il *fumus boni iuris* né il *periculum in mora* in quanto, secondo la pronuncia, «l'età matura della ricorrente e le conseguenti minori chances dell'impianto appaiono riconducibili ad una scelta della stessa, la quale ha avanzato la prima richiesta di trasferimento embrionale in utero a distanza di otto anni dalla fecondazione degli embrioni mediante PMA». Il rigetto è altresì motivato sulla base del fatto che il modulo sottoscritto *ex art.* 6, l. 40/2004, non forniva tutte le informazioni necessarie in tema di consenso; in particolare «non sembra[va] [...] contenere informazioni adeguate sulle conseguenze del vincolo derivante dal consenso espresso, con particolare riguardo alla possibilità che tra fecondazione e impianto si verifichi un significativo iato temporale, come poi concretamente avvenuto nel caso in esame».



AN
NA
LI
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

53



divieti, ex artt. 13 e 14, l. 40/2004, di sperimentazione, crioconservazione e soppressione, nonché, ex art. 12, comma 6, l. 40/2004, di commercializzazione di embrioni, è invece conforme ai principi del vigente sistema giuridico il negozio testamentario del marito o convivente della donna che si riveli (non già dispositivo-attributivo ma) confermativo dell'impegno – già espresso al momento del consenso all'accesso alla procreazione assistita – di assumere la paternità e la responsabilità genitoriale e che, al contempo, manifesti il desiderio che la moglie/convivente possa proseguire il procedimento di fecondazione omologa con l'impianto *post mortem* dell'embrione. Pur non potendo approfondire profili che condurrebbero oltre i confini di questa indagine, appare utile osservare che il citato esito ricostruttivo – incline ad affermare la validità dei negozi descritti – si pone in linea con la rinnovata prospettiva metodologica che ammette la configurabilità, in ambito testamentario, di disposizioni prive del carattere attributivo-patrimoniale ed idonee a prospettare una regolamentazione *post mortem* di interessi non patrimoniali «anche oltre i casi previsti dalla legge»¹². Ciò che conta «è che l'atto o la singola disposizione risultino conformi ai valori normativi e ai principi fondanti il sistema giuridico, a prescindere da ogni distinzione tra tipico o atipico, attributivo o non attributivo, patrimoniale o non patrimoniale», sí che la distinzione tra tipicità e atipicità, anche nei rapporti *mortis causa*, è ridimensionata nella sua portata¹³.

¹² Cfr. V. BARBA, *Il contenuto atipico del testamento*, *Studio n.114-2020/C. Consiglio Nazionale del Notariato*, spec. pp. 9 ss. e 27 ss., e gli esempi citati, *ivi*, nota n. 83, consultabile sul sito notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-114-2020c-il-contenuto-atipico-del-testamento; ID., *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 433 ss.; ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 42 ss. L'autore, nel fornire una rilettura delle belle pagine di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, e rist., Napoli, 2010, con *Introduzione* di V. CUFFARO, fornisce un nuovo paradigma ricostruttivo dell'art. 587 c.c.: cfr. ID., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 26, ove si afferma che «è proprio la storia dell'art. 587 c.c. a insegnare che esso non serviva a dividere il contenuto patrimoniale del testamento dal contenuto non patrimoniale, per dire che soltanto il primo e non l'ultimo era testamento, bensì per dire che il testamento (*recte*: l'atto avente la forma testamentaria) non regolante profili patrimoniali, ma solo profili esistenziali, doveva essere valido». Per tale via si riconosce al testamento un contenuto non soltanto patrimoniale e attributivo – consistente nella istituzione di erede o di legatario – ma finalizzato altresì ad una regolamentazione *post mortem* degli interessi non patrimoniali «anche oltre i casi previsti dalla legge». Acute riflessioni sul tema in G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 459 ss. e 500 ss., ove si distingue la tipicità del testamento, come unico strumento *mortis causa*, dalla tipicità o atipicità del suo contenuto.

¹³ G. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 505, ove si aggiunge che «diversamente, in ambito testamentario si è pensato, con conseguenze assai negative, che se una disposizione è attributiva, e semmai patrimoniale, è automaticamente tipica e lecita, mentre se non è attributiva, e semmai non patrimoniale, è atipica e ammessa soltanto nei casi previsti dalla legge; dimenticando che la

Si fa strada, tuttavia, un dubbio: «[è] valida la clausola condizionale con la quale si preveda che il legato sulla disponibile a favore della moglie superstite sia subordinato all'impianto, visto che qui la logica sarebbe nuovamente di carattere dominicale?»¹⁴. Tale interrogativo, concernente la possibilità di subordinare un legato all'impianto di embrione, non può prescindere da una piú ampia rilettura del tema della condizione testamentaria. A tal riguardo, parte della dottrina ha messo in evidenza, con mirabile chiarezza, l'opportunità di accogliere una prospettiva ricostruttiva che sappia superare posizioni viziate da eccessiva generalizzazione o dogmatismo e che si mostri attenta alle caratteristiche della singola fattispecie concreta¹⁵. Accedendo a tale impostazione metodologica, l'illiceità di una condizione non può desumersi dall'automatismo fondato sulla mera incidenza sull'esercizio di libertà personali, reputandosi invece necessario

distinzione tra tipico e atipico ha una valenza meramente descrittiva e insignificante sul piano qualitativo e assiologico». Sul tema v., inoltre, ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 219 ss. Per un ridimensionamento della distinzione tipico/atipico, con attenzione al tema dei contratti, approfonditamente P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 389 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed. riscritta e ampliata, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, spec. p. 60 ss.; A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGIERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.

¹⁴ L'interrogativo è acutamente posto, nell'ambito di un'analisi sulla contrattualistica che regola lo svolgimento di pratiche di procreazione effettuate all'estero e attenta altresì ai limiti sottesi ad una prospettiva di carattere dominicale, da S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata, campioni biologici e maternità surrogata*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016, p. 254: «E – altra domanda – sarebbe valida la clausola condizionale con la quale si preveda che il legato sulla disponibile a favore della moglie superstite sia subordinato all'impianto, visto che qui la logica sarebbe nuovamente di carattere dominicale?».

¹⁵ Sull'esigenza di vagliare, in concreto, la liceità e meritevolezza di una disposizione testamentaria e della condizione apposta, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, cit., spec. p. 490 ss. Nella stessa prospettiva, S. DEPLANO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio*, commento a Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Persone, Famiglie, Successioni*, Napoli, 2ª ed., 2022, p. 315 ss. Il tema è ampiamente indagato da M. PARADISO, *Le disposizioni testamentarie che afferiscono a diritti e a libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 19 ss. Osserva, acutamente, V. BARBA, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 29, che «non ha senso parlare, astrattamente, di disciplina applicabile alle disposizioni testamentarie patrimoniali o non patrimoniali, dacché occorre sempre discorrere della disciplina della singola disposizione testamentaria, ossia dell'ordinamento del caso concreto».



ANNALI

SISDICI

S/2024

55

vagliare, nella specifica situazione, se realmente la condizione determini una «indebita coartazione oppure si limiti ad assecondare la libera volontà dell'istituto»¹⁶. All'esito di tale attenta ponderazione, potrà considerarsi validamente apposta non già la condizione che si risolva, per la donna, in una indiretta imposizione di una condotta contraria alla sua volontà ma resa necessaria al fine di ottenere l'attribuzione, bensì quella che risponde ad un progetto di genitorialità condiviso dal *de cuius* e dalla istituita e che contribuisce alla realizzazione del desiderio manifestato dalla coppia¹⁷.

3. La preminente tutela riconosciuta all'embrione – «frutto della fusione procreativa dei due gameti, con una sostanziale individualità e diversità rispetto alle cellule che lo hanno generato» – e la diversa natura rispetto ai gameti – «cellule riproduttive, campioni biologici, destinati ad incontrarsi per dar vita nel processo riproduttivo ad un nuovo individuo»¹⁸ – inducono la giurisprudenza e ampia parte della dottrina a risolvere il problema interpretativo concernente il possibile impiego *post mortem* dei gameti crioconservati secondo una direttiva opposta rispetto a quanto previsto in tema di impianto postumo di embrione, estendendo, all'ipotesi in questione, il divieto sancito dall'art. 5, l. 40/2004. Le ragioni del diverso trattamento si fondano soprattutto sulla rilevanza attribuita – coerentemente alla prescrizione normativa che esclude l'accesso alle tecniche di procreazione assistita per le donne non coniugate o conviventi – al diritto



¹⁶ Così, nel richiamare l'attenzione su un'analisi in concreto della condizione di matrimonio ma con valenza generale, G. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 491, nota n. 123.

¹⁷ Utili, al fine di chiarire che l'illiceità di una condizione non può valutarsi in astratto, l'analisi (che muove dall'approfondimento del lavoro di L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018) e l'esempio riportato da V. BARBA, *Le disposizioni testamentarie rafforzative della volontà testamentaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 15 s.: in relazione all'istituzione di erede del proprio cugino a condizione – quale unica ragione della istituzione – che contragga unione civile con un uomo, se su un piano astratto non sembrerebbero sorgere dubbi sulla illiceità di tale condizione, in concreto tale esito potrebbe – secondo l'A. – rivelarsi non ragionevole se, in ragione degli specifici interessi in concreto, il testatore era a conoscenza del desiderio di contrarre unione civile, dell'ostilità dei genitori e delle difficoltà economiche dell'istituto. Con riferimento all'ipotesi affrontata nel testo, può ulteriormente aggiungersi che «il fine di agevolare la nascita del nuovo soggetto è meritevole di tutela e, poiché la condizione, secondo la nota definizione, sospende ma non obbliga, non sarebbe nemmeno violata la dignità della donna»: così M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015, p. 46, ove si ha cura di precisare che «il medesimo congegno non potrebbe invece essere adoperato per favorire una differente vicenda per sé inammissibile, come l'impianto postumo in una gestante surrogata, la distruzione dell'embrione o la sua destinazione alla ricerca, poiché in tali ipotesi l'illiceità del fine travolgerebbe anche la disposizione condizionale».

¹⁸ Trib. Modena, 8 maggio 2020, consultabile sul sito www.osservatoriofamiglia.it.

del bambino a crescere in una famiglia composta dalla doppia figura genitoriale¹⁹, non registrandosi alcun conflitto con l'esigenza di tutelare la possibilità di nascita dell'embrione, in questa ipotesi non ancora formato.

Gli àmbiti di analisi principalmente preposti all'attenzione di dottrina e giurisprudenza convergono sul tema concernente l'ammissibilità di atti *mortis causa* dispositivi del gamete. In maniera piú immediata, si rinnova l'interrogativo volto a chiarire se, con una precisa disposizione testamentaria, l'uomo possa revocare il consenso alla distruzione dei gameti prestato al momento della crioconservazione e disporre di essi in favore della moglie affinché, dopo la morte stessa dell'uomo, la donna possa utilizzarli per una fecondazione *post mortem* ovvero possa ottenerne la restituzione dal centro specializzato sulla base della citata pretesa ereditaria.

Preliminare all'analisi di tale questione e ad ulteriori svolgimenti è l'approfondimento del tema – tutt'altro che risolto – riguardante la natura e la funzione del gamete, nonché la fondatezza della prospettiva che lo considera alla stregua di una *res*²⁰. Il piano di analisi si interseca con la necessità di definire lo statuto giuridico del corpo e delle sue parti distaccate²¹ al

¹⁹ «Si è proprio così sicuri che l'art. 30 Cost. esprima il diritto del nascituro (o del nato) ad avere una famiglia bigenitoriale, magari fondata sul matrimonio? Il legislatore costituzionale si limita a precisare che è diritto e dovere dei genitori (ma potrebbero essere due o anche uno, solo uniti o non uniti in matrimonio) ad educare, mantenere ed istruire il figlio, e a ciò corrisponde il diritto del figlio ad essere educato, mantenuto e istruito dal proprio o dai propri genitori. Si afferma dunque che in qualsiasi contesto e in presenza di qualsiasi *status filiationis* permangono dovere del genitore e diritto del figlio all'educazione. Della "famiglia fondata sul matrimonio" si parla nell'art. 29 dove sono in questione diritti e doveri, appunto, dei coniugi. Il diritto del minore ad una famiglia bigenitoriale, fondata sul matrimonio, è in realtà una scorretta commistione di principi contenuti in articoli diversi»: così M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, cit., p. 56, sia pure in relazione ad una vicenda antecedente alla l. 40/2004, nella quale la pronuncia mette a confronto il diritto del nato ad essere educato da genitori diversi e il diritto del nascituro alla vita.

²⁰ Gli ovociti sono "cose mobili" quando vengono distaccati dal corpo umano, secondo Cass. pen., 25 novembre 2020, n. 37818, in *Giur. it.*, 2021, p. 1732 ss. (con commento di A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*), la quale riconduce l'espianto di ovociti dall'utero di una donna, realizzato contro la sua volontà, al delitto di rapina.

²¹ Sul tema M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 200 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 467 ss.; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 1998, p. 1 ss.; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 827 ss. (e, piú ampiamente, EAD., *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002); G. FERRANDO, *Il principio di gratuità. Biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 761 ss.; G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopi di ricerca e brevettazione*, in *Polemos*, 2008, p. 143 ss.; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, p. 216 ss.; M. CICORIA, *La questione del dono nel diritto privato. Gli atti di disposizione del corpo tra paternalismo giuridico e formalismo del consenso*, Napoli, 2023, p. 17 ss.



AN
NA
LI

S
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

57

fine di «elaborare regole di appartenenza e di circolazione coerenti con i valori, con gli interessi in gioco, rispettose dei diritti delle persone»²².

A tale scopo, gli orientamenti piú tradizionali si mostrano fedeli alla logica dominicale del diritto di proprietà e innestano, su tale prospettiva di fondo, molteplici, differenti, ricostruzioni, le quali oscillano dalla rilevanza di uno *jus in se ipsum*, che sottenderebbe un diritto di ciascuno sul proprio corpo²³, alla considerazione di esse – dopo la separazione – quali *res nullius* suscettibili di occupazione *ex art. 923 c.c.*²⁴, nonché al ricorso alla logica acquisitiva dettata in materia di acquisto dei frutti dall'art. 821 c.c.²⁵.

Non appare arduo far rilevare – in opposta direzione – che la logica preminentemente patrimonialistica che governa il diritto di proprietà mal si presta a fornire il paradigma di riferimento²⁶ per ricostruire giuridicamente la natura e la funzione dei campioni biologici, i quali – è stato ben sottolineato – rilevano non tanto per la loro materialità bensí perché in essi si estrinseca il valore non patrimoniale della vita umana²⁷. Di fatti, «la

²² G. FERRANDO, *Bioteologie e diritto*, cit., p. XIII. Per una compiuta trattazione filosofica-giuridica V. MARZOCCO, 'Dominium sui'. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012.

²³ Per una visione del corpo secondo una logica dominicale F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 94 s. Per una critica alle teorie che affermano, nel segno della dualità, l'esistenza di un diritto dell'individuo sul proprio corpo P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 182 ss. [nonché, piú in generale, ID., *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, (1989), poi in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 181 ss.] e P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 16 ss. Contrario alla logica proprietaria per giustificare la «disponibilità» degli embrioni conservati anche P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, cit., p. 865.

²⁴ Ricostruisce, con talune osservazioni critiche, tale posizione (riferendola a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, Milano, 1978, p. 163 s.) G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, pp. 268 ss. e 270 ss. (con attenzione alle differenze rispetto alla tesi ricostruttiva proposta da A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, 1982, p. 178 ss.). I campioni vengono «prelevati dal corpo di un soggetto per formare una nuova cosa mobile, che egli può occupare *ex art. 923 cod. civ.*, acquistandone la proprietà a titolo originario» anche per D. FARACE, *Riflessioni sullo statuto giuridico dei gameti umani*, in ID. (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 300.

²⁵ G. CRISCUOLI, *o.c.*, p. 272 ss. Non manca una linea ricostruttiva fondata sulla riconduzione delle parti distaccate alle opere dell'ingegno: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 52.

²⁶ Per una critica alla risoluzione del problema concernente il rapporto tra il corpo e le parti distaccate secondo lo schema proprietario M. TAMPONI, *Campioni biologici e atti di disposizione*, in D. FARACE (a cura di), *o.c.*, p. 207 ss.; S. DEPLANO, *Il campione biologico di un'identified person. Profili di sistema*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1/2022, spec. p. 50 ss. Ricostruisce, molto accuratamente, i limiti di ciascuna posizione riportata nel testo A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 62 ss.

²⁷ Mette bene in evidenza tale aspetto P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura di), *o.c.*, p. 187 ss. Osserva



parte del corpo da separare o separata *non è mai (o quasi mai) solo oggetto*, né può sempre essere oggetto di proprietà, ma è sempre, anche, luogo di identità», personale e genetica, «consegnata a quella cosa staccata da me: della quale non dirò più “io sono quello” – non farò identificazione – ma dirò io resto in quello»²⁸.

Abbandonato il ricorso al modello proprietario, una diversa lettura ricorre alla teorica dei diritti della personalità e delle relative tutele²⁹, rintracciando nel rapporto tra la persona e le sue parti distaccate una diretta espressione della personalità e dell'autodeterminazione del soggetto.

È stato, però, correttamente fatto notare che il fascino della «indistinzione» conduce ad un approccio generalizzante – il quale, a prescindere dal tipo di campione biologico, è sempre fedele al regime proprietario, oppure alla logica dell'appartenenza ovvero, ancora, a quella dei diritti della personalità – là dove, invece, le soluzioni e le tutele necessitano di essere vagliate in ragione della particolare tipologia di materiale biologico³⁰. In questa prospettiva, se è vero che, in generale, i campioni biologici

che la doppia dimensione, «materiale ed informazionale», è ormai una prospettiva ampiamente acquisita V. CAREDDA, «Solo il divino è totale nel sorso e nella briciola». *Spunti sistematici in tema di materiali e campioni biologici*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, p. 26, nota n. 1, ed *ivi* bibliografia citata. Cfr., inoltre, M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, p. 7.

²⁸ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 9, corsivi originali, il quale, nell'accogliere la categoria dell'appartenenza, nega che essa si esprima soltanto con il modello proprietario [v., inoltre, ID., *Principi e forme del “governo del corpo”*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Tratt. di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 99 ss.]. Con tale ricostruzione, tuttavia, «non si elimina» – come precisato, molto chiaramente, da A. NICOLUSSI, *I campioni biologici tra bioetica e biodiritto*, in D. FARACE (a cura di), *o.c.*, p. 154 – «quella oggettivazione del corpo che è alla base dello stesso rifiuto del modello proprietario, e si ripropone quel dualismo antropologico che separa artificialmente la mente dal corpo, l'io dalla sua vita materiale, la c.d. biografia dalla biologia». Cfr., inoltre, ID., *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, in L. PALAZZINI (a cura di), *Verso la salute perfetta. Enhancement tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2015, p. 115 ss.

²⁹ «Il problema» – scrive G. FERRANDO, *Introduzione. Biotecnologie e diritto*, cit., p. XVI – «è proprio questo: il paradigma tradizionale dei beni e del diritto di proprietà è quello più appropriato per individuare il rapporto tra la persona e i suoi elementi corporei, o non è preferibile adottare il paradigma dei diritti della personalità? La genetica ci ha mostrato come i campioni biologici contengono prima di tutto dati, informazioni che riguardano la persona sia come singolo, sia nell'ambito del più ampio gruppo biologico di cui fa parte. Questo pone problemi nuovi sia per quel che riguarda la natura dei diritti sugli elementi corporei sia per quel che riguarda le regole della loro circolazione». Sul tema, approfonditamente e con una ragionata analisi giurisprudenziale, G. GIAIMO, *Il corpo umano tra proprietà e autodeterminazione*, in *Riv. dir. comparati. Special Issue*, 2020, p. 48 ss.

³⁰ Supera ogni tentativo di generalizzazione V. CAREDDA, «Solo il divino è totale», cit., spec. pp. 29 e 31 ss., la quale pone in evidenza come, analogamente alle teorie che riconducono il



sono fonti di informazioni genetiche ed identitarie riguardo alla persona cui si riferiscono, è altresì certo che il gamete, «unico fra tutti i campioni biologici, [...] è in grado, unito ad altro gamete, di generare la vita umana»³¹, sí da incidere essenzialmente sulla sfera esistenziale della persona³², consentendo la realizzazione del progetto di genitorialità alla coppia che accede alla procreazione medicalmente assistita e rivelandosi un dono³³ per chi intende ricorrere alla procreazione eterologa.

La peculiare funzione riproduttiva e la valenza identitaria del gamete incidono sul potere di disposizione conformandolo, sí che gli atti – *inter vivos* o *mortis causa* – concernenti il relativo utilizzo devono porsi, come richiesto da indici normativi significativi³⁴, in funzione applicativa del solidarismo,



gamete sempre al modello proprietario, anche le impostazioni che, ad ogni costo, negano una separazione tra persona e ogni sua parte rischiano di determinare «una personificazione del frammento che inevitabilmente lo trasforma in feticcio». Richiama l'attenzione sulla incidenza della destinazione e dell'utilizzo V. CALDERAI, *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, in A. GAMBINO, C. PETRINI, G. RESTA (a cura di), *La ricerca sui materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Roma, 2018, p. 76 s. Contrario alla logica di definire in astratto la natura del campione biologico altresì S. DEPLANO, *Il campione biologico di unidentified person*, cit., p. 48 s.

³¹ D. FARACE, *Riflessioni sullo statuto giuridico dei gameti umani*, in Id. (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 292 [nonché, piú in generale, Id., *Campioni biologici (Diritto civile)*, in *Enciclopedia Italiana Treccani delle Scienze, lettere e arti*, IX Appendice, vol. I, Roma, 2015, p. 216].

³² Così anche L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, spec. p. 1618. Sul diritto a generare quale «proiezione della personalità umana» e sulla sua attinenza «al pieno sviluppo della persona umana e la stretta connessione con il diritto alla salute», A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss. e spec. p. 952.

³³ «L'uso del lemma "dono", inconsueto in ambito tecnico-giuridico, è proprio inteso a marcare lo scarto concettuale con il modello codicistico di donazione di cui all'art. 769 c.c., il quale com'è noto è storicamente radicato sui rapporti di tipo patrimoniale (Doni non patrimoniali)». Il principio che vieta di individuare nelle parti del proprio corpo una fonte di reddito, desumibile dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «è riferibile sia al profilo dell'appartenenza, in senso che i diritti sul corpo e sulle sue parti debbono essere ricostruiti [...] come strutturalmente privi di "contenuto attributivo" e di connotazione patrimoniale, sia al profilo della circolazione»: G. RESTA, *Contratto e diritti della personalità*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I, 1990, p. 303 (cfr., inoltre, Id., *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, p. 510 ss. e spec. 516 ss.). Sul tema cfr., inoltre, S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO e S. MAZZARESE, *Il principio di gratuità*, cit., p. 97 ss. (nonché Id., *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 179 ss.; M. CICORIA, *La l. n. 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. civ.*, 2013, 463 ss. (M. CICORIA, *La questione del dono nel diritto privato*, cit., *passim*).

³⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, al divieto di commercializzazione sancito dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004; all'art. 21, Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997; art. 28, comma 1, lett. b, Reg. (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del

del principio di gratuità³⁵ e delle norme imperative del vigente ordinamento, non potendosi configurare atti dispositivi dei gameti fondati sulla equiparazione ad un qualunque altro bene oggetto del diritto di proprietà.

4. Entro tali confini assiologicamente delimitati e in ragione della peculiare finalità riproduttiva che contraddistingue il gamete, non trova spazio una circolazione basata sugli automatismi del diritto successorio oppure su disposizioni testamentarie che ne sanciscano la trasmissione alla stregua di un bene mobile ovvero per la realizzazione di un progetto procreativo *post mortem*³⁶. Tali atti e la revoca del consenso alla distruzione dei gameti, prestato al momento della crioconservazione, devono considerarsi ammissibili non già se risultino preordinati all'utilizzo per una finalità – come quella riproduttiva *post mortem* – vietata dal nostro ordinamento, *ex art. 5, l. 40/2004*, bensì soltanto se diretti a perseguire gli scopi consentiti dalla legge³⁷, quali la donazione ad altra coppia per una

Consiglio, 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE.

³⁵ Anche prima della l. 40/2004, la gratuità dei gameti poteva desumersi dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo: cfr. G. RESTA, *La contrattualizzazione dei diritti della personalità*, Sez. I, *La disposizione dei diritti sul corpo*, in G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2006, p. 601; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in A. GALASSO e S. MAZZARESE, *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 287. Sul tema cfr., inoltre, D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 1998, p. 2; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 255; D. MESSINETTI, *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, pp. 1 ss., spec. 5; ID., *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 493 ss.; A. GALASSO, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 2001, p. 911 ss. Più in generale, sulla distinzione tra i concetti di onerosità e gratuità, indagati in funzione della causa, dei motivi e della complessa operazione giuridico-economica nella quale il negozio è inserito, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004.

³⁶ Secondo una prospettiva analoga, prima della l. 40/2004, P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, cit., p. 865, ove precisa: «conosco le osservazioni sul testamento; conosco il 587 c.c. e il contenuto atipico del testamento. In realtà si tratta di evitare l'ipotesi di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna».

³⁷ Così anche V. BARBA, *Campioni biologici e atto di ultima volontà*, in D. FARACE, *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, cit., p. 229: «sarei fermo nell'escludere la possibilità di disporre dei gameti (il caso del marito che autorizza per testamento la moglie a una inseminazione con i propri gameti *post mortem*) perché la disciplina espressamente prevede che le pratiche di inseminazione artificiale possono riguardare soltanto soggetti viventi. Quindi, se ho costituito gli embrioni quando entrambi i componenti della coppia sono in vita, allora dopo la morte del marito la moglie può chiedere l'impianto; viceversa se esistessero dei gameti crioconservati, l'uomo non potrebbe disporre con atto di ultima volontà di essi, perché essi siano utilizzati per una PMA» (v., tuttavia, ID., *Tecniche procreative, genitorialità e interesse*



fecondazione eterologa³⁸ oppure la destinazione *post mortem* alla ricerca scientifica, conformemente a quanto previsto dalla l. 10/2020³⁹ e purché



AN
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

del minore, in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA, *Diritto civile minorile*, cit., p. 154 s.). Analogamente, A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 527, secondo il quale «stante la inderogabilità del divieto di procreazione *post mortem*, nessun valore può avere – a tale fine – la manifestazione di volontà dell'uomo, neppure se espressa nella scheda testamentaria». Nella stessa direzione ID., *La capacità di succedere delle persone fisiche*, in *Tratt. dir. succ. e donazioni* diretto da Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 894 ss., ove si considera l'art. 12 cpv quale norma imperativa. Del pari, considera «del tutto inappagante formulare una soluzione considerando l'embrione o l'ovocita alla stregua di una cosa tra le altre di cui il *de cuius* può disporre» A. ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 244. Non così, invece, per E. GIUSTI, *Il lascito testamentario dei gameti. A will of gametes*, in *Riv. med. legale*, 2019, p. 1284, la quale, senza alcuna attenzione al principio di finalità che governa l'utilizzo dei gameti e sulla base della equiparazione tra cellule riproduttive e tessuti, giunge ad affermare che «come il soggetto può, prima di morire, disporre, attraverso una sua volontà, del lascito di organi e tessuti, allo stesso modo, considerando il gamete al pari di una cellula riproduttiva, che viene trattata secondo la disciplina prevista dai tessuti, potrà disporre dei suoi gameti, precedentemente prelevati e conservati, a favore del coniuge o convivente, in testamento». Inoltre, secondo l'autrice, «nel caso di disposizioni riguardanti il lascito di gameti non si rinviene un contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico, il codice o specifiche normative. Anche la legge sulla procreazione medicalmente assistita, la legge n. 40 del 2004 niente statuisce riguardo alla possibilità del lascito di gameti in testamento. Il fatto che la legge non ammetta attuazione della PMA dopo la morte di uno dei genitori biologici non esclude la rilevanza del lascito testamentario del gamete, potendo l'altro genitore recarsi all'estero per proseguire l'intervento». Cfr., inoltre, Corte d'appello della California, 17 giugno 1993, Hecht v. Kane, in *Dir. fam. pers.*, 1994, I, p. 576 ss. (con commento di G. GAIMO, *Biogenetica e nuove frontiere del diritto: brevi considerazioni in margine al caso Hecht v. Kane*) secondo la quale il soggetto ha sul proprio liquido seminale un diritto dominicale che gli consente di decidere in via testamentaria sulla sua destinazione *post mortem*. Prima della l. 40/2004, si pone il problema T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., p. 23, il quale considera ammissibile un'autorizzazione del marito all'utilizzo, dopo la morte, del proprio gamete per la fecondazione. Si poneva in questa direzione – come riportato da ID., *o.c.*, p. 23, nota n. 74 – l'art. 12, comma 1, della Proposta di legge Teodori.

³⁸ Per un'analisi della disciplina del consenso alla donazione di cellule riproduttive, S.P. PERRINO, *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico*, Torino, 2024, p. 46 s.

³⁹ Cfr. G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 843 ss. (ID., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1179 ss.); S. ZULLO, *Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020, p. 271 ss.; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni post mortem del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 475 ss.; S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2020, p. 255 ss. (cfr., inoltre, EAD., *La donazione di cellule riproduttive e l'indennità per spese e inconvenienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1308 ss.), ove si approfondiscono le distinte problematiche concernenti la destinazione alla ricerca (l. 10/2020) dei gameti abbandonati e non destinati a scopi

62

effettuata nel rispetto delle medesime forme previste per le disposizioni anticipate di trattamento.

Primaria importanza rivestono le ragioni e le finalità a sostegno della pretesa restitutoria del gamete nei riguardi della struttura sanitaria. Condivisibile, in questa direzione, quanto chiarito dalla giurisprudenza, là dove ha precisato che «una condotta ‘neutra’ come quella della restituzione dei gameti implica un potere dominicale pieno sui gameti invero insussistente, non essendo assimilabili ad un qualsiasi bene mobile». Sí che, «in un quadro normativo caratterizzato da un elevato grado di proceduralizzazione e di controllo, la finalità per cui la consegna dei gameti viene richiesta deve essere esplicitata, al fine di valutare il rispetto dei limiti e dei vincoli posti dalle norme imperative e la conformità alla destinazione indicata dall’interessato nell’atto di consenso informato»⁴⁰.

5. Un’analisi attenta all’elaborazione giurisprudenziale e ai divergenti orientamenti sulla trasmissione ereditaria del gamete consente di tracciare l’evoluzione del tema sul piano applicativo⁴¹.

In una prima pronuncia, il Tribunale di Roma⁴², chiamato a decidere se riconoscere il diritto alla restituzione dei gameti crioconservati ai genitori di un giovane deceduto, non attribuisce alcuna rilevanza allo scopo e alle motivazioni a fondamento della richiesta restitutoria del campione biologico. Nella fase cautelare, i ricorrenti precisavano «di volere indietro i gameti del figlio al solo scopo di averne un ricordo, e non già per usarli per una fecondazione artificiale»⁴³. Il giudice esclude che il diritto alla restituzione possa essere influenzato da un utilizzo per fini non consentiti, i quali, al piú, «saranno vietati quando e se posti in essere». Tale posizione è

procreativi e quella degli embrioni soprannumerari [su tale ultimo profilo, B. SALVATORE, *La sorte degli embrioni soprannumerari: il rilievo del valore persona e la irragionevolezza della conservazione sine die*, in questo fascicolo, nonché, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, spec. p. 716 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, t. I, Napoli, 2017, p. 827 ss.; R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, p. 421 ss.].

⁴⁰ Trib. Modena, 8 maggio 2020, cit., p. 18 s.

⁴¹ Ciò quanto meno in attesa della definizione di recenti vicende ancora pendenti dinanzi ai giudici di merito: si pensi alla questione pendente dinanzi ai giudici di Firenze: www.firenze.repubblica.it/cronaca/2024/02/01/news/firenze_battaglia_legale_sperma_congelato_compagno_morto-422025153/.

⁴² Trib. Roma, 28 giugno 2013, n. 14146, consultabile sulla banca dati *Foroplus.it*, sulla quale v. D. FARACE, *Proprietà dei gameti umani e successione mortis causa*, in *Nuovo dir. civ.*, 1/2016, p. 144 ss.

⁴³ Ciò è quanto si desume dalla motivazione di Trib. Roma, 28 giugno 2013, n. 14146, cit.



evidente, nella sua nitidezza, nel seguente passaggio motivazionale: «se ho diritto alla restituzione del pugnale appartenente a mio padre, non mi si può negare la successione ereditaria con l'argomento che potrei pugnolare qualcuno, argomento che varrà ad impedire l'uso della cosa e non già la sua successione ereditaria»⁴⁴. Su tali premesse, la domanda di restituzione del seme proveniente dai genitori è accolta in quanto «l'interesse dei genitori ad avere una reliquia del figlio è» – secondo la citata pronuncia – «certamente meritevole di tutela e contro la sua soddisfazione non si vede alcun interesse [...] rilevante della controparte»⁴⁵.

Diametralmente opposta la decisione di qualche anno più tardi del medesimo organo giudicante⁴⁶. La richiesta di restituzione – proveniente, questa volta, non dai genitori bensì dalla vedova dell'uomo al quale fu prelevato il materiale biologico – si fonda sulla interpretazione del testamento olografo del *de cuius*, poiché nella portata del suo tenore letterale la ricorrente scorge un chiaro indice della volontà dell'uomo di disporre in suo favore, là dove la disposizione testamentaria così disponeva: «A mia moglie va tutto, nulla escluso perché dovrà raggiungere il sogno della nostra vita, lei capirà».

A differenza della decisione precedente, nell'impianto motivazionale di tale sentenza, «oltre alla dimensione "materiale" del campione», rilevano «la sua attitudine informativa» e «soprattutto la sua attitudine riproduttiva», nonché la preordinazione a consentire una futura genitorialità. Ciò comporta – secondo la citata pronuncia – «che il profilo giuridico della sua circolazione non possa essere ricondotto *sic et simpliciter* al paradigma della proprietà, per cui non entra a far parte del patrimonio degli eredi in virtù delle regole proprie della successione *mortis causa*». Al contempo, «implica il fatto che una eventuale disposizione testamentaria di segno opposto non possa [...] superare il divieto posto dalla legge, né introdurre requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non previsti dalle norme vigenti»⁴⁷.

64

⁴⁴ Trib. Roma, 28 giugno 2013, n. 14146, cit.

⁴⁵ Trib. Roma, 28 giugno 2013, n. 14146, cit. Al contempo, la pronuncia riconduce i gameti alla categoria dei beni «extra commercium», sottoposti «ad una moderna forma di sacralizzazione» che ne esclude la relativa commerciabilità ma non già la titolarità di qualcuno. Condivisibili le osservazioni critiche di D. FARACE, *o.u.c.*, p. 163 s., il quale fa osservare che la pronuncia «parrebbe aver pretermesso la dimensione personale del titolare [...]. In altre parole, parrebbe aver ipotizzato una disciplina giuridica dei gameti troppo improntata sulla polarità della *res*, e troppo poco sulla *persona*».

⁴⁶ Trib. Roma, 19 novembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 692 ss.

⁴⁷ Trib. Roma, 19 novembre 2018, cit.



5.1. A metà tra l'orientamento del 2013, favorevole al riconoscimento del diritto degli eredi alla restituzione dei gameti, e quello del 2018, contrario alla trasmissibilità *mortis causa*, si pone la soluzione prospettata, soltanto qualche mese dopo, da una pronuncia del medesimo organo giudicante⁴⁸, la quale, se da un lato accoglie la prospettiva che consente al titolare dei gameti di disporre liberamente in via successoria con una manifestazione di volontà che revochi il consenso alla distruzione prima espresso, dall'altro esclude la possibilità di una circolazione secondo i meccanismi della successione legittima in quanto non fondata sulla volontà del titolare⁴⁹. Nel porre l'accento sulla centralità della volontà del *de cuius* espressa nella disposizione testamentaria, alcun rilievo assume la finalità per la quale il rilascio del campione biologico è richiesto, sí da affermare che, nel caso di specie, «non viene in autonomo rilievo [...] il possibile futuro uso che di tale materiale biologico la reclamante potrà fare»⁵⁰.

Oltre i confini degli oscillanti orientamenti del Tribunale di Roma, un sicuro riscontro della rilevanza conformativa della destinazione funzionale del gamete si rintraccia in una pronuncia del Tribunale di Modena⁵¹, la quale segna un mutamento di prospettiva significativo.

Il tenore della disposizione testamentaria del *de cuius*, ricostruito e riportato nella pronuncia in oggetto⁵², così statuiva: «In caso di eventuale mio decesso dispongo che non siano stati eliminati i miei spermatozoi congelati dovendo questi servire per la procreazione futura e fortemente voluta di un figlio con la mia amata X. Essendo questo da entrambi volu-

⁴⁸ Trib. Roma, 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1952, condivisa da Trib. Nola, 28 dicembre 2022, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1599 ss., con commento di L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*.

⁴⁹ Di fatti, secondo la pronuncia (Trib. Roma, 8 maggio 2019, cit.), «se può destare perplessità la trasmissibilità del diritto del depositante sui propri gameti per effetto degli automatismi tipici del diritto successorio [...] diverso appare il caso in cui il titolare abbia esplicitamente disposto in ordine alla loro destinazione *post mortem*». Riguardo alla natura del gamete, quale parte distaccata del corpo, e alle regole che disciplinano la sua circolazione, la citata decisione «non ravvisa un'insormontabile inconciliabilità logica tra diritto dominicale e diritto della personalità, ma ravvisa nel corpo (e nelle sue parti staccate) il territorio nel quale l'uno e l'altro s'incontrano e s'intrecciano in una relazione di reciproca contaminazione». Più nel dettaglio, secondo il percorso argomentativo della sentenza, il gamete, come oggetto del diritto della personalità, perde i caratteri della irrinunciabilità e della inalienabilità; visto, invece, in relazione al diritto di proprietà sul corpo e sulle sue parti distaccate, perde la caratteristica di piena e illimitata disponibilità.

⁵⁰ Al più, se tale problema verrà poi in rilievo, secondo la sentenza (Trib. Roma, 8 maggio 2019, cit.) occorrerà vagliare non soltanto i divieti legali ma anche l'assenza di motivazione e di indicazione di scopo a sostegno della volontà testamentaria espressa.

⁵¹ Trib. Modena, 8 maggio 2020, cit.

⁵² Trib. Modena, 8 maggio 2020, cit., punto 8.2 della motivazione in diritto.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

65



AN
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

66

to». La sentenza ha il merito di delineare, nell'ampia motivazione, i principi informatori della materia e di approfondire il tema giungendo ad un medesimo esito interpretativo a prescindere dalla distinzione tra una trasmissione ereditaria derivante dalla successione legittima e quella fondata su un atto dispositivo *mortis causa* del *de cuius* al quale i gameti erano stati precedentemente prelevati. Se da un lato, infatti, la circolazione fondata sull'automaticità del trasferimento a fondamento della successione legittima trascurerebbe la valenza identitaria e «darebbe esclusivo risalto alla materialità del campione senza tener conto della dimensione personale dei gameti», dall'altro, in presenza di una consapevole manifestazione di volontà del *de cuius*, occorrerebbe vagliare lo scopo sotteso alla richiesta restitutoria poiché «la 'finalità' conforma il potere di disposizione e di godimento» e la restituzione del gamete non può fondarsi su un diverso utilizzo, «quand'anche lecito, in assenza di un ulteriore e specifico consenso da parte dell'interessato trattandosi di fini diversi da quelli per cui i gameti sono stati crioconservati»⁵³. Del pari non può ammettersi – secondo la pronuncia – la restituzione agli eredi se la disposizione testamentaria si fonda su una finalità vietata dalla legge e tesa ad agevolare la procreazione dopo la morte dell'uomo utilizzando il campione prelevato precedentemente: «stante la nullità» – per violazione di norma imperativa oppure per motivo illecito determinante *ex art. 626 c.c.* – «della seconda manifestazione volitiva, rimane valido ed efficace il precedente consenso informato rilasciato dall'interessato con il quale disponeva la distruzione degli spermatozoi crioconservati in caso di decesso»⁵⁴.

Il percorso argomentativo della sentenza si rivela indicativo della presa d'atto, anche sul piano giurisprudenziale, dei limiti sottesi alle prospettive che giustificano la possibilità di una destinazione procreativa in via ereditaria sulla base di un presunto potere dominicale del *de cuius* sui propri gameti, attribuendo invece risalto – come appare opportuno – agli interessi che conformano il rapporto con il soggetto dal quale sono prelevati e alla valenza conformativa della connessa, peculiare, finalità riproduttiva.

6. Se questo è l'attuale contesto di riferimento, contraddistinto, sul piano giurisprudenziale, da orientamenti altalenanti e, sul fronte legislativo, dalla indicazione, *ex art. 5, l. 40/2004*, di precisi criteri di accesso alle tecniche riproduttive, permane il dubbio se il divieto di fecondazione *post mortem* possa essere superato alla luce di un'interpretazione evolutiva della legge n. 40/2004.

⁵³ Trib. Modena, 8 maggio 2020, cit., punto 7.2 della motivazione in diritto.

⁵⁴ Trib. Modena, 8 maggio 2020, cit., punto 8.2 della motivazione in diritto.

Il tema, ancora una volta, è stato posto all'attenzione della giurisprudenza. Di fatti, nell'ambito di una vicenda giudiziaria⁵⁵, una donna chiedeva l'accoglimento della propria domanda restitutoria dei gameti del marito deceduto alla luce di una interpretazione che «ten[esse] conto del superamento, attraverso le sentenze di annullamento della Consulta, di alcuni dei limiti alla p.m.a. originariamente dettati dalla l. n. 40/2004, dell'affermazione normativa e giurisprudenziale del diritto della donna all'impianto dell'embrione anche dopo la morte del *partner*, dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di trasferimento del diritto sui gameti per successione ereditaria e di riconoscimento del diritto del nascituro, all'esito di una pma *post mortem* praticata all'estero, all'attribuzione del nome del padre defunto oltre che, più in generale, della legittimazione della pma *post mortem* in un Paese prossimo». La sentenza, nel definire la vicenda, si discosta da tale proposta interpretativa e, dopo aver condiviso gli argomenti della parte appellata sulla inesistenza di un diritto costituzionale a procreare e sui limiti alla configurabilità di un diritto alla genitorialità, rigetta la domanda, sottolineando che, per il superamento di tale divieto, sarebbe necessaria una sentenza di annullamento della Corte costituzionale. Tuttavia, la manifesta infondatezza di un'esplicita eccezione di incostituzionalità del divieto, secondo la decisione, «sarebbe comunque desumibile dai precedenti pronunciamenti della Consulta e della Cedu in materia»⁵⁶.

La pronuncia sollecita talune suggestioni collegate a possibili scenari futuri derivanti, da un lato, da un eventuale superamento, in via legislativa, del divieto di fecondazione *post mortem* e, dall'altro, da talune innovazioni giurisprudenziali che potrebbero rimodulare i requisiti di accesso alle tecniche di procreazione assistita.

Sul primo versante, non può tacersi che l'attuale *trend* normativo si pone in linea con l'obiettivo di valorizzare l'autodeterminazione del soggetto. Testimonianze significative si rintracciano – per citare soltanto degli esempi – nella legge in materia di disposizioni del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* (l. 10/2020) e nelle norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (l. 219/2017). Il discorso, trasposto sul piano della specifica autodeterminazione procreativa, potrebbe condurre ad esiti – non dissimili rispetto a quelli di altri sistemi giuridici⁵⁷ – in base ai quali, in ragione di un preciso intervento del

⁵⁵ Ci si riferisce alla linea argomentativa sostenuta da una donna vedova al fine di corroborare la propria richiesta di restituzione dei gameti del marito deceduto: cfr. App. Roma, IV Sez. civ., 2 dicembre 2022, consultabile su *bdp.giustizia.it/login*.

⁵⁶ App. Roma, IV Sez. civ., 2 dicembre 2022.

⁵⁷ Cfr., in Spagna, l'art. 9, ley. n. 14/2006, sul quale v. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La*



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

67



legislatore e nel rispetto di rigorose condizioni, si consenta la fecondazione postuma sulla base dell'acquisizione di un preventivo consenso informato, reso in forma scritta dal soggetto e chiaro nella indicazione delle procedure e della paternità nei riguardi del nato. Allorquando si accedesse a tale scelta normativa, il potere di compiere atti di disposizione dei gameti risponderebbe a nuovi criteri informativi, maggiormente fondati sull'elemento volontaristico e sull'autodeterminazione del soggetto. Tuttavia, anche in tale mutato contesto, la volontà del soggetto non potrebbe prescindere dalla tutela del preminente interesse del nato⁵⁸, dall'incidenza del gamete su aspetti esistenziali della persona e dal superamento della riconduzione del gamete ad una *res* rientrante nel patrimonio del soggetto. A tal fine e per evitare che la volontà individuale si traduca in arbitrio, al legislatore spetterà il compito di prevedere limiti e puntuali condizioni per la destinazione riproduttiva *post mortem* dei gameti, nonché adeguate prescrizioni in tema di forma, validità del consenso dell'uomo, *status filiationis* e diritti successori del nato.

Sul secondo fronte, attento all'evoluzione giurisprudenziale, è opportuno osservare che è pendente dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 5, l. n. 40/2004⁵⁹, nella parte in cui prevede che possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita soltanto le coppie formate da persone maggiorenni di sesso diverso,

fecondazione post mortem nell'esperienza giuridica spagnola, in C. ALVIGGI, M.I. ROVETTO, B. SALVATORE, O. CLARIZIA, L. COPPO e J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva post mortem di embrioni e gameti crioconservati. L'esperienza giuridica italiana, francese e spagnola a confronto*, cit., p. 98 ss.; R.E. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita post mortem. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n. 17 bis, p. 577 ss. Si veda, inoltre, la disciplina portoghese, la quale consente di procedere alla fecondazione in vitro con i gameti prelevati e crioconservati del coniuge o convivente deceduto: cfr. www.parlamento.pt/Paginas/2021/abril/Inseminacao-post-mortem.aspx.

⁵⁸ «Rilevante è l'interesse del figlio e non soltanto l'interesse ad avere un figlio»: P. PERLINGIERI, *La tutela dell'embrione*, in Id., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 317.

⁵⁹ La questione è stata sollevata, recentemente, da Trib. Firenze, 11 settembre 2024, consultabile al link: www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2024/09/Tribunale-Ordinario-di-Firenze.pdf. Sul diniego di accesso a coppie dello stesso sesso, Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*. Sulla impossibilità di attribuire, in Italia, lo *status* di figlio riconosciuto anche alla madre c.d. d'intenzione, in ipotesi di nato a séguito del ricorso a tecniche praticate all'estero nell'ambito di una coppia formata da due donne, Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, sulle quali v. il puntuale lavoro di G. CHIAPPETTA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, consultabile sul sito www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia.

coniugate e conviventi, e non anche la donna non coniugata. Là dove la Corte scegliesse di pronunciarsi con una sentenza di accoglimento, la legge 40/2004 assumerebbe una rinnovata fisionomia, sempre più lontana dalla impostazione originaria, poggiando non più unicamente su finalità terapeutiche bensì anche sulla preordinazione ad assecondare il progetto di genitorialità della donna non sposata o convivente. Se ciò accadesse, il perdurante divieto *post mortem* potrebbe rivelarsi causa di evidenti incongruenze, posto che ad una donna vedova sarebbe consentito accedere alla procreazione assistita soltanto in ragione dell'utilizzo dei gameti di un donatore anonimo e non anche utilizzando quelli del proprio marito ormai defunto⁶⁰.

Entrambi gli scenari delineati – superamento, in via legislativa, del divieto di procreazione *post mortem* e, in via giurisprudenziale, dei limiti di accesso alle tecniche riproduttive – potrebbero condurre ad una parziale rimeditazione del tema in questa sede oggetto di analisi, in vista di scelte fondate sul maggiore rispetto dell'autodeterminazione in ambito procreativo nonché del diffondersi di molteplici modelli familiari i quali rappresentano il riflesso del mutamento dei costumi e dell'evoluzione sociale. Quanto tali scelte assecondino un desiderio di genitorialità oppure una pretesa alla genitorialità della coppia, a discapito dell'interesse del minore alla presenza di entrambe le figure genitoriali, e quanto, invece, sapranno realizzare un ragionevole contemperamento di tali esigenze sono valutazioni non attendibili se effettuate su un piano meramente astratto e alle quali soltanto il tempo potrà fornire risposte adeguate.

settembre 2024

ORIANA CLARIZIA

Abstract

Il lavoro approfondisce il tema concernente la sorte dei gameti crioconservati e non utilizzati nell'ambito di una fecondazione medicalmente assistita. A fronte di un quadro normativo non esaustivo, il nodo centrale dell'indagine ruota intor-

⁶⁰ Ciò è quanto accade in Francia: su tale divergenza M. RIZZUTI, *Procreazione postuma e diritti umani*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, spec. p. 1126, e L. COPPO, *La procreazione medicalmente assistita post mortem nell'esperienza giuridica francese*, in C. ALVIGGI, M.I. ROVETTO, B. SALVATORE, O. CLARIZIA, L. COPPO e J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva post mortem di embrioni e gameti crioconservati. L'esperienza giuridica italiana, francese e spagnola a confronto*, in *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, n. 20 bis, p. 91 ss. Sul tema G. PRÉVERAUD DE VAUMAS, *Parenthood standards underlying medically assisted reproduction regulation in France in the wake of 2021 Bioethics law*, in *BioLawJournal-Rivista di BioDiritto*, n. 2/2024, p. 197 ss.

A
N
N
A
L
IS
I
S
D
I
CS
/
2
0
2
4

69

no alla natura e alla funzione specifica del gamete e, conseguentemente, all'ammissibilità di una loro trasmissione ereditaria governata dagli automatismi della successione legittima oppure fondata su una successione testamentaria.

La peculiare finalità riproduttiva conferma il potere di disposizione dei gameti, evidenziando i limiti sottesi alle prospettive che giustificano la possibilità di una destinazione riproduttiva in via ereditaria sulla base di un presunto potere dominicale del *de cuius* sui propri gameti. Uno scenario normativo nel quale si accentui il potere di autodeterminazione del soggetto in ambito procreativo potrebbe condurre a nuovi criteri informativi alla luce dei quali rileggere il tema, non senza considerare le difficoltà che si rintracciano nel coniugare il desiderio dei genitori alla procreazione con la tutela del preminente interesse del minore alla doppia figura genitoriale.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

The paper examines the issue concerning the destiny of cryopreserved and unused gametes in the context of medically assisted fertilization. In the face of a non-exhaustive legal framework, the central question of the study focuses on the specific nature and function of gametes and, consequently, the admissibility of their inheritance transmission governed by the automatism of legitimate succession or based on testamentary succession. The particular reproductive purpose blends the power of disposition of gametes, highlighting the limits underlying perspectives that justify reproductive destination through inheritance based on an alleged dominant power of the *de cuius* over his gametes. A normative scenario in which the subject's power of self-determination in the procreative sphere is accentuated could lead to new informing criteria in the light of which to revisit the issue considering some of the difficulties in combining the parents' desire for procreation with the protection of the child's pre-eminent interest in dual parenthood.

70

La sorte degli embrioni soprannumerari: il rilievo del valore persona e la irragionevolezza della conservazione *sine die*

SOMMARIO: 1. Gli embrioni creati in soprannumero nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita. – 2. Il dibattito sullo “statuto” dell’embrione dai pareri del Comitato Nazionale di Bioetica alla legge n. 40 del 2004. – 3. La destinazione alla vita dell’embrione crioconservato nell’ipotesi di revoca del consenso e di trasferimento *post mortem*. – 4. La differenza tra gameti, embrioni impiantabili e non impiantabili nel cammino verso la nascita. – 5. Embrioni impiantabili e adozione per la nascita. – 6. Embrioni non impiantabili e ricerca scientifica.

1. Già prima dell’introduzione in Italia della normativa in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita, avvenuta con la legge del 19 febbraio 2004 n. 40, nella comunità scientifica era avvertito il problema relativo alla creazione e al destino degli embrioni prodotti in soprannumero rispetto a ciascun ciclo terapeutico e crioconservati¹. Si stimava, infatti, che essi fossero già alcune decine di migliaia e che fossero destinati ad aumentare atteso che le probabilità di successo della procedura, non oggettivamente valutabili in astratto, aumentano se ad aumentare è anche la quantità di embrioni prodotti.

Il legislatore, tuttavia, pur consapevole di tale questione² ha preferito non occuparsi direttamente degli embrioni residui³ lasciando la loro sorte nel limbo del congelamento *sine die* presso i centri di fecondazione assistita, intendendo proibire, a monte ed entro certi limiti, la creazione degli stessi.

¹ F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 95-96; G. VILLANACCI, *Il concepito nell’ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, p. 131, il quale riferisce di un numero molto elevato di embrioni crioconservati nei centri di fecondazione assistita. Quanto al dibattito giuridico nazionale e internazionale attorno al tema della fecondazione artificiale prima dell’introduzione della legge n. 40 del 2004, cfr. la ricostruzione offerta da ultimo da S.P. PERRINO, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani. Nel processo della vita nascente*, Pisa, 2023, p. 23 ss.

² Si vedano le disposizioni transitorie della l. n. 40 del 2004, art. 17, comma 2, ove è previsto l’obbligo per le strutture ed i centri autorizzati di trasmettere al Ministero della Salute l’indicazione numerica degli embrioni prodotti prima dell’entrata in vigore della legge al fine di stabilirne termini e modalità di conservazione.

³ La terminologia utilizzata vuole esclusivamente riferirsi alla possibilità di creazione per ciascun ciclo di fecondazione assistita di un numero di embrioni che non siano immediatamente trasferiti in utero e che, quindi, residuino dal ciclo in cui sono stati prodotti e siano crioconservati in attesa di un futuro utilizzo.



Come noto, infatti, nella sua impostazione originaria, la legge prevedeva l'impossibilità di produrre un numero di embrioni superiore a tre e la necessità di un unico e contemporaneo impianto per tutti gli embrioni prodotti, nonché il divieto di crioconservazione degli embrioni stessi⁴. In questa cornice, nelle intenzioni del legislatore non dovevano residuare spazi per la creazione di embrioni soprannumerari e per la loro possibile crioconservazione⁵.

La norma, nella sua formulazione iniziale, era quindi tesa a garantire in maniera assoluta la possibilità di sviluppo dell'embrione solo attraverso la possibilità della gravidanza, impedendo totalmente la creazione di embrioni non impiantabili immediatamente⁶.

A soli pochi anni dall'introduzione normativa, le sentenze n. 151 del 2009, n. 96 del 2015 e n. 229 del 2015 della Corte costituzionale hanno sostanzialmente riscritto l'iter procedurale e garantito, nel pieno rispetto del diritto alla salute della donna e della coppia, la possibilità di crioconservare embrioni⁷. Questi interventi hanno modificato radicalmente la

⁴ Si veda l'art. 14 della l. n. 40 del 2004 nella sua formulazione precedente a Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 475 ss., con nota di R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette ed indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della legge n. 40/04*.

⁵ Cfr. l'art 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004, ove si ammetteva la possibilità di crioconservazione esclusivamente nell'ipotesi in cui il trasferimento in utero non risultasse possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione.

In riferimento al problema della sorte degli embrioni soprannumerari si vedano le riflessioni di R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, p. 421 ss.; G. GIAIMO, *Cui prodest servare? Due ipotesi di destinazione per gli embrioni crioconservati*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 254 ss.; F. DI LELLA, *Identità e destino degli embrioni soprannumerari. Ipotesi de iure condendo*, in *EJPLT*, 2022, p. 84 ss.; I. BARONE, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, in *Jus civile*, 2021, p. 1443 ss.; R. LANDI, *L'incerto destino degli embrioni soprannumerari*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907; F. MEOLA, *Sugli embrioni "sospesi"*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2023, p. 279 ss.

⁶ Parla di tutela forte I. BARONE, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, cit., p. 1466, sottolineando come la norma si impegnava a garantire l'effettività del generale divieto di crioconservazione riducendo al minor numero possibile gli embrioni creati *in vitro*.

⁷ Con la sentenza della Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit., il giudice delle leggi ha eliminato il limite previsto originariamente di tre embrioni e la necessità di un unico e contemporaneo trasferimento in utero degli embrioni prodotti, con ciò sostanzialmente ammettendo la crioconservazione degli embrioni soprannumerari; con la sentenza Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2250 ss., con nota di G. CASABURI, *La Corte costituzionale allarga (con qualche ambiguità) l'accesso alla procreazione medicalmente assistita*, la Corte ha consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, con la conseguente legittimazione della diagnosi genetica preimpianto e la crioconservazione; con la sentenza Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2106 ss., con nota di L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconserva-*



disciplina normativa alla luce del dettato costituzionale, mostrando una diversa prospettiva attraverso cui indagare i diritti e gli interessi coinvolti dalle tecniche di p.m.a. La possibilità di crioconservazione deve essere, ad oggi, prevista tutte le volte in cui essa sia necessaria alla tutela della salute della donna e della coppia⁸.

Peraltro, il Legislatore del 2004 non ha previsto una disciplina per la sorte degli embrioni non trasferiti e congelati né per quelli già crioconservati prima della legge né per quelli che, oggi, all'esito delle menzionate pronunce della Corte costituzionale e della prassi medico-scientifica, vedono una esponenziale crescita numerica. Di recente è la stessa Corte costituzionale ad affermare che appare nei fatti rovesciato «il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004»⁹, essendo la prassi divenuta la crioconservazione – e con essa anche la possibilità di creare embrioni non portati a nascita – e l'eccezione l'uso di tecniche di impianto “a fresco”.

Tale situazione impone in maniera sempre più stringente l'adozione di scelte legislative ovvero di ricostruzioni ermeneutiche che superino la irragionevole crioconservazione *sine die* cui sono oggi destinati gli embrioni residui o non reclamati¹⁰.

Il lavoro si propone di analizzare le possibili soluzioni circa il destino degli embrioni che sono conservati presso i centri di fecondazione assistita in azoto liquido alla luce della legislazione vigente e, soprattutto, dei principi e valori espressi nella nostra Costituzione.

zione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto, la Corte ha abrogato il divieto di crioconservazione consentendo la condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche.

⁸ Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit., ove la Corte ebbe modo di precisare che il divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre potrebbe comportare la necessità di sottoporre nuovamente la donna a cicli di stimolazione ormonale con conseguenti rischi per la sua salute qualora l'insuccesso della procedura dipendesse dalle caratteristiche dell'embrione ovvero dalle condizioni soggettive della donna. Parimenti, l'obbligo di impiantare tutti gli embrioni prodotti avrebbe potuto determinare gravi rischi per la salute della donna e del/dei feti, data l'alta probabilità di gravidanze bi o plurigemellari.

⁹ Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, in *Foro it.*, 2023, c. 2331, con nota di richiami di G. Casaburi.

¹⁰ Cfr. Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40 del 2004 del novembre 2023 ove si dà conto del rapporto tra embrioni trasferiti e crioconservati, reperibile al sito salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3380_allegato.pdf.

La Relazione riporta le attività compiute dallo staff del Registro Nazionale della procreazione medicalmente assistita, il quale tra gli altri compiti, si occupa del censimento degli embrioni crioconservati, dichiarati in stato di abbandono (d.m. 4 agosto 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

73

2. Il dibattito sullo “statuto” dell’embrione e sull’inizio della vita¹¹ sia da un punto di vista scientifico che, per ciò che qui interessa, da un punto di vista giuridico è molto ampio anche alla luce delle differenti impostazioni di ordine filosofico ed etico¹².

Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) ebbe modo di occuparsi del tema in un primo parere del 1994, nel quale ha dichiarato di non aver raggiunto un accordo sulla definizione morale delle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo, di fecondazione extracorporea e di crio-conservazione degli embrioni umani¹³.



¹¹ Il dibattito sul punto è vastissimo sia prima che successivamente l’introduzione della l. n. 40 del 2004. Si veda senza nessuna pretesa di esaustività G. OPPO, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 499 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela dell’embrione*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 309 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 75 ss.; P. ZATTI, *Quale statuto per l’embrione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 437 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 157 ss.; G. BISCONTINI e L. RUGGIERI (a cura di), *La tutela dell’embrione*, Napoli, 2002; F.D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 533 ss.; ID., *Embryo, mon amour*, in AA.VV., *Studi in onore di Lipari*, I, Milano, 2008, p. 239 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell’embrione, tra libertà, responsabilità, divieti*, in *Sociol. dir.*, 2004, p. 19; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell’embrione*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di) *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, p. 423; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l’inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 247 ss.; P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003; R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari*, cit., p. 1554; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 1 ss.; S.P. PERRINO, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani*, cit., p. 105; A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, p. 148 ss.

¹² E. SEVERINO, *Sull’embrione*, Milano, 2005, ed ora Padova, 2015. In termini più generali rispetto alla trasformazione biotecnologica nel rapporto tra persona e cosa si veda R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, 2014; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 467 ss., ed ora in ID., *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, 2017, p. 189 ss.

¹³ Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Parere del C.N.B. sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni*, 17 giugno 1994, *Tutela dell’embrione umano*, p. 9, reperibile al sito bioetica.governo.it/media/1911/p16_1994_tecniche-procreazione-assistita_it.pdf. In particolare, il CNB aveva insistito sulle differenti posizioni riscontrate in ordine all’inizio della vita umana registrando che, secondo una prima impostazione, l’embrione umano dovesse essere equiparato alla persona umana sin dal concepimento e che dal momento in cui lo sviluppo cellulare fosse iniziato, egli abbia il diritto di essere posto nelle migliori condizioni perché lo stesso continui. Per una diversa impostazione emersa all’interno dell’autorevole consesso, l’embrione umano andrebbe tutelato non nel modo pieno riservato alla persona pur giustificandosi una tutela rigida. Ancora, una terza ricostruzione proponeva una impostazione simile a quella definita nel Regno Unito favorevole ad una differenziazione tra embrioni pre-impiantatori (nei primi quattordici giorni di sviluppo) ed embrioni impiantatori. Ci si riferisce al rapporto Warnock che ha fornito la base per la elaborazione nel Regno Unito dello *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990. Il rapporto è riportato in M. WARNOCK, *A question of life*, Whitstable, 1985, ed in *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 1278.

Successivamente, in un secondo parere del 1996, il CNB ha più diffusamente affrontato il tema, riconoscendo «il dovere morale di trattare l'embrione umano, fin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone» [...] «ovvero l'appartenenza alla specie umana»¹⁴.

Non è questa la sede per una compiuta ricostruzione delle questioni etiche e filosofiche sottese a quelle giuridiche¹⁵, tuttavia, nonostante le diverse prospettive, non è possibile negare che l'embrione debba essere riconosciuto come titolare di una dignità propria, in relazione alla potenzialità di vita che esprime, che deve trovare riconoscimento. L'art. 31, comma 2, cost. impone espressamente la «protezione della maternità» e, più in generale, l'art. 2 cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito¹⁶.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha più volte rimarcato l'assenza di un consenso europeo sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita umana, con ciò riconoscendo un ampio margine di apprezzamento agli Stati nello stabilire la disciplina giuridica¹⁷.

Dal punto di vista normativo l'ampio dibattito in parte evidenziato attraverso i pareri del CNB ha indotto il Legislatore italiano a non pre-

¹⁴ Sul punto per le opposte visioni filosofiche espresse in seno al Comitato si rinvia al parere CNB, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, reperibile al sito bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf.

¹⁵ Sulle diverse impostazioni filosofiche che hanno influenzato le legislazioni di diversi paesi si vedano le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Embryo, mon amour*, cit., p. 243 ss., il quale contrappone l'impostazione dei codici civili latinoamericani, favorevoli ad uno statuto giuridico dell'individuo dal concepimento, all'impostazione assegnata tradizionalmente all'art. 1 del codice civile italiano che identifica lo statuto giuridico dell'individuo con l'acquisto della capacità giuridica e quindi con la nascita. Allo stesso modo come nell'impostazione nordamericana è il «super-principio bioetico di *autonomy* che identifica le persone “in senso stretto” con gli individui in grado di essere *self-legislating*». L'A. sottolinea come «sullo sfondo si annida, a ben vedere, l'ambiguità sottesa nella qualità di persona in senso pieno, che viene negata all'embrione».

¹⁶ Cfr. Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *onelegale.it*. Ritiene la Corte che la tutela del concepito – che già viene in rilievo in rilievo in diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – abbia fondamento costituzionale. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Embryo, mon amour*, cit., p. 249; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1554 ss. Sulla sovrapposizione tra i termini concepito ed embrione può crearsi ambiguità in quanto il prodotto del concepimento o embrione può tanto esistere nell'utero materno perché prodotto attraverso un concepimento naturale tanto trovarsi al di fuori del corpo femminile perché prodotto nell'ambito di tecniche di fecondazione assistita.

¹⁷ Cfr. Corte edu, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1238 ss.; Corte edu, Grande camera, 27 agosto 2015, n. 46470, *Parrillo c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 453 ss.



vedere disposizioni generali in tema di inizio della vita umana ma di affrontare il tema nell'ambito della disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La legge n. 40 del 2004, come noto, all'art. 1 stabilisce che la disciplina in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita è tesa ad «assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». La formulazione della legge, pur nella sua linearità, non ha, tuttavia, mancato di sollevare questioni interpretative legate alla soggettività del concepito¹⁸.

La giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di sottolineare come la tutela del concepito abbia copertura costituzionale¹⁹ sottolineando che «l'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico», rimarcando come occorra salvaguardarne la dignità anche in caso di presenza di malformazioni²⁰, pur essendo la sua tutela, non «assoluta ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze della procreazione»²¹.

¹⁸ In argomento N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 517 ss.; F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, p. 245 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 185 ss.; G. BALLARANI, *Nascituro (soggettività del)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, diretta da E. Sgreccia e G. Tarantini, IX, Napoli, 2015, p. 136 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 168 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, cit., p. 149 ss.; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 457 ss.; C. CASINI, *La capacità giuridica del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 282 ss.; G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, *ivi*, 2018, p. 653 ss.; M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, *ivi*, 2018, p. 620 ss.; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, cit., p. 247 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione*, cit., p. 1554 ss.

Riconosce la soggettività giuridica in favore del concepito Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Dir. fam. pers.*, p. 1159 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»*; sia consentito il rinvio a B. SALVATORE, *Violazione del consenso informato e diritto al risarcimento per danni anteriori alla nascita*, in *Dir. giur.*, 2009, p. 449 ss.; Cfr. I. BARONE, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, cit., p. 1445, ove l'A. sottolinea che la qualificazione del concepito come soggetto giuridico non può infatti ritenersi di per sé dirimente al fine di risolvere il quesito se il concepito sia o non sia persona, non potendosi in alcun modo ritenere quest'ultimo preliminare e decisivo poiché «non condiziona la verifica della rilevanza e neanche di una tutela riferita allo stesso concepito».

¹⁹ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit.

²⁰ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

²¹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.; Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit. La Corte costituzionale nel 1975 si esprime sul punto sottolineando, rispetto al reato di aborto, la prevalenza della tutela della madre, in quanto «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita



All'embrione, in quanto soggettività appartenente alla specie umana²², occorre riconoscere diritti e una protezione piena seppur nei limiti di un corretto bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti, che il nostro assetto costituzionale impone. La dignità dell'embrione, dal momento della sua formazione, necessita di essere protetta e confrontata per un verso con interessi e prerogative degli altri soggetti coinvolti nel percorso procreativo e per altro verso con principi e valori espressione del nostro ordinamento costituzionale²³.

Nel discorso intrapreso in merito allo statuto giuridico dell'embrione occorre piú attentamente indagare lo sviluppo embrionario e le sue potenzialità di nascita in relazione alla sua concreta condizione. L'embrione in stato di congelamento necessita, per poter avere una possibilità di crescita e, quindi, di vita, di un utero in cui essere trasferito. Senza questa ulteriore fase del procedimento procreativo l'embrione da sé non ha alcuna possibilità di sviluppo. Orbene, a meno di non voler immaginare un futuro in cui l'esistenza di macchine e tecnologie possano rendere artificiali ciò che un utero materno compie nella gestazione, la possibilità di vita dell'embrione, come osservato, è pur sempre condizionata dalla scelta della madre di portare avanti il progetto procreativo²⁴.

ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Monito seguito dal legislatore nel 1978 con l'introduzione della l. n. 78, recante la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, ove, nella prospettiva di «tutelare la vita umana fin dal suo inizio» (art. 1), si opera un bilanciamento tra la tutela della salute e della vita del concepito e la tutela della salute e della vita della donna.

²² Sul punto si veda la Convenzione dei diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 la quale nel Preambolo specifica che il fanciullo, in ragione della sua particolare condizione, è ritenuto bisognoso «di una protezione e di cure particolari, ivi compresa la protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita». Cfr. R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione*, cit., p. 1558. Cfr. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 2004, pp. 3 e 4; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, cit., p. 42 s; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, cit., p. 562; P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 109. Si vedano altresì i riferimenti contenuti in nota n. 18.

²³ Cfr. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giust. cost.*, 2013, p. 1424, la quale ha sottolineato che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Operare un bilanciamento tra interessi è funzionale alla tutela degli stessi, in quanto nessun interesse può ritenersi sempre ed in maniera assoluta prevalente. Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; Id., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 143 ss.

²⁴ La immedesimazione tra l'embrione e il corpo della madre che si instaura con la gravi-



Ciò non induce a negare tutela alla vita dell’embrione ma tale interesse costituzionalmente rilevante necessita di essere adeguatamente bilanciato con quelli che con esso possono entrare in conflitto.

3. Di recente l’interesse dell’embrione criocongelato allo sviluppo e alla possibilità di vita è stato riaffermato dalla giurisprudenza in due ipotesi particolarmente significative: la revoca del consenso al trasferimento in utero da parte dell’uomo e la trasferibilità dell’embrione dopo il decesso di quest’ultimo.

In merito alla prima ipotesi l’art 6, comma 3, della legge 40 prevede l’irrevocabilità del consenso della coppia dal momento della fecondazione dell’ovulo. La Corte costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale della norma anche nell’ipotesi in cui la richiesta di trasferimento dell’embrione criocongelato da parte della donna fosse intervenuta dopo un lungo lasso di tempo dal consenso prestato e pur in presenza dell’opposizione da parte dell’uomo. La pronuncia, pur nelle perplessità rilevate dalla dottrina²⁵, si mostra in linea con le impostazioni legislative laddove assegna prevalenza allo sviluppo embrionario verso la vita rispetto al cambiamento della volontà paterna, avvenuta a séguito della crisi familiare.

Le disposizioni normative sono interpretate nel senso di favorire la vita e sono poste a salvaguardia della dignità dell’embrione, portatore di un “principio di vita” (art. 2 cost.)²⁶. Dunque, non è irragionevole una compressione della libera autodeterminazione paterna per salvaguardare la possibilità di sviluppo e di vita dell’embrione²⁷. Tale interesse è preva-

danza impedisce che la tutela del primo possa avvenire senza una scelta volontaria della seconda. Sul punto Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, cit., e da ultimo Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit.

²⁵ Cfr. G. GIAIMO, *Il punto di non ritorno. La revocabilità del consenso all’impianto degli ovuli fecondati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 445 ss.; E. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, p. 1353; M. D’AMICO e B. LIBERALI, *La tutela della “corporalità” e dell’“investimento fisico ed emotivo femminili: una scelta davvero a tutela della donna?*, in *Nuova gir. civ. comm.*, 2023, p. 1348 ss. Sia consentito il riferimento a B. SALVATORE, *(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. succ. fam.*, Napoli, 2023, p. 999 ss.

²⁶ Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

²⁷ Secondo l’argomentare della Corte costituzionale, l’irrevocabilità del consenso paterno è considerata, inoltre, strumentale alla salvaguardia dell’integrità fisiopsichica della donna, la quale nel percorso procreativo ha sopportato in termini di sofferenze fisiche ed emotive un più profondo coinvolgimento rispetto all’uomo. L’irrevocabilità del consenso paterno sarebbe «quindi funzionale a salvaguardare l’integrità psicofisica della donna – coinvolta [...] in misura ben maggiore rispetto all’uomo – dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l’interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione. [...]». Le suddette ripercussioni sarebbero, peraltro, ancor più gravi, qualora, a causa dell’età (che già solo



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S

2
0
2
4

78

lente anche rispetto al cambiamento della situazione familiare della coppia e alla sopravvenuta separazione coniugale, in quanto questa non impedirà in ogni caso e sulla base del consenso precedentemente prestato – ancorché poi oggetto di revoca – l’instaurazione del legame genitoriale anche nei confronti del padre²⁸.

Anche in relazione alla seconda ipotesi la giurisprudenza, nonostante la previsione del divieto di fecondazione *post mortem*²⁹, previsto dagli artt. 4 e 12 della l. n. 40 del 2004, ha ritenuto che il decesso del marito non impedisca la possibilità di trasferimento in utero di embrioni crioconservati in precedenza da parte della coppia³⁰. Anche in questa ipotesi l’interesse del nato alla doppia figura genitoriale è stato considerato recessivo rispetto alla volontà materna di proseguire nel progetto genitoriale.

Del resto, le linee guida, attuative della l. n. 40, riproducendo sul punto le precedenti³¹, stabiliscono il diritto della donna di ottenere *sempre* il tra-

in relazione alla capacità di produrre gameti incide in misura ben maggiore rispetto all’uomo) o delle condizioni fisiche, alla donna – anche per effetto del tempo trascorso dalla crioconservazione dell’embrione “conteso” – non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di P.M.A., con una preclusione, a questo punto, assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione».

²⁸ Cfr. art. 8, l. n. 40 del 2004, che fonda il legame genitoriale sulla base della volontà espressa attraverso il consenso alla tecnica. Si veda G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, pp. 121 e 373 ss.; Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam e dir.*, 2020, p. 27 ss.

²⁹ La locuzione “fecondazione *post mortem*” fa riferimento all’impiego di tecniche di fecondazione assistita dopo il decesso del genitore la quale, tuttavia, riguarda diverse ipotesi che necessitano di distinzione. Occorre, infatti, differenziare il caso in cui il decesso intervenga dopo la fecondazione dell’ovulo, avvenuta in laboratorio, dalle ipotesi in cui al momento del decesso la fecondazione non sia ancora avvenuta. La Cassazione ha avuto modo di occuparsi dello *status* giuridico del figlio nato in Italia a séguito della pratica effettuata all’estero, conformemente alla *lex loci*. Cfr. Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., p. 27 ss., secondo la quale in tale ipotesi le considerazioni in ordine alla illegittimità della pratica in Italia «devono necessariamente arrestarsi difronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita per effetto di tale pratica occorre esclusivamente stabilire se ed in che termini possano trovare applicazione le norme in tema di riconoscimento del legame genitoriale in capo al padre premorto». «In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all’estero p.m.a. non disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l’applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all’esito di tale percorso».

³⁰ Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, 1999, c. 1653, con nota di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente ed un’opinione dissenziente*; Trib. Bologna 16 gennaio 2015, *Fam. e dir.*, 2015, p. 488, con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell’impianto post mortem di embrioni crioconservati* la quale ha ritenuto che la procedura di fecondazione assistita iniziata nel 1996 non fosse ancora conclusa e ha legittimato la donna ad ottenere il trasferimento in utero degli embrioni criocongelati.

³¹ Decreto del Ministero della salute 1° luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *salute.gov.it*.



sferimento in utero degli embrioni prodotti³². Inoltre, esse prevedono che oggetto di specifica informazione, necessaria e propedeutica all'espressione del consenso da parte della coppia, deve essere anche l'impossibilità di revoca dopo la fecondazione dell'ovulo e che «la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto ovvero sia cessato il loro rapporto»³³.

Di là da alcuni rilievi che possono avanzarsi a queste soluzioni ermeneutiche – che privilegiano, in modo non sempre espresso³⁴, il diritto dell'embrione che si trovi in stato di crioconservazione allo sviluppo verso la nascita, nel caso in cui la donna che ha consentito alla sua fecondazione lo reclaims³⁵ – entrambe queste ipotesi testimoniano ancora una volta il rilievo attribuito alla destinazione alla nascita come unica possibilità ammessa successivamente alla creazione dell'embrione. Ciò appare in linea con l'impostazione originaria della legge n. 40, la quale tuttavia, all'esito della profonda trasformazione subita ad opera delle pronunce della Corte costituzionale necessita di essere confrontata con la attuale sorte degli embrioni criocongelati che si trovano “sospesi”³⁶.

³² Il Decreto del Ministero della salute 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *salute.gov.it*, prevede che «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati. Tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri».

³³ Si veda il Decreto del Ministero della salute 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, cit., par. V. *Consenso informato*.

³⁴ Sia in caso di revoca del consenso paterno che in caso di fecondazione *post mortem* le soluzioni ermeneutiche si fondano soprattutto sul riconoscimento del diritto della donna di ottenere il trasferimento degli embrioni prodotti come esplicitazione del suo diritto alla salute. Cfr. Corte cost. n. 161 del 2023, cit.; M. D'AMICO e B. LIBERALI, *La tutela della “corporalità” e dell’“investimento fisico ed emotivo femminili: una scelta davvero a tutela della donna?*, cit., p. 1348 ss.; B. SALVATORE, *(Ir)revocabilità del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. succ. fam.*, cit., p. 999 ss.; Cfr. Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, cit.; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit., Cfr. A. D'ALOJA e P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, diretto da P. Zatti e S. Rodotà, Milano, 2011, p. 1353; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., III*, 2, Torino, 2007, p. 1051 ss.

Quanto ai possibili profili risarcitori legati alla distruzione di embrioni si veda I. PRISCO, *Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di chance procreativa. Profili risarcitori*, in questo fascicolo.

³⁵ Cfr. Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, cit., dove la Corte sottolinea che la fase del *trasfer* uterino richiede necessariamente sempre un nuovo consenso della donna (l. 219/2017) ed afferma che la tutela della dignità dell'embrione e il conseguente divieto di soppressione embrionaria non potrà comportare in ogni caso l'impianto coattivo nell'utero.

³⁶ L'espressione è di F. MEOLA, *Sugli embrioni “sospesi”*, cit., p. 279 ss.



4. Sulla base di queste premesse e nella volontà di offrire riconoscimento e tutela alla vita *fin dal suo inizio* in ossequio alla dignità che deve essere riconosciuta all'embrione, occorre adeguare la tutela alle sue concrete potenzialità di sviluppo³⁷.

Per far ciò può essere utile inizialmente differenziare la situazione giuridica dell'embrione rispetto alla condizione dei gameti maschile e femminile necessari per la fecondazione. Sul punto, seppur in relazione all'interpretazione della normativa in tema di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, si è espressa la Corte di Giustizia, la quale ha ricostruito la nozione di embrione proprio rispetto alla differenziazione con la condizione del gamete. La Corte, infatti, ritornando sul proprio precedente³⁸, ha chiarito che l'embrione, per definirsi tale, dovesse «necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano» con ciò evidenziandosi che per la sua qualificazione non bastava, seppur ai fini brevettuali, che un organismo possedesse la capacità di iniziare il processo di sviluppo di un essere umano, essendo sempre necessario la possibilità di portare questo sviluppo a termine, senza il necessario sussidio di ulteriori interventi tecnico-scientifici provenienti dall'esterno³⁹.

³⁷ R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari*, cit., p. 443, il quale ritiene che partendo dalla premessa assiologica che considera la natura umana dell'embrione occorre «distinguere la tutela della vita prenatale *in sé* – specie quando si traduce esclusivamente nel tenere “in vita” un principio – dalla tutela della vita dell'embrione per la nascita; la quale, quando confligge con altri valori e diritti costituzionalmente protetti, va salvaguardata “nella misura del possibile”, ovvero sicuramente fino a quel *limite* varcato il quale la tutela rischia di rivelarsi lesiva della stessa dignità». Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., p. 726, il quale sottolinea che «la pratica della crioconservazione *sine die* rischia di porre l'embrione in un limbo, con lesione della sua “dignità” risolvendosi, in altre parole, in una sorta di accanimento terapeutico, con sacrificio della vita che l'embrione già porta in sé».

³⁸ Corte giust., 18 ottobre 2011, c. 34/10, *Oliver Brustle c. Greenpeace*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 221 ss., che attribuisce la qualifica di embrione umano «anche all'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi. Anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, gli stessi, come emerge dalle osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte, per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo».

³⁹ Corte giust., Grande sez., 18 dicembre 2014, c. 364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 395, secondo la quale «l'articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44, deve essere interpretato nel senso che un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi non costituisce un “embrione umano”, ai sensi della suddetta disposizione, qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano» (punto 38). Sulla nozione



La sostanziale distinzione tra gamete⁴⁰ ed embrione è, per altro verso, sottolineata dalla stessa l. 40 del 2004 ove, differentemente dalla previsione in tema di embrione, si giustifica ed ammette la crioconservazione dei gameti anche con la finalità di preservazione della fertilità (art. 14, comma 7)⁴¹.

Senza poter in questa sede analizzare in chiave personalista ed in linea con l'assetto ordinamentale delineato con la Costituzione la qualificazione del rapporto tra l'individuo e le parti staccate del proprio corpo⁴² che sfugge ad una logica esclusivamente proprietaria⁴³, ciò che conta rilevare è la sostanziale distinzione tra la condizione del gamete e quella dell'embrione già formato. È solo a quest'ultimo che può, infatti, riconoscersi la possibilità di svilupparsi in individuo e, pertanto, sulla base della sua autonoma appartenenza alla specie umana, ribadire la necessità del rispetto della sua dignità⁴⁴.

La creazione dell'embrione segna, quindi, un punto di svolta nel per-

di embrione contenuta in entrambe le pronunce della Corte di giustizia si veda I. ZECCHINO, *La nozione di "embrione umano" nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss.

⁴⁰ Secondo l'impostazione dottrinale tradizionale O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, ed ora Napoli, 2023 p. 614, «si può, [...], senza alcun dubbio affermare che le parti distaccate (naturalmente o per necessità terapeutiche) dal corpo umano sono beni in senso giuridico, proprio in quanto è oramai pacifico in dottrina che queste, nel momento in cui acquistano autonomia fisica, divengono oggetto di un diritto di proprietà spettante al soggetto da cui si sono distaccate. Non vi è dubbio, quindi, che di tali "parti" del corpo il soggetto può disporre, in quanto titolare di un diritto di proprietà». In questa prospettiva si veda da ultimo la giurisprudenza penale la quale ha qualificato come *res mobile* gli ovuli prelevati dalla donna ai fini della configurazione del reato di rapina Cfr. Cass. Pen., 30 dicembre 2020, n. 37818, in *Dejure online*.

⁴¹ Quanto la pratica sia utile ma esponga ciò non di meno a delicati problemi interpretativi sia consentito il rinvio a C. ALVIGGI, M.Y. ROVETTO, B. SALVATORE, O. CLARIZIA, L. COPPO, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Dalle tecniche di preservazione della fertilità all'utilizzo con finalità riproduttiva post mortem di embrioni e gameti crioconservati*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis, 2024, p. 72 ss.

⁴² Senza alcuna pretesa di esaustività P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 193; Id., *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enc. Bioetica e scienza giur.*, III, Napoli, 2010, p. 340 ss.; G. RESTA, *La disposizione del corpo regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti, Tomo I, Milano, 2011, p. 805 ss.

⁴³ Si veda O. CLARIZIA, *Divieto di procreazione medicalmente assistita post mortem e trasmissione mortis causa dei gameti*, in questo fascicolo.

⁴⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2020, p. 1 ss.; P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 29 ss.; S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 ss.; G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, p. 259 ss.



AN
NA
LI

SI
SDI
C

S/
2
0
2
4

82

corso procreativo, poiché è da questo momento che la fusione dei gameti determina l'inizio di una nuova, possibile, vita che necessita di riconoscimento e tutela.

La distinzione appena operata induce, tuttavia, ad interrogarsi sulla condizione dell'embrione in relazione alla sua concreta capacità di svilupparsi in individuo⁴⁵. Se quindi, correttamente occorre riconoscere all'embrione – in quanto tale – la più ampia tutela per la nascita, essa deve necessariamente confrontarsi con la concreta condizione dello stesso affinché la sua stessa dignità non sia lesa da un congelamento *sine die*⁴⁶.

In altre parole, se l'embrione in quanto tale deve essere riconosciuto nella sua potenzialità di divenire uomo, indagare la misura di questa tutela, soprattutto in relazione alla tutela di altri interessi confliggenti, richiede necessariamente un confronto con la concreta condizione in cui si trova⁴⁷.

In linea con questa impostazione, le linee guida ministeriali emanate all'indomani dell'approvazione della legge n. 40⁴⁸ e il decreto del Ministero della salute del 4 agosto 2004, recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, operavano una distinzione in merito alla condizione dell'embrione crioconservato. Essi consideravano due diverse

⁴⁵ Da questa stessa prospettiva partono le riflessioni di R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?*, cit., p. 421 ss., il quale si chiede se «chiarito lo statuto giuridico di chi non è ancora nato, ci si domanda se sia ammesso differenziarne il trattamento giuridico in ragione della sua condizione “ambientale”, del suo stadio di sviluppo fisiologico, del suo essere destinato o meno a nascere».

⁴⁶ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., p. 726 s.; R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari*, cit., p. 443 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, p. 827 ss.

⁴⁷ Sul punto si vedano le riflessioni di P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione*, cit., p. 479, il quale avverte che non possono applicarsi all'uomo non nato tutte le regole che si applicano all'uomo nato; ID., *La tutela della vita prenatale*, cit., p. 149 ss., ove differenzia la situazione in cui versa l'embrione impiantato da quella in cui si trova l'embrione non impiantato, rispetto al quale «il diritto può ampiamente dispiegare la sua tutela senza incontrare lo schermo del corpo materno e l'ostacolo della giurisdizione che ciascuno di noi rivendica sul proprio corpo». In questa stessa prospettiva si veda R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?*, cit., p. 430, il quale sottolinea che «con riguardo alla vita prenatale occorre evidentemente differenziare la situazione in cui l'uomo non ancora nato è portato dal grembo di una donna, immedesimandosi in essa, da quello in cui si trova in un ambiente separato dal corpo di un'altra persona». In questa stessa prospettiva sebbene con approdi differenti da quelli prospettati nel testo I. BARONE, *Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari*, cit., p. 1448; M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., p. 622. G. FERRANDO, *Separazione dei coniugi*, cit., p. 651.

⁴⁸ Decreto ministero della salute 21 luglio 2004, *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *salute.gov.it*.



tipologie di embrioni: gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto e gli embrioni per i quali sia stato accertato “lo stato di abbandono”. Nella prima categoria, accanto agli embrioni crioconservati prima dell’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, erano ricompresi gli embrioni destinati a successivi trasferimenti, sia in caso di successo che di insuccesso del primo ciclo, mentre nella seconda categoria rientravano embrioni per i quali la coppia o avesse provveduto ad una rinuncia scritta al futuro impianto⁴⁹ ovvero fosse stata irrintracciabile per oltre un anno.

La distinzione non è confluita negli aggiornamenti delle linee guida dal 2015 fino alla attuale versione del 2024, la quale continua a non effettuare differenze in merito alla condizione degli embrioni crioconservati.

Tuttavia, la necessità di immaginare una soluzione anche interpretativa circa il destino degli embrioni soprannumerari induce a riflettere su una differente distinzione. È, infatti, possibile che nel corso del trattamento la coppia richieda l’effettuazione di un test genetico preimpianto avente la finalità di individuare malattie genetiche presenti nell’embrione e che si manifesterebbero nel corso della gravidanza. La Corte costituzionale ha avuto modo di dichiarare l’illegittimità della legge n. 40 nella parte in cui vietava la diagnosi preimpianto⁵⁰, conformemente alla condanna dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵¹, consentendo così l’accesso alla tecnica diagnostica anche a coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Pertanto, l’utilizzo della diagnosi genetica preimpianto per l’accerta-

⁴⁹ In merito a questo ultimo aspetto si vedano i rilievi critici espressi dalla Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di pma nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, reperibile al sito salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf, secondo cui l’irrevocabilità della rinuncia dovrebbe essere integrata da un elemento oggettivo, di carattere medico-scientifico, che giustifichi in termini di definitività il mancato impianto. L’irrevocabilità della rinuncia dovrebbe essere, ad avviso della commissione di studio, anzitutto, l’effetto di una valutazione condotta sulla base di rigorosi parametri medico-sanitari, in relazione ai quali la donna sia giudicata non più fisicamente idonea alla gravidanza, a causa dei pericoli che correrebbe la sua salute. La Commissione si esprime chiaramente in antitesi con la possibilità di rinuncia scritta da parte della madre quando sottolinea: «anzitutto la rinuncia, quando è meramente volontaria, contrasta con l’obbligo legale dell’impianto, e perciò sembra incoerente che l’ordinamento precluda la possibilità dell’adempimento (seppur tardivo) di un obbligo che esso stesso ha posto. Inoltre, negare la possibilità di una revoca di tale rinuncia contrasterebbe, da un lato, con un elementare principio di libertà e, dall’altro, con l’interesse dell’embrione all’impianto».

⁵⁰ Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, c. 2250 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 930 ss., con commento di G. FERRANDO, *Come d’autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto: battute finali della “riscrittura costituzionale” della L. 40/2004.*

⁵¹ Corte edu, 28 agosto 2012, *Costa Pavan v. Italia* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 66 ss.



mento dello stato di salute dell'embrione appare largamente utilizzato⁵². I test genetici, difatti, possono essere idonei ad evidenziare la presenza nell'embrione di mutazioni trasmesse da uno o entrambi i partner ovvero essi possono essere funzionali ad evidenziare una condizione di aneuploidia⁵³ nell'embrione autonoma e non dipendente dalla condizione dei genitori. Secondo le linee guida, la diagnosi preimpianto può essere raccomandata, infatti, dopo ripetuti fallimenti di impianto o in caso di età materna avanzata, per ridurre il rischio abortivo o l'instaurarsi di gravidanze evolutive ma cromosomicamente patologiche⁵⁴.

Ai sensi dell'art 14, comma 5, della legge n. 40, infatti, la coppia che effettua la tecnica è informata non solo del numero degli embrioni prodotti ma, qualora ne faccia richiesta, anche dello stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire.

Ciò comporta che a séguito dell'effettuazione del test, il medico, in accordo con la coppia, potrà scegliere di effettuare il trasferimento solo degli embrioni sani «non essendo configurabile una ipotesi di reato nella condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui essa sia finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b) della legge 22 maggio 1978, n. 194»⁵⁵.

Proprio al fine di garantire un adeguamento tra l'impostazione della legge n. 40 e le statuizioni della Corte costituzionale, le linee guida del 2024 operano una deroga parziale all'art. 6, comma 3, stabilendo che la revoca del consenso in caso di diagnosi genetica preimpianto possa avvenire fino al momento del *transfer*⁵⁶.

Pertanto, anche se il legislatore sembra aver abbandonato la distinzione tra embrioni in stato di abbandono ed embrioni destinati ad un futuro impianto, l'interpretazione della legge impone oggi di distinguere, per gli

⁵² Si veda la Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita - anno 2023, in salute.gov.it.

⁵³ Cfr. A. LEVI, *Aneuploidia* in *Enciclopedia della scienza e della tecnica*, 2008, in *treccani.it*, ove l'A. sottolinea che «si parla di aneuploidia sia nel caso di cromosomi mancanti (monosomia: un cromosoma invece di una coppia nella cellula fecondata) sia nel caso di cromosomi soprannumerari (trisomia: tre cromosomi invece di una coppia). Nella maggioranza dei casi l'aneuploidia è incompatibile con il corretto sviluppo embrionale e di conseguenza essa è una delle cause principali di aborti spontanei».

⁵⁴ Cfr. d.m. 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, cit.

⁵⁵ Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 229, cit.

⁵⁶ Si veda d.m. 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, cit., in particolare punto V.3 *Consenso informato*.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

85

embrioni sottoposti a diagnosi preimpianto, tra embrioni impiantabili ed embrioni non piú impiantabili. Per i primi, assieme agli embrioni crioconservati ma non bioptizzati per i quali può ancora immaginarsi uno sviluppo per la nascita, occorrerebbe *in primis* valutare se la coppia dai cui gameti si è formato l'embrione è interessata ad un impianto futuro. Per i secondi bisognerà valutare la sostenibilità di una conservazione senza alcuna possibilità di sviluppo futuro.

Sul punto, infatti, può osservarsi che la scelta della loro conservazione in azoto liquido per un tempo imprecisato non rappresenta una scelta sostenibile anche in termini organizzativi ed economici.

Alla tesi tradizionale che considera la scelta conservativa “legalmente inevitabile” – attesa la impossibilità di verificare la morte dell'embrione senza un suo scongelamento, al quale non potrebbe tuttavia seguire un successivo ricongelamento dati i possibili danni criogenici⁵⁷ – può replicarsi che embrioni per i quali sia stata accertata la presenza di alterazioni tali da comportare gravi danni alla salute del feto e della madre e che rendano impraticabile il successivo trasferimento in utero, non hanno piú alcuna reale possibilità di nascere in quanto «non hanno piú quella potenzialità di sviluppo, che è il presupposto del riconoscimento della “parità” con gli altri soggetti della procreazione di cui all'art. 1 della L. n.40/2004»⁵⁸.

Sembra maggiormente utile rintracciare uno spazio concettuale e giuridico nel quale si possa individuare un criterio che privilegi l'impossibilità di un futuro impianto attese le caratteristiche intrinseche ed accertate dell'embrione. Nella categoria cosí tratteggiata relativa alla non implanta-

⁵⁷ Cfr. Corte edu, Grande camera, 27 agosto 2015, n. 46470, *Parrillo c. Italia*, cit., la quale si riferisce a quanto stabilito dalla Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di pma nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, cit., la quale sottolinea che: «il divieto legale di soppressione degli embrioni induce a ritenere che la crioconservazione possa essere interrotta solo in due casi: quando si possa impiantare l'embrione scongelato nell'utero della madre o comunque di una donna disposta ad accoglierlo o quando sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la definitiva perdita di vitalità come organismo. Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la sua morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati. È da ritenere però che il progresso della ricerca scientifica consentirà di individuare criteri e metodologie per diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati: si arriverà cosí a superare l'attuale paradosso, legalmente inevitabile, di una crioconservazione che potrebbe non avere mai un termine».

⁵⁸ Si veda l'opinione dissenziente di A. Santosuosso e C.A. Redi espressa in seno alla Commissione di studio sugli embrioni criocongelati, 2009, cit.



bilità dovrebbero poi convenzionalmente farsi rientrare anche gli embrioni conservati da lunga data, tale da non lasciar immaginare una persistente vitalità, o con metodiche non appropriate che ne abbiano danneggiato lo sviluppo.

5. Sulla base della distinzione appena tracciata tra embrioni impiantabili ed embrioni non impiantabili occorre riflettere sul loro possibile destino in grado di rispettarne, per un verso, la dignità e che, per altro verso, possa ritenersi sostenibile.

Per la prima categoria di embrioni andrebbero previste procedure che, in linea con la l. 219 del 2017 recante Norme in tema di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, consentano un necessario rinnovo delle volontà della coppia.

In ossequio alla legge e alla *ratio* ad essa sottesa va sondata la volontà di proseguire nel progetto procreativo da parte della coppia che concorse a formarlo. Nel caso in cui la coppia, o la donna⁵⁹, non volesse o potesse proseguire l'*iter* terapeutico e stante la legittimità di una fecondazione eterologa⁶⁰, non si rinvengono ragioni ostative a che una differente coppia – invece di sottoporsi ad una doppia eterologa con l'utilizzo di gameti donati per entrambi i partner – possa procedere all'adozione di embrioni idonei al *trasfer*, già in stato di crioconservazione⁶¹.

⁵⁹ Come evidenziato nei paragrafi precedenti, benché le tecniche di procreazione medicalmente assistita siano disciplinate in Italia per favorire la soluzione di problemi riproduttivi della coppia (art. 5, comma 1) alla sola donna è sempre consentito di richiedere il trasferimento degli embrioni crioconservati (linee guida l. 40/2004). Sul punto si veda Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, la quale ha sottolineato che la finalità che pervade la disciplina in parola è esclusivamente quella terapeutica in quanto la p.m.a. è ammessa come «rimedio alla sterilità o infertilità umana della coppia avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile». In ossequio a questa *ratio* non può essere considerata e disciplinata allo stesso modo una infertilità definita all'opposto «fisiologica», in quanto frutto non di una patologia ma dell'impossibilità fisica per la coppia di procreare naturalmente, come avviene ad esempio per gli omosessuali o anche per una donna sola o per una coppia in età avanzata. Ma di recente si veda la questione di legittimità costituzionale in merito all'accesso alle tecniche da parte di una donna, sollevata dal Tribunale di Firenze, ord., 11 settembre 2024, reperibile al sito www.associazionelucacoscioni.it.

⁶⁰ Dal 2014 la Corte costituzionale ha legittimato il ricorso alla tecnica eterologa, dichiarandone illegittimo costituzionalmente il divieto contenuto nell'art. 4 della legge n. 40. Cfr. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *www.dejure.it*.

⁶¹ R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari*, cit., p. 445, il quale afferma che, in termini di principio, l'ammissibilità ordinamentale dell'adozione dell'embrione può essere affermata in via ermeneutica, ma per la sua attuazione si rende necessario l'intervento del legislatore.



La questione è stata oggetto di approfondimento in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica che, con un parere del 2005, ha considerato l'adozione un rimedio efficace alla tutela delle potenzialità di vita espresse dall'embrione in ossequio ai principi di solidarietà e responsabilità della procreazione⁶². Tuttavia, le sollecitazioni avanzate anche dalla dottrina non hanno indotto il Legislatore a prevedere una normativa specifica sul punto lasciando la questione nel vuoto normativo.

Come già osservato, merita di essere adeguatamente analizzato in tale ambito il ruolo della volontà della coppia da cui i gameti fecondati derivano. Infatti, ben potrebbe porsi il caso in cui la coppia decida consapevolmente di destinare i propri embrioni ad un progetto genitoriale altrui⁶³ attraverso l'adozione ovvero il caso, ben più frequente, di disinteresse della coppia agli embrioni residuali crioconservati.

Sul punto il CNB, nella consapevolezza della distinzione tra l'adozione del minore d'età e l'adozione dell'embrione criocongelato⁶⁴, rinvia ad una necessaria disciplina normativa che determini criteri rigorosi per l'accertamento dello stato di abbandono degli embrioni prevenendo ogni possibilità di commercializzazione e prevedendo adeguati criteri di riservatezza per tutta la procedura⁶⁵. La norma dovrebbe, infatti, necessaria-

⁶² CNB, *L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, 18 novembre 2005, reperibile al sito bioetica.governo.it/media/3110/p68_2005_adozione-embriani-apn_it.pdf. Cfr. D. CARUSI, *La donazione per la nascita dell'embrione soprannumerario*, in *Biodiritto*, 2012, p. 5 ss.; A. NICOLUSSI, *Verso l'adozione per la vita degli embrioni abbandonati?*, in *Atti del X Convegno nazionale di Scienza e Vita*, Roma, 23 novembre 2012, reperibile al sito scienzaevita.org/wp-content/uploads/2015/04/quaderno_131.pdf; F. CIAPPARONI (a cura di), *Discutendo intorno all'adozione del concepito*, Atti dell'incontro di studio, Roma 21 novembre 2019, reperibile al sito pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2022/01/Discutendo-intorno-alla-adozione-del-concepito.pdf.

Si veda la proposta di legge n. 2058 presentata il 12 gennaio 2009 recante *Disposizioni per consentire l'impianto degli embrioni abbandonati giacenti presso i centri italiani di procreazione medicalmente assistita*, nonché la proposta di legge n. 1838 presentata alla Camera dei deputati il 4 ottobre 2018, recante *Disposizioni in materia di adozione del concepito*.

⁶³ Cfr. D. CARUSI, *In vita, in vitro, in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 337 ss.

⁶⁴ Si veda il CNB, *L'adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, 18 novembre 2005, cit. ove testualmente «il minore adottato ha già subito il trauma dell'abbandono e del distacco dal suo naturale nucleo familiare, rimanendo, il più delle volte, affidato a qualche istituto o struttura pubblica. [...] Nella vicenda degli embrioni una riduzione di rischio di trauma è oggettivamente presente, perché si tratta non della fattispecie sopra descritta, bensì di un embrione che verrà portato a nascita nell'utero della madre che lo ha voluto».

⁶⁵ Il punto, tuttavia, dovrebbe tenere in considerazione la necessaria tutela della salute dell'embrione nonché il diritto a conoscere le proprie origini del bambino una volta nato. Sul punto si veda, O. CLARIZIA, *Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla*



mente prevedere se il silenzio dei genitori biologici possa o meno qualificarsi come un abbandono⁶⁶ e, in caso di risposta affermativa, in quali casi precisi, in considerazione dei rilevanti profili identitari del nato e specie in relazione ad embrioni crioconservati prima dell'eventuale previsione normativa.

Quanto poi alla concreta praticabilità dell'adozione per la nascita, occorre pur sempre rilevare come essa si scontri con la difficoltà di offrire adeguate *chance* di successo per la coppia adottante che avrebbe, altrimenti, la possibilità di effettuare un ciclo terapeutico «da materiale biologico fresco»⁶⁷.

6. La distinzione effettuata tra embrioni impiantabili ed embrioni non più idonei all'impianto solleva l'ulteriore questione che concerne la possibilità di utilizzo di questi ultimi ai fini di ricerca scientifica⁶⁸.

genitorialità, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1132 ss.; ID., *L'anonimato del donatore di gameti nella procreazione assistita eterologa*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, p. 509 ss.

⁶⁶ A. NICOLUSSI, *Verso l'adozione per la vita degli embrioni abbandonati?*, cit., p. 67 ss.; ID., *Si può umanizzare la procreazione medicalmente assistita?*, in AA.VV., *In margine al Sinodo 2014. Riflessioni in punto di diritto su matrimonio e famiglia*, Bari, 2014 p. 38.

In merito alla possibilità di procedere con l'adozione dell'embrione anche in assenza di consenso da parte della coppia da cui i gameti fecondati derivano si veda D. CARUSI, *In vita, in vitro, in potenza. Verso una donazione dell'embrione soprannumerario*, cit., p. 337 ss. Di contrario avviso chi ritiene che l'embrione non possa essere oggetto di atti di disposizione, non potendo essere considerato alla stregua di una proprietà di cui i genitori possano liberamente disporre, cfr. R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino*, cit., p. 445 ss.

Sul punto si veda la soluzione francese che all'art. L. 2141-4 del *Code de la santé publique*, comma 4, prevede che se uno dei due membri della coppia o la donna non sposata, consultati annualmente in almeno due occasioni, alle condizioni specificate da un decreto del Consiglio di Stato, non rispondono se mantengono o meno il loro progetto parentale, la conservazione degli embrioni viene interrotta se la durata della conservazione è almeno pari a cinque anni. Lo stesso vale in caso di disaccordo tra i membri della coppia sul mantenimento o meno del progetto parentale o sulla sorte degli embrioni.

⁶⁷ Si consideri la terapia ormonale a cui deve sottoporsi la donna prima della gravidanza per poter ricevere l'embrione che potrebbe essere inutile se l'embrione non sopravvivesse allo scongelamento.

⁶⁸ Cfr. L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in *federalismi.it*, 2015, p. 13 ss.; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 191, la quale rimarca la distinzione sottolineando come «vi è una fondamentale differenza tra gli embrioni selezionati a séguito di diagnosi genetica preimpianto e tutti gli altri non portati a nascita: i primi non potranno mai essere impiantati nell'utero della madre, giacché il loro trasferimento determinerebbe un grave pericolo per la salute della medesima; i secondi, invece, non sono assolutamente inidonei all'impianto». In merito alla necessità di imporre limiti alla scienza legati al rispetto della persona umana P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1988; ID., *questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit.; M.A. URCIUOLI, *Diagnosi e sperimentazioni sull'embrione umano: legittimità e limiti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 229 ss.



Se l'art. 9 della Costituzione tutela e promuove la cultura e la ricerca scientifica e tecnica, la quale in ambito medico si declina nella tutela della salute non solo individuale ma soprattutto collettiva (art. 32 cost.), l'art. 13 della legge n. 40 è chiaro nell'inibire qualsivoglia ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela e allo sviluppo dello stesso.

L'impostazione dalla legge n. 40 appare chiara ove, nel capo IV, rubricato misure di tutela dell'embrione, vieta qualsiasi sperimentazione su embrioni umani, la loro creazione a fini di ricerca, la selezione, manipolazione, nonché la clonazione e la formazione di ibridi o chimere. La impossibilità di intervenire sull'embrione incontra l'unico limite di interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche collegate alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso.

Appare chiaro come anche in queste disposizioni sia riaffermata la medesima *ratio*, riconoscendo che le possibilità offerte dalle nuove tecnologie siano ammissibili solo ed esclusivamente nei limiti in cui esse siano impiegate per consentire lo sviluppo dell'embrione verso la vita⁶⁹.

La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 c.d. Convenzione di Oviedo allo stesso modo vieta la creazione embrionaria per una finalità di ricerca. Tuttavia, prevede che, qualora la legislazione del singolo Stato ammetta la ricerca scientifica su embrioni soprannumerari, la legge debba in ogni caso assicurarne una protezione adeguata⁷⁰.

Come già rilevato il tema diviene quello di operare, secondo ragionevolezza, una adeguata protezione dell'embrione nel bilanciamento con altri e rilevanti interessi costituzionalmente rilevanti⁷¹.

La dottrina⁷² ha sottolineato come in tale evenienza la necessità di tu-

⁶⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 462 ss.

⁷⁰ Si veda la soluzione adottata in Francia all'art. L. 2114-4 del *Code de la santé publique*, come modificato dalla legge del 2 agosto 2021, n. 1017 che prevede la consultazione annuale della coppia o della donna i cui embrioni sono conservati, la quale può acconsentire che gli stessi siano accolti da un'altra coppia ovvero destinati alla ricerca scientifica a determinate condizioni fissate dalla legge ovvero che si termini la conservazione. Il consenso scritto viene confermato al termine di un periodo di riflessione di tre mesi. Con riferimento all'ordinamento spagnolo si veda la *Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, la quale al cap. III art. 11 prevede che i pre-embrioni crioconservati possono essere donati a fini riproduttivi o a fini di ricerca.

⁷¹ Cfr. Corte edu, Grande camera, 27 agosto 2015, n. 46470, *Parrillo c. Italia*, cit., in cui a Corte ha statuito che «la prospettata violazione dell'art. 8 della CEDU, sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica non trova copertura in quella disposizione, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e della identità della ricorrente medesima (“it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity”)».

⁷² A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 843 s.



telare la dignità dell'embrione dovrebbe essere bilanciata con la libertà di ricerca scientifica e la promozione della salute collettiva che rappresentano interessi costituzionalmente rilevanti alla luce dei quali occorre riconsiderare il destino degli embrioni soprannumerari. È stato rilevato come lo stesso interesse economico alla riduzione delle spese legate alla crioconservazione rappresenti un interesse con cui confrontare la conservazione di embrioni non impiantabili⁷³.

Il punto è stato altresì oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale la quale tuttavia ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40, dichiarando che solo il Legislatore «quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»⁷⁴.

La sentenza è stata da più parti criticata⁷⁵ laddove non ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13 della legge n. 40, sulla base della constatazione che a fronte della inevitabile conservazione degli embrioni per un tempo indefinito, la loro utilizzazione in prospettiva solidaristica a beneficio della collettività e delle generazioni future esprimerebbe un maggior rispetto della dignità dell'embrione stesso⁷⁶. Basti considerare che, sebbene non vi sia unanimità di consenso da parte degli scienziati in ordine al momento in cui possa presumersi una perdita di vitalità dell'embrione criocongelato, il loro destino in azoto liquido sarebbe inevitabilmente legato alla irreversibilità e all'inevitabile perdita delle caratteristiche intrinseche necessarie allo sviluppo⁷⁷.

⁷³ L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati ed abbandonati in séguito ad indagine genetica preimpianto*, cit., p. 2116.

⁷⁴ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84 in *Giust. cost.* 2016, p. 790 ss.

⁷⁵ C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 162 ss.; L. D'AVAK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2014, p. 134, il quale sottolinea che: «considerato che già esistono migliaia di embrioni crioconservati, la scelta si riduce fra due ragioni diverse di distruzione (la distruzione convenzionale per determinazione di una scadenza e la distruzione per ricerca) e non appare soluzione logica né eticamente giustificabile il divieto del loro utilizzo per fini che potrebbero consentire nuovi importanti avanzamenti nella conoscenza scientifica a beneficio futuro della salute dei nostri simili»; A. PATRONI GRIFFI, *Inizio vita e sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 848; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 175 ss.

⁷⁶ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., p. 726 s.

⁷⁷ A. RUGGERI, *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 - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 251.



Tuttavia, è stato rilevato, pur nella ragionevolezza della scelta solidaristica in funzione della salute collettiva in caso di oggettiva non impiantabilità, come non si possa arrivare a tale soluzione per via interpretativa essendo pur sempre necessario l'intervento del legislatore, al fine di individuare i presupposti che rendano disponibile l'embrione all'impiego solidaristico⁷⁸.

Secondo un indirizzo interpretativo⁷⁹ ulteriore argomento utile alla destinazione alla ricerca per gli embrioni non piú impiantabili deriverebbe dalla legge 10 febbraio 2020, n. 10, recante norme in materia di atti di disposizione del corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, formazione e ricerca scientifica. La tesi poggia sull'inquadramento non solo dei gameti ma anche degli embrioni quali cellule umane ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 191/1991 le quali possono, secondo l'art 3 della legge n. 10 del 2020, essere oggetto di disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.)⁸⁰, ex l. n. 219 del 2017, in favore della ricerca scientifica. Orbene, la soluzione in commento tenta di superare il divieto espresso dalla legge n. 40 all'art. 13, attraverso il richiamo alla distinzione tra embrioni in attesa di un futuro impianto ed embrioni in stato di abbandono per i quali doveva essere disposto un trasferimento alla Biobanca Nazionale creata presso l'Ospedale Maggiore di Milano⁸¹. Tuttavia, il decreto del 2004 non è stato mai attuato, la Bio-

⁷⁸ R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino*, cit., p. 450, il quale suggerisce che all'esito di una nuova questione di legittimità costituzionale, la Consulta potrebbe esprimersi con «una sentenza monitoria, di incostituzionalità accertata ma non dichiarata» come nel caso del fine vita. Cfr. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, cui poi è seguita Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *onelegale.it*.

⁷⁹ Ci si riferisce alla tesi sostenuta da S. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 259 ss.

⁸⁰ Secondo S. PERRINO, *o.c.*, p. 157, la definizione contenuta nel decreto n. 191 del 2007 «le cellule umane singole o un insieme di cellule umane non collegate da alcuna forma di tessuto connettivo» sarebbe una definizione «che ben si attaglia a quelle cellule che non hanno alcuna chance di essere collegate ad alcun tessuto connettivo, come i gameti non suscettibili di alcun impiego nella fecondazione umana».

⁸¹ Secondo S. PERRINO, *o.c.*, p. 158, la previsione della destinazione alla Biobanca Nazionale contenuta nel DM 4 agosto 2004 all'art 2, comma 2 secondo cui «Gli embrioni definiti in stato di abbandono sono, invece, trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita unicamente alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico Ospedale Maggiore di Milano, ove sarà attivato in maniera centralizzata un centro di crioconservazione degli embrioni stessi», legittima la possibilità di una loro destinazione ad attività di ricerca sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità (art. 2, l. 40 del 2004). In senso contrario si può appunto rilevare come la distinzione tra embrioni destinati ad un futuro impianto ed embrioni abbandonati sia stata abbandonata dal legislatore e come il trasferimento di questi ultimi alla Biobanca nazionale sia rimasto inattuato. Attualmente la crioconservazione di tutti gli embrioni non impiantati è a cura dei centri di procreazione medicalmente assistita dove sono state effettuate le tecniche. Sul punto si veda il d.m. 20 marzo 2024,



banca non è stata mai costituita e la distinzione, purtroppo, abbandonata. Inoltre, non sembra potersi operare una assimilazione ai fini dell'inquadramento nella nozione di cellule tra gamete ed embrione, considerata anche l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione (art. 6, comma 3, l. n. 40 del 2004) e la indisponibilità da parte della coppia del prodotto del concepimento. In ogni caso, la norma si riferisce ad atti disposizione del corpo che, contenuti in una d.a.t., avranno effetto al momento della morte accertata, ai sensi della legge 29 dicembre 1993 n. 578, del disponente, evenienza del tutto ipotetica ed eventuale nel caso di embrioni residui.

Ancora una volta è il CNB ad esprimersi sul punto al fine di offrire una soluzione al problema. In particolare, ci si sofferma sulla possibilità di accertare la morte dell'embrione, la c.d. morte organismica⁸², nei casi in cui pur restando vitali alcune sue cellule, l'embrione sarebbe morto come individualità biologica, ossia «avesse definitivamente perso la capacità di proseguire in maniera integrata, autoregolata e attraverso una progressiva differenziazione cellulare, il suo sviluppo».

La definizione è funzionale ad una equiparazione con la donazione di organi nel caso di morte cerebrale⁸³, al fine di rendere in base al principio di beneficenza e di solidarietà anche eticamente possibile la ricerca scientifica su embrioni. Sul punto, tuttavia, occorre sottolineare che accertare le condizioni fisiche dell'embrione, funzionali ad una "morte embrionaria", potrebbe costituire una *impasse* simile a quella attuale legata alla conservazione *sine die*, considerata la necessità dello scongelamento per qualsiasi indagine diagnostica specifica sull'embrione.

Nell'attesa di un consenso scientifico che possa definire un criterio convenzionale per dichiarare la non vitalità dell'embrione, basterebbe riflettere sulla circostanza che trattasi di embrioni già bioptizzati e per i quali non è possibile alcun trasferimento in utero. Ciò a causa di malformazioni o anomalie tali non solo da essere incompatibili con lo sviluppo e la nascita ma anche da ledere la salute della madre. Una tale irreversibilità della condizione di fatto già mostra l'impossibilità di sviluppo dell'embrione stesso di talché la sua conservazione, senza alcuna finalità o possibilità, appare oltremodo irragionevole.

Linee guida contenenti indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, cit., le quali recitano che «tutti gli embrioni non immediatamente trasferiti verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate e i relativi oneri sono a carico dei medesimi centri».

⁸² CNB, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in bioetica.governo.it/media/3121/p79_2007destino_embrioni_da_pma_it.pdf

⁸³ Cfr. l. 29 dicembre 1993, n. 578 e successivi decreti attuativi.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

93

Merita, quindi, sostanziale accoglimento la proposta ricostruttiva di illustre dottrina che, diversamente dall'accertamento della morte dell'embrione, propende per la considerazione della crioconservazione, in tali casi, come irragionevole ostinazione terapeutica⁸⁴.

Una interpretazione, che valuti con serietà la questione degli embrioni non impiantabili e crioconservati, che hanno definitivamente perso ogni possibilità di sviluppo, alla luce dell'art. 2 della legge n. 219 del 2017 rubricato *Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole e dignità nella fase finale della vita*, dovrebbe considerare la crioconservazione alla stregua di un trattamento inutile o sproporzionato. Ciò anche sulla base della constatazione che nella maggior parte dei casi l'accanimento clinico è dato dall'uso di tecnologie, spesso sofisticate⁸⁵ che, nell'ipotesi considerata, portano ad un prolungamento precario non della vita, non della possibilità di vita ma della stessa impossibilità di vita.

Tale tesi dovrebbe, tuttavia, superare per un verso le possibili obiezioni in merito alla considerazione della crioconservazione quale trattamento terapeutico⁸⁶ e per altro verso quelle relative alla eventualità che il progresso scientifico conduca a nuove e sicure possibilità di cura per le patologie sofferte dall'embrione, che consentano lo sviluppo dello stesso⁸⁷.

⁸⁴ In tal senso G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., p. 727.

⁸⁵ Si veda in tema il parere del CNB, *Accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti sui bambini piccoli con limitate aspettative di vita*, 2020, bioetica.governo.it, il quale sottolinea che accanto al termine «accanimento clinico», si associa anche quello di «accanimento tecnologico».

⁸⁶ Cfr. CNB, *Accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti sui bambini piccoli con limitate aspettative di vita*, cit., ove il Comitato preferisce la locuzione «accanimento clinico» al posto della più comune «accanimento terapeutico» in quanto una pratica se è definita come accanimento è molto difficile che possa essere considerata terapia. Con l'espressione accanimento clinico si vuole indicare «l'inizio di trattamenti che si presumono inefficaci o la prosecuzione di trattamenti divenuti di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo di cura della persona malata o di miglioramento della sua qualità di vita (intesa come benessere) o tali da arrecare al paziente ulteriori sofferenze e un prolungamento precario e penoso della vita senza ulteriori benefici».

Sul punto si veda il dibattito in merito ai trattamenti di sostegno vitale, quali l'alimentazione e l'idratazione artificiale precedenti alla emanazione della legge n. 219 del 2017 la quale espressamente li definisce trattamenti sanitari. Cfr. C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, Milano, 2011, p. 581 ss. La legge ha inteso privilegiare una definizione di trattamento sanitario in linea con le ricostruzioni medico scientifiche che poggiano sul dato obiettivo della effettuazione del trattamento da parte di medici specializzati all'interno di strutture sanitarie espressamente autorizzate. Sembra che tale argomento possa essere utilizzato anche per la crioconservazione.

⁸⁷ Il tema estremamente delicato riguarda la possibilità di intervenire sull'embrione modificando o correggendo il suo genoma. Si tratta di tecniche di *gene editing* volte a introdurre,



Allo stato attuale delle conoscenze scientifiche – anche volendo ritenere legittimi tali interventi correttivi delle aneuploidie, laddove accertati e sicuri, stante la ammissibilità *ex lege* n. 40, art. 13 comma 2 lett. *b*, di modificazioni o alterazioni del patrimonio genetico dell’embrione aventi finalità terapeutiche⁸⁸ – non sembra tuttavia che tale strada possa dirsi ancora concretamente percorribile⁸⁹ ed occorrerebbe pur sempre operare un bilanciamento tra la possibile finalità terapeutica ed il diritto dell’embrione all’identità genetica⁹⁰, anche in relazione ai diritti delle generazioni future⁹¹.

settembre 2024

BARBARA SALVATORE

A
N
N
A
L
IS
I
S
T
I
CS
/
2
0
2
4

95

modificare o sostituire una sequenza del DNA. Per i profili giuridici si veda da ultimo A. VILLELLA, *Editing genetico e sperimentazione sugli embrioni tra vecchi problemi e nuove questioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, p. 1023 ss.; S. BONOMELLI, *L’editing genetico germinale umano, tra problemi etici e questioni di governance*, Milano, 2023; F. FERRETTI, *Human enhancement e identità genetica dell’embrione*, in *EJPLT*, 2024, p. 1 ss.; S. BONELLI, *Gene Editing embrionale: il vaso di Pandora è stato scoperto? Riflessioni a margine del caso di Jiankui He*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 67 ss.; D. NERI, *Embryo editing: a proposito di una recente autorizzazione dell’HFEA*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 261 ss.

⁸⁸ In questa prospettiva A. VILLELLA, *Editing genetico e sperimentazione sugli embrioni tra vecchi problemi e nuove questioni*, cit., p. 1023 ss.

⁸⁹ L’accanimento clinico può anche sfociare in un “accanimento sperimentale”, quando non è scientificamente ed eticamente giustificata da adeguate e razionali ipotesi di ricerca, portate preventivamente all’attenzione della comunità scientifica e da essa riconosciute come legittime e valutate da comitati etici indipendenti. Si veda CNB, *Accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti sui bambini piccoli con limitate aspettative di vita*, cit.

⁹⁰ N. CONDITI, *Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, p. 251 ss., la quale distingue la finalità della manipolazione sottolineando come «difficilmente potrà trovare tutela negli ordinamenti oggetto della comparazione un eventuale diritto soggettivo a nascere con un patrimonio genetico non modificato, qualora l’alterazione genetica persegua un fine terapeutico», mentre quando «l’alterazione genetica non sia volta alla correzione dell’anomalia genetica responsabile della malattia indesiderata, ma all’alterazione di altra caratteristica del soggetto, a discrezione dei futuri genitori» essa deve essere considerata vietata, perché lesiva del diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato.

⁹¹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002. Il punto è estremamente delicato vista la trasmissibilità delle modifiche effettuate anche alle generazioni future. Si veda la Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 che all’art 13 stabilisce che interventi sul genoma umano possono essere effettuati per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche «solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti».

Abstract

Il lavoro si propone di analizzare alla luce del formante legislativo e del dibattito dottrinale il possibile destino degli embrioni soprannumerari. La sostanziale riscrittura della legge in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40 del 2004) operata dalla Corte costituzionale impone la verifica della perdurante ragionevolezza della scelta conservativa in luogo di un corretto bilanciamento tra il valore persona espresso da ogni singolo embrione e la concreta possibilità di nascita, proponendosi una differenziazione tra embrioni impiantabili ed embrioni non impiantabili. La distinzione appare funzionale ad immaginarne una possibile adozione per la nascita ovvero un utilizzo solidaristico a beneficio della salute collettiva.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

The aim of this work is to analyze the possible future of supernumerary embryos in the light of the Italian legal framework and the academic debate. The substantial rewriting of the law on medically assisted procreation techniques (law no. 40 of 2004) made by the Constitutional Court requires a more appropriate balance between the personal value expressed by each individual embryo and the concrete possibility of birth, proposing a distinction between implantable and non-implantable embryos. The purpose of the distinction is to imagine a possible adoption for birth or a solidaristic use for collective health.

Distruzione di gameti o di embrioni e perdita di *chance* procreativa. Profili risarcitori

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto al concepimento quale ‘diritto fondamentale’, ma non ‘tiranno’. Il necessario bilanciamento con altre situazioni giuridiche concorrenti. – 3. Il contratto di crioconservazione e la natura dei gameti. Aperture giurisprudenziali. Il distacco da logiche proprietarie e la valorizzazione degli interessi sottesi al rapporto. – 3.1. *Segue*. Il danno non patrimoniale da perdita di gameti. Imputabilità della perdita e clausole contrattuali che legittimano la distruzione. – 4. Il danno da perdita di embrioni. Rilievi preliminari. – 4.1. Il caso trattato dal Tribunale di Milano nel 2013. L’interesse leso in ipotesi di perdita di embrione *in vitro* e il danno concretamente risarcibile. – 5. Rilievi conclusivi. Scomposizione del processo procreativo e ‘nuovi’ interessi risarcibili. La tutela dell’aspettativa di genitorialità. Confronto con la diversa ipotesi del danno da morte del feto.

1. Uno studio, pubblicato nel 2017 sulla *Columbia Law Review*¹, sollecita la riflessione sugli strumenti di tutela attivabili in ipotesi di *reproductive negligence*. Il contesto normativo nel quale si pone tale scritto è differente rispetto al nostro, ma apre uno scorcio sui possibili danni connessi alle tecniche di PMA e, più in generale, all’agire medico in campo procreativo. Si discorre di *reproductive wrongs*, distinguendosi a seconda che essi concretizzino una *Procreation imposed*, una *Procreation deprived*, o una *Procreation confounded*, ed evidenziandosi i limiti di un approccio che trascuri di considerare l’aspirazione a realizzare un progetto di genitorialità, talvolta irrimediabilmente lesa. Le ipotesi inquadrabili nell’ambito dei *reproductive wrongs* sono molteplici e travalicano i confini delle procreazioni assistite. Del resto, la stessa ‘autonomia procreativa’ è variamente declinabile: in ‘positivo’, quale interesse a realizzare un progetto di genitorialità, anche attraverso il ricorso alle menzionate tecniche; in ‘negativo’, quale interesse a evitare una gravidanza e una seguente nascita (si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi di errori nell’intervento abortivo, di fallita sterilizzazione, di erronee diagnosi sul feto o sull’embrione preimpianto, dai quali derivi una nascita non voluta)².

¹ D. FOX, *Reproductive negligence*, in *Columbia Law Review*, 2017, vol. 117, p. 149 ss. V. anche ID., I. GLENN COHEN, E. Y ADASHI, *Losing Embryos, Finding Justice: Life, Liberty, and the Pursuit of Personhood*, in *Annals of Internal Medicine*, 2018, p. 800.

² Cfr. Cass., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 315, con nota di V. CITARELLA, *Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità*; in *Dir. fam.*, 2000,



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

97

Entro tale quadro l'analisi si incentra sulle ipotesi di perdita o danneggiamento di gameti o di embrioni.

Il frequente ricorso alla crioconservazione di gameti, la diffusione del *social freezing* e, dunque, la tendenza ad ammettere il ricorso a tali tecniche per preservare la fertilità, di là da problematiche di carattere medico³,

p. 1008, con nota di G. CASSANO, *La cicogna beffarda: brevi note in tema di responsabilità del medico per erroneo intervento di sterilizzazione*; in *Danno resp.*, 2000, p. 730, con nota di R. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensazione ed esigenze di deterrence*; G. FACCI, *Il danno da sterilizzazione non riuscita*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 155 s.; G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera «esistenziale»*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 106; A. FERRERO, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1598. Con specifico riferimento al caso del risarcimento per mancata interruzione di gravidanza, v. invece Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1995, con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione di gravidanza*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115, con nota di P. Zatti; nonché Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, sulla quale M. GORGONI, *Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 1034; D. CARUSI, *Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da «procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 343. In termini più ampi sul danno da nascita indesiderata, connesso anche a erronee od omesse diagnosi, v. inoltre; F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Famiglia*, 2005, p. 1009; V. GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno resp.*, 2007, p. 957; A. ARCERI, *I plurimi aspetti del danno da nascita indesiderata nella recente giurisprudenza*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 291. Anche per un'analisi comparativa sulla giurisprudenza straniera in tema, A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

³ Il processo di crioconservazione è incluso nella procedura di PMA. In questa direzione si richiama l'art. 14, comma 8, l. 40/2004, ove dispone che è «consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto», nonché, più incisivamente, le Linee-guida sulla PMA del 9 maggio 2004, che alla sezione VII dispongono che per «tecniche di PMA» si intendono «tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza», con la precisazione che questi procedimenti, che possono essere effettuati sia con gameti della coppia sia con gameti donati, includono anche «il processo di crioconservazione dei gameti e degli embrioni nel concetto di procreazione medicalmente assistita». Si registra, tuttavia, un progressivo distacco dall'idea secondo la quale la crioconservazione sia necessariamente funzionale a preservare la fertilità in ipotesi di patologie o concreti rischi incidenti sulla fertilità, là dove tali casi rappresentano oggi soltanto una parte del fenomeno, sempre più diffuso a prescindere da ragioni strettamente mediche. Tale consapevolezza si rintraccia anche in una recente pronuncia del Tar Lazio, ove si afferma che alla pratica della crioconservazione «chiunque può ricorrere, a proprie spese, in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo lo ritenga opportuno e, pertanto, indipendentemente dal ricorso nell'immediatezza alla fecondazione assistita; d'altronde è ben noto il fenomeno del cd. *social freezing* ossia della crioconservazione degli ovociti a scopo precauzionale, e quindi della terapia dell'infertilità futura, richiesta dalle donne che per motivi personali vogliono preservare la fertilità e ricercare una gravidanza più avanti nel tempo, quando possono subentrare delle difficoltà nel concepimento naturale per riduzione della fertilità; si parla, invece, di cd. *egg sharing* nel caso in cui la donna si sottopone al trattamento per sostenere una fecondazione in vitro di cui lei stessa beneficerà, donando



rendono di crescente attualità il tema della risarcibilità dei danni in ipotesi di colpevole distruzione dei medesimi: quale l'interesse leso e quale il danno concretamente risarcibile? Interrogativi che si pongono anche rispetto all'altra questione, concernente la lesione di embrione in attesa di impianto⁴, rispetto alla quale non può prescindersi dal dibattito, più ampio, sulla natura dell'embrione, nel quale si rinvengono voci quantomai distanti, che – sebbene in contesti a noi lontani – si spingono fino al punto di una assoluta parificazione dell'embrione *in vitro* al 'bambino'⁵, con inevitabili implicazioni anche per le vicende risarcitorie in esame⁶.

La giurisprudenza interna è ancora scarna. Pochi i casi nei quali le Corti sono state chiamate a decidere sul danno sofferto per perdita di gameti o di embrione⁷. Nondimeno, pur senza anticipare gli sviluppi che seguiranno, si ravvisa una tendenza a valorizzare l'interesse, l'aspettativa di genitorialità, disattendendo logiche proprietarie, ma evitando anche quella che appare una indebita sovrapposizione tra genitorialità (attuale) e interesse alla stessa.

esclusivamente gli ovociti in sovrannumero rispetto a quelli che utilizzerà per se stessa»: TAR Lazio, sez. III *quater*, 22 dicembre 2022, n. 17330, in *Dejure online*. Sulla questione dei limiti al ricorso al *social freezing* v. il Parere espresso dalla Commissione nazionale d'etica in materia di medicina umana n. 28 dell'11 maggio 2017, su *Social egg freezing - una riflessione etica*; nonché, da ult., A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, p. 93 ss. Per una riflessione di carattere etico, oltre i confini nazionali, v. A. BOROVECKI, P. TOZZO, N. CERRI, L. CAENAZZO, *Social egg freezing under public health perspective: Just a medical reality or a women's right? An ethical case analysis*, in *J Public Health Res.*, 2018.

⁴ Anche in tal caso, del resto, deve constatarsi – alla luce degli sviluppi avuti grazie ai ripetuti interventi della Corte costituzionale – il consolidarsi della 'prassi' della crioconservazione degli embrioni. In Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*, si legge: «il rapporto regola-eccezione relativo al divieto di crioconservazione originariamente impostato dalla legge n. 40 del 2004 si è, nei fatti, rovesciato: la prassi è divenuta quindi la crioconservazione – e con essa anche «la possibilità di creare embrioni non portati a nascita» (sentenza n. 84 del 2016) – e l'eccezione l'uso di tecniche di impianto "a fresco". Nonostante l'art. 14, comma 3, continui a prevedere la formula "da realizzare non appena possibile", si è così determinata la possibilità di una eventuale dissociazione temporale, anche significativa, tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero».

⁵ Alabama Supreme Court, 16 febbraio 2024, in *biodiritto.org*, con nota di commento di S. Sulmicelli.

⁶ P. GINOD and M.H. DAHAN, *Embryos as unborn children: the Alabama Supreme Court's ruling and its possible impact for legal rulings in other states*, in *National library of Medicine*, 2024, p. 130, in commento alla citata pronuncia della Corte Suprema dell'Alabama osservano: «Potential legal actions stemming from embryo loss, non implantation, or early pregnancy loss, common occurrences in the IVF process, now risk being construed as wrongful death or battery».

⁷ Ripercorre alcuni casi, soprattutto stranieri, di risarcimento per perdita di gameti o di embrioni C. SCOGNAMIGLIO, *Campioni biologici e profili di responsabilità civile*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, num. spec., 2016, p. 257 ss.



2. Le due ipotesi prese in considerazione pongono questioni diverse, sebbene per entrambe rilevi il riconoscimento del discusso ‘diritto al concepimento’, espressione – nella prospettiva seguita dalla Corte edu⁸ – dell’art. 8 CEDU, sul diritto al rispetto della propria vita privata e familiare⁹, nonché richiamato dalla Corte costituzionale tra i «fondamentali diritti della persona»¹⁰.

Il confronto con la disciplina della procreazione medicalmente assistita ne evidenzia il carattere non assoluto¹¹ e il suo essere in costante bilanciamento con altre situazioni giuridiche egualmente rilevanti¹². Basti,

⁸ Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 474; Corte edu, 1° aprile 2010, n. 57813/00, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 14, con nota di M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e convenzione europea dei diritti dell’uomo*. Nella giurisprudenza interna di merito cfr. Trib. Salerno, ord., 13 gennaio 2010, in *biodiritto.org*, sul ‘diritto al figlio’ quale diritto inviolabile ai sensi dell’art. 2 cost.; Trib. Milano 21 maggio 2013, in *Danno resp.*, 2014, 4, p. 422 ss., sul diritto al concepimento quale fondamentale estrinsecazione della personalità umana (su tale pronuncia v. più ampiamente *infra*); Trib. Roma, 14 gennaio 2014, in *osservatorioaic.it*, sulla necessità di garantire il diritto al concepimento (artificiale) al di là delle ipotesi di infertilità della coppia.

⁹ Tale diritto troverebbe, infatti, attuazione anche attraverso la realizzazione di un progetto di genitorialità Sul rapporto tra la procreazione assistita e il principio del rispetto della vita privata nella giurisprudenza della Corte europea, v. G. FERRANDO, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Atti del convegno di Roma, 30 maggio 2010, Padova, 2011, p. 20.

¹⁰ Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹ Basti qui il riferimento ai limiti soggettivi e oggettivi che delimitano il diritto di accedere alle pratiche in esame, alla fecondazione eterologa, al divieto di maternità surrogata, al trattamento degli embrioni sovranumerari (significativo, in particolare, il dibattito sul rapporto tra assunto diritto alla genitorialità e pratiche vietate dalla legge 40. Cfr. G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 403 ss.).

Sulla legge n. 40 del 2004, nella sua originaria formulazione, ma anche sulle criticità evidenziate nel tempo dalla dottrina v., *ex multis*, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita: bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Atti delle giornate di studio, Messina, 5-6 maggio 2016, Napoli, 2017; A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona: atti del Convegno di Roma, 30 maggio, 2010*, cit. Del resto, già all’indomani dell’entrata in vigore della l. n. 40, la dottrina aveva evidenziato criticità e prospettive di sviluppo. V., *ex multis*, D. CARUSI e S. CASTIGNONE, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull’embrione*, Atti del convegno di Genova (10 maggio 2010), Torino, 2011; L. D’AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un’occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam.*, 2004, p. 793 ss.; B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa, ivi*, 2005, p. 1379; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 517 ss.; G. BALDINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 350 ss.

¹² Cfr. A. D’ALOIA e P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, in *Trat-*



in questa prospettiva, osservarne i diversi ‘usi’ nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale: è invocato in tema di fecondazione *post mortem*¹³; è declinato come diritto al concepimento di un bimbo sano; è utilizzato a supporto delle spinte riformatrici della legge 40 del 2004 e, in particolare, a fondamento della richiesta di superamento dei limiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative¹⁴.

Tali ipotesi – citate esemplificativamente – mostrano in che termini la procreazione sia un «contenitore complesso, un crocevia di diritti e interessi, anche conflittuali, di principi e valutazioni oggettive, di “funzioni” e responsabilità, di doveri»¹⁵. Un «crocevia» che ben si evidenzia nel tessuto normativo della legge n. 40 del 2004, ma anche nei ripetuti arresti della giurisprudenza costituzionale e di quella di merito e di legittimità, impegnate, ormai da un ventennio, a ridisegnare la disciplina della procreazione medicalmente assistita, nella costante ricerca di un adeguato punto di equilibrio tra interessi diversi¹⁶.

D’altro canto, pur nel costante bilanciamento con altre situazioni giuridiche, l’interesse a realizzare un progetto di genitorialità trova indubbio riconoscimento nel vigente sistema ordinamentale. Ed è su tale base che poggia la successiva indagine relativa alle ipotesi nelle quali la condotta inadempiente della struttura tenuta alla crioconservazione o del medico

tato di biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 1342 s., ove si legge: il «diritto alla procreazione cosciente e responsabile è un “pezzo” importante di quel “pieno sviluppo della persona” che costituisce l’obiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione della promozione umana». Ciò, tuttavia, non può essere spinto al punto da assecondare un desiderio di genitorialità «“senza limiti”, da realizzare “ad ogni costo”, e non importa con quali strumenti». Legittimi risultano limiti sui tempi e sui modi della procreazione: il diritto alla procreazione, infatti, «deve confrontarsi ragionevolmente con altri diritti e interessi, non è una monade autoreferenziale, ma vive in una dimensione relazionale, di reciproco riconoscimento» (corsivo aggiunto). V. anche P. STANZIONE, *Linee d’ombra e tratti di (dis)continuità legislative: il “diritto” alla maternità tra aborto e procreazione medicalmente assistita*, in *Itinerari di diritto privato*, Salerno, 2007, p. 71 ss.

¹³ V. O. CLARIZIA, *Divieto di procreazione medicalmente assistita post mortem e trasmissione mortis causa dei gameti*, in questo fascicolo.

¹⁴ Da ult. v. l’ordinanza del Tribunale di Firenze, 4 settembre 2024, con la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 5, l. 40/2004, ove preclude l’accesso alla PMA per i *single*. L’ordinanza è pubblicata, per esteso, in *associazionelucacoscioni.it*.

¹⁵ A. D’ALLOIA e P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1341.

¹⁶ V. tra gli altri Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, entrambe in *cortecostituzionale.it*. I ripetuti interventi della Corte hanno condotto ad un «progressivo sgretolamento» del modello costruito nel 2004 dal legislatore italiano a séguito degli «interventi demolitori» della Corte costituzionale», sí che – si afferma – la stessa normativa non dovrebbe essere interpretata seguendo il canone ermeneutico della «intenzione del legislatore» (F.D. BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, cit., p. 30).



determini la distruzione di un ‘bene’ per sua natura funzionale a garantire la realizzazione del menzionato progetto.

3. L’interesse, di stampo esistenziale, alla procreazione caratterizza sul piano funzionale il contratto di crioconservazione di gameti o di ovociti come l’accordo medico-paziente per la procreazione assistita. Rapporti diversi, là dove il primo è sovente qualificato in termini di deposito¹⁷, sebbene non senza riserve¹⁸; diversamente dal secondo per il quale si discorre di contratto di prestazione d’opera professionale¹⁹. In ogni caso, l’inadempimento delle obbligazioni assunte può incidere – talvolta irrimediabilmente – sulla opportunità di realizzare un progetto di genitorialità.

I gameti crioconservati sono campioni biologici²⁰, porzioni della realtà materiale, ma non *res* in senso stretto. Essi sono espressione di un «diritto

¹⁷ Sulla qualifica in termini di deposito, da ult., A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, Napoli, 2024, spec. p. 132 ss., la quale tuttavia circoscrive detta qualifica all’ipotesi nella quale l’attività di crioconservazione sia indipendente dallo svolgimento di attività medico-sanitarie (p. 132), precisandosi, inoltre, che rispetto all’attività medica di prelievo del materiale da crioconservare, si configura un collegamento tra rapporti (p. 133). V. anche M. CICONI, T. MANGIULLI, G. MONTANARI VERGALLO, P. FRATI e G. BOLINO, *Profili medico-legali e giuridici circa due casi di scongelamento accidentale di ovociti ed embrioni crioconservati*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1054 ss., spec. § 4, ove si distingue a seconda che la conservazione risulti parte integrante del ciclo di trattamento da quella nella quale essa sia finalizzata ad una probabile e futura utilizzazione: nel primo caso la distruzione ‘colpevole’ determinerebbe inadempimento del contratto di prestazione d’opera professionale; diversamente dal secondo nel quale, invece, si concretizzerebbe inadempimento dell’obbligo di custodia che connota il contratto di deposito.

¹⁸ La tendenza a qualificare il contratto di crioconservazione alla stregua di un tipico contratto di deposito ha suscitato talune perplessità, posto che tale vincolo si caratterizza per l’obbligazione di custodire in vista della restituzione della *res*; diversamente dall’ipotesi in esame nella quale la ‘restituzione’ non soddisfa alcun interesse del titolare, il quale conserva non per ‘riavere’, ma per garantirsi un uso, eventuale, futuro, a fini procreativi. Sí che – si osserva: «appare preferibile ricondurre l’accordo di crioconservazione dei gameti non già allo schema del contratto di deposito, ma a una fattispecie negoziale atipica e complessa, assimilabile alle prestazioni professionali di carattere sanitario»; con la conseguenza che «la diligenza richiesta al debitore dovrà essere parametrata non già all’obbligo di restituzione della *res* depositata, ma al conseguimento del risultato cui il negozio tende e cioè al mantenimento della capacità procreativa» (L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1612 ss., § 4).

¹⁹ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 132.

²⁰ Sui gameti quali «campioni biologici», cfr. art. 6, lett. c, l. n. 89/2009; prov. Autorità garante per la protezione dei dati personali, 5 giugno 2019. In dottrina, cfr., D. FARACE, *Campioni biologici - Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, IX Appendice, t. 1, Roma, 2015, p. 215 ss.; G. NOVELLI e I. PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in AA.Vv., *Il governo del corpo*, t. 1, in *Trattato di biodiritto* Rodotà-Zatti, Milano, 2011, p. 1027 ss.; C. SARTEA, *Verso uno statuto biogiuridico dei campioni biologici umani. Premesse teoriche*, in D. FARACE (a cura di), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, cit., p. 113 ss.

to personalissimo alla propria identità non solo spirituale, ma altresì fisica, biologica e genetica»²¹. Ci «sono in essi messaggi genetici e straordinarie potenze di trasmissione d'umanità». Sí che «la riduzione del seme, dell'uovo e dell'embrione a “cose” qualsiasi non sembra [...] accettabile»²². I gameti, insuscettibili di circolazione a titolo oneroso, non hanno un valore di mercato, ma hanno uno specifico valore d'uso per il relativo titolare che mira, attraverso la crioconservazione, a preservare la possibilità di generare²³.

In questa prospettiva si pone una recente sentenza di merito che ricorda – per alcuni versi – una piú risalente e nota pronuncia della Corte di cassazione tedesca dei primi anni '90²⁴, oltre che altra giurisprudenza di merito che – sebbene a diversi fini – ha affrontato la questione della natura dei gameti²⁵.

La vicenda dalla quale originano le pronunce, del Tribunale interno e della Corte tedesca, è per alcuni versi analoga: una clinica distrugge i gameti crioconservati da un uomo in vista di una successiva, probabile, perdita della capacità procreativa. In entrambi i casi l'interessato agisce per

²¹ Trib. Nola, 28 dicembre 2022, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1612, con nota di L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit. (su tale pronuncia v. *infra*). Del resto, che i gameti non siano ‘cose’ trova diretta e indiretta conferma nella disciplina che, a vario titolo, li prende in considerazione. Il riferimento è al divieto di commercializzazione degli stessi e, piú in generale, al fatto che i medesimi non abbiano un valore ‘di scambio’. Cfr. art. 12, comma 6, l. 40/2004; art. 1, lett. n, d.m. 28 dicembre 2016, n. 265.

²² Cfr. U. SCARPELLI, *Il diritto d'autore biologico*, in ID., *Bioetica laica*, Milano, 1998, p. 116.

²³ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 141: «il desiderio di neutralizzare il rischio di perdita della fertilità [rappresenta] il substrato dell'operazione economica». Sulle ragioni che possono giustificare il ricorso a tale pratica v. TAR Lazio, sez. III *quater*, 22 dicembre 2022 n. 17330, cit.

²⁴ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, p. 154 ss.

²⁵ Come è stato osservato in una pronuncia del Trib. di Roma, 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1952, in tema di fecondazione *post mortem*, le parti staccate del corpo costituiscono il luogo in cui i diritti della personalità e il diritto di proprietà si incontrano e si contaminano reciprocamente: «“beni”, quindi, sí, ma di una specie affatto particolare. Non soltanto per la loro intrinseca “sacralità” (nell'accezione romanistica del termine), in quanto beni *extra commercium*, ma anche, e soprattutto, per il legame strettissimo che essi conservano con il corpo dal quale derivano, pur dopo la loro separazione da esso, in quanto: a) portatori di informazioni personali di carattere sanitario, biologico e genetico, riferibili alla persona a cui appartengono, e b) capaci di generare una nuova vita avente uno stretto legame biologico con tale persona, cioè un figlio biologico di essa».

Incisivamente P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in D. FARACE (a cura), *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umana*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016, p. 198, ove si legge «Il campione biologico non è giuridicamente riducibile a solo valore di scambio e nemmeno ad intangibile ipostasi assiologica; è un determinato fascio di usi entro uno spazio di conflitti, definito “oggetto” delle situazioni giuridiche in conflitto». V. altresì L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., p. 1612 ss.



domandare il risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti. Le conclusioni raggiunte sono diverse, ma è comune l'attenzione alla natura e alla funzione del bene andato distrutto, dalla definizione delle quali dipende la delimitazione del diritto al risarcimento dei danni.

Il Tribunale interno non accorda il risarcimento poiché ritiene la condotta della clinica in linea con quanto dedotto nel contratto di crioconservazione stipulato tra le parti²⁶. La domanda, dunque, è rigettata non per carenza di una lesione astrattamente risarcibile, ma perché, in concreto, difetta una condotta *contra jus*, ovvero sia un inadempimento, quale presupposto indefettibile del rimedio risarcitorio invocato. Tuttavia, in motivazione, il Giudice opera una riflessione sulla natura del bene 'distrutto': si tratta di parti distaccate del corpo, ma solo in senso lato di *res*. I gameti – nello specifico – «contengono dati personali sensibili, anzi informazioni genetiche, e [...] sono anche potenzialmente fertili; essi – in altri termini – sono strettamente inerenti (pur se separati) al corpo nella sua interezza e complessità; meglio ancora: sono componenti della persona umana nella sua unità fisica e psichica».

Più incisiva la posizione accolta dalla Corte tedesca che, diversamente, accorda il ristoro richiesto: «da una parte, lo sperma è separato dal corpo del soggetto di diritto in maniera irreversibile; dall'altra è destinato a realizzare una tipica funzione del corpo, quella della riproduzione. Anche se la conservazione dello sperma sostituisce la funzione riproduttiva, essa ha per l'integrità del soggetto di diritto e per la sua capacità personale di realizzazione e decisione la stessa importanza di un ovulo o di un'altra parte del corpo, protetti dai §§ 823 e 847 del BGB. Allo stesso modo dell'ovulo prelevato e destinato ad essere reimpiantato dopo una fecondazione artificiale, nel caso considerato lo sperma rappresenta l'unica possibilità che il soggetto di diritto ha di procreare e di trasmettere le proprie informazioni genetiche»²⁷. La Corte, dunque, riconosce il risarcimento del danno per la lesione al corpo, ancorché "distribuito" nello spazio.

In altri termini, le cellule riproduttive sono intese come parti del corpo, che, seppure distaccate, non divengono cose, ma continuano ad essere parti del medesimo. Sì che il corpo è inteso, unitariamente, comprendente anche entità collocate al di fuori di esso per consentire l'attuazione del diritto di all'autodeterminazione²⁸.

²⁶ Il materiale biologico veniva, infatti, distrutto sulla base di una clausola contrattuale che escludeva il rinnovo tacito del contratto, attribuendo alla clinica il diritto di distruggere il materiale in caso di irreperibilità dell'interessato. Sul punto v. *infra*.

²⁷ Bundesgerichtshof, 9 novembre 1993, in *Familienrecht*, 1994, p. 154 ss.

²⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2018.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

104

3.1. Le due pronunce offrono un angolo visuale nella definizione dell'*an* risarcitorio: la perdita del materiale genetico crioconservato è intesa quale lesione di un componente della persona umana funzionale a realizzare un procedimento procreativo²⁹. Risulta, dunque, valorizzata la connessione tra la persona e il gamete crioconservato: «la parte è distaccata, ma in senso funzionale o identitario non isolata»³⁰.

Il danno che, nella sua veste 'patrimoniale', potrebbe trovare compensazione nelle spese sostenute per la crioconservazione³¹, è soprattutto non patrimoniale.

Non è questa la sede per ripercorrere le evoluzioni che hanno riguardato il risarcimento del danno non patrimoniale: il progressivo abbattimento dei confini di operatività dell'art. 2059 c.c.³², il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento³³, ma, al contempo, la spinta

²⁹ Basti pensare a tutti quei casi nei quali la crioconservazione avvenga in previsione di una futura incapacità procreativa, per ipotesi connessa ad una diagnosi avversa o alla necessità di intraprendere cure suscettibili di determinare detta incapacità.

³⁰ P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 117.

³¹ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 140.

³² Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. V. i commenti di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 511 ss.; A. PALMIERI, *In tema di danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 121 ss.; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, *ivi*, c. 128 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, *ivi*, c. 134 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss.; EAD., *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, p. 729. Per alcune riflessioni sugli effetti di tale pronuncia sulla giurisprudenza successiva: G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2020, p. 103 ss.; ID., *Risarcimento del danno alla persona: san martino 2019 si allontana da san martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, *ivi*, 2020, p. 65; P. STANZIONE, *Il danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze di S. Martino*, in *www.comparazione.diritto.civile.it*. Nella giurisprudenza successiva, *ex multis*, v. Cass., 29 novembre 2023, n. 33276, in *Dejure online*; Cass., 17 maggio 2024, n. 13786, in *Guida dir.*, 2024, p. 34.

³³ Il «danno non patrimoniale, quando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento». Ciò «senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni». (Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.). Sul punto, cfr. M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, p. 734; F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1159 ss.; A.M. BENEDETTI, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazioni sul danno morale dal contratto*, *ivi*, 2009, p. 1055 ss.; C. CICERO, *Inadempimento contrattuale e danno non patrimoniale. Verso il tramonto del danno esistenziale, all'alba del nuovo danno morale*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 16 ss.; M. GAZZARRA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2009, p. 279 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto. Le apparenti asimmetrie*, *ivi*, 2009, p.



contenitiva realizzata attraverso l'abbandono di duplicazioni risarcitorie (a favore del principio dell'unitarietà del danno alla persona³⁴) e l'irrisarcibilità dei danni c.dd. bagatellari³⁵. Tuttavia, procedendo lungo le direttrici tracciate dalla giurisprudenza è possibile enucleare i profili di rilievo del danno alla persona in ipotesi di distruzione o lesione di gameti, imputabili ad inadempimento della parte tenuta alla loro conservazione. L'inadempimento – si osserva – è profilabile ogni qual volta quest'ultima non possa dimostrare di aver tenuto una condotta conforme alla diligenza professionale richiesta³⁶, nella consapevolezza che la prestazione in oggetto non si esaurisce nella «semplice collocazione del bene nella criobanca», ma ne comporta «la preservazione mediante monitoraggio costante sul buon funzionamento delle apparecchiature, nonché sull'idoneità delle sostanze utilizzate a garantire la lunga permanenza a basse temperature»³⁷.

374 ss.; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 707 ss.; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento ed i diritti inviolabili*, *ivi*, 2010, p. 479 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, *ivi*, 2010, p. 720 ss.; M. FRANCISSETTI BROLIN, *Il danno non patrimoniale contrattuale: il modello tedesco e quello italiano*, in *Contr. e impr. eur.*, 2010, p. 421 ss.; C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Milano, 2011, p. 302 ss.; L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*.

³⁴ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. Tale principio si pone in coerenza con l'idea, sostenuta da una parte della dottrina già in epoca risalente, sulla unitarietà del valore-persona: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183. V. anche ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 354, ove a partire dalla citata pronuncia del 2008, si osserva: «Unitarietà del danno, onnicomprensività dello stesso, relativizzazione del regolamento contrattuale secondo “la causa concreta del negozio”, “di là del modello, anche tipico, adoperato”, confermano la lungimiranza della adeguata valorizzazione dell'interesse non patrimoniale anche in tema di rapporti obbligatori (art. 1174 c.c.)». Nella giurisprudenza più recente sull'unitarietà del danno alla persona: Cass., 17 maggio 2024, n. 13786, cit.

³⁵ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

³⁶ Tra gli argomenti addotti da una parte della dottrina in critica alla qualifica del contratto di crioconservazione quale contratto di deposito anche quello secondo il quale detta qualifica condurrebbe a valutare la diligenza del depositario in coerenza con il fine ultimo del contratto di deposito, ovvero sia la restituzione del bene. Diversamente, propendendo per l'atipicità ne uscirebbe valorizzata la funzione procreativa sottesa alla conservazione e, pertanto, la stessa diligenza potrebbe essere coerentemente concretizzata (L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., p. 1612 ss., § 4). Pur condividendosi un approccio teso a esaltare la funzione del contratto in esame, deve rilevarsi che anche la dottrina che propende per il deposito opportunamente ricostruisce gli obblighi di diligenza del depositario in stretta correlazione al bene oggetto di deposito e, dunque, allo scopo sotteso al vincolo. Cfr. A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 133 s.

³⁷ A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 134. Nel giudizio di responsabilità acquistano decisivo rilievo le norme che regolamentano le modalità di conservazione e preservazione dei materiali biologici. V. Linee guida, emanate con d.m. 20 marzo 2024, contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medical-



Più complessa risulta, invece, la valutazione della condotta assunta qualora la distruzione del materiale genetico sia realizzata – non per incuria nella conservazione, ma – sulla base di una clausola contrattuale che definisca le ipotesi nelle quali essa sia consentita. Il citato caso del Tribunale di Nola offre un esempio in tal senso, ma, in linea generale, è frequente che nei contratti di crioconservazione siano inserite clausole con le quali, ad esempio, si disponga il rinnovo automatico, annuale, della crioconservazione, con la precisazione che, in caso di mancato pagamento della quota entro un dato tempo, la struttura sia automaticamente autorizzata alla distruzione; o ancora, sono comuni clausole che prevedono *ab origine* termini finali o che legano la conservazione al raggiungimento di una determinata età. Clausole siffatte mirano a soddisfare l'interesse della struttura incaricata, circoscrivendo l'impegno di crioconservazione in relazione ad un tempo definito o comunque al compiuto adempimento delle prestazioni a carico del titolare del materiale genetico.

In tali ipotesi, anche assumendo che la distruzione sia effettivamente avvenuta in conformità con quanto prestabilito, non si esclude il preliminare vaglio di meritevolezza della pattuizione³⁸ e di legittima esecuzione della clausola considerata, in conformità al principio di solidarietà che connota i rapporti negoziali (artt. 2 cost. e 1375 c.c.)³⁹, in debita considerazione dell'interesse non patrimoniale che caratterizza il rapporto e ne definisce la disciplina⁴⁰.

Come premesso, del resto, la crioconservazione dei gameti è funzionalmente destinata a preservare il progetto di genitorialità a fronte del rischio di una futura infertilità e, dunque, essa mira a garantire il desiderio di maternità o di paternità. L'intima connessione funzionale del rappor-

mente assistita le quali rinviano alla sezione B/6.2 «Crioconservazione e stoccaggio», B/7 «Attrezzature e materiali», E/6 «Stoccaggio», E/7 «Documentazione», E/8 «Controlli», E/9 «Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini» dell'Accordo Stato-regioni 15 marzo 2012.

³⁸ Sul controllo di meritevolezza quale giudizio 'in positivo', da operarsi sulla causa concreta della singola operazione in considerazione degli interessi e dei valori in essa dedotti v. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, p. 204 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, spec. p. 99 ss., ivi ampia bibliografia.

³⁹ Il confronto sull'abusiva esecuzione del contratto e sulla necessità di valorizzare il principio di solidarietà nell'ambito dei rapporti negoziali, si è animato in epoca relativamente recente a fronte di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577, con nota di E. GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*; nonché in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, 2ª ed., Napoli, 2021, con nota di F. LONGOBUCCO, *Autonomia negoziale e abuso del diritto nei contratti tra imprese*, p. 197 ss.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 37 ss.; ID., *L'interesse non patrimoniale e i contratti*, in *Ann. fac. econ. Benevento*, 16, Napoli, 2012, p. 19 ss.



to in esame con una delle manifestazioni attraverso le quali si realizza la persona umana e la proiezione nel tempo del medesimo, impongono di potenziare la tutela accordata al titolare del materiale genetico. In questa prospettiva, appaiono di dubbia meritevolezza quelle clausole, che si rintracciano in alcuni modelli contrattuali, nelle quali – riprendendo l'esempio sopra richiamato – la distruzione è automaticamente legata al mancato pagamento della quota di rinnovo entro un dato tempo⁴¹.

L'imputabilità della distruzione legittima la domanda di risarcimento del danno alla persona, che non è *in re ipsa*.

Ferma la possibilità che l'istante lamenti e provi un danno alla salute, determinato – ipoteticamente – anche dai trattamenti eseguiti in funzione della crioconservazione (il riferimento è soprattutto alla crioconservazione di ovociti), anche sulla scia della giurisprudenza citata, l'indagine riguarda la possibilità di riconoscere un danno alla persona per lesione dell'interesse alla realizzazione di un progetto di genitorialità.

A tal fine, la giurisprudenza sopra richiamata antepone alla valutazione sui presupposti per la risarcibilità del danno per perdita di gameti la riflessione circa la natura dei medesimi, quali componenti della persona umana, sebbene da essa distaccati nello spazio. Nondimeno, è dalla prova di una lesione di un interesse di stampo esistenziale – qual è quello al concepimento – causalmente riconducibile all'altrui condotta, che deriva la risarcibilità o l'irrisarcibilità del lamentato danno. Eucleato il diritto alla procreazione quale manifestazione della persona umana alla base del rapporto di crioconservazione, occorrerà comunque valutare la concreta lesione di quella situazione, tenendo conto, ai fini della necessaria personalizzazione del danno, di tutte le circostanze del caso, tra le quali di indubbio rilievo appaiono l'età del titolare del materiale crioconservato, la relativa capacità procreativa, la presenza di figli e, soprattutto, l'interesse a dare avvio ad un

⁴¹ Affronta il problema della natura e della efficacia delle pattuizioni che regolamentano le sorti dei gameti crioconservati: L. DANI, *Il diritto al controllo sulla destinazione dei gameti e gli accordi diretti alla loro crioconservazione*, cit., spec. § 5. L'a. critica la lettura di tali pattuizioni in «una logica prettamente contrattuale», che induce a qualificare le medesime come 'regole' vincolanti per entrambe le parti. Nella prospettiva seguita, infatti, tale lettura non garantirebbe il controllo dell'interessato sulle sorti dei gameti. Diversamente dette dichiarazioni dovrebbero essere più opportunamente qualificate come atti di «natura autorizzativa, con cui l'interessato esprime, in via preventiva, il proprio consenso alla distruzione»; atti che, per loro natura, sarebbero sempre modificabili e revocabili *ad nutum*. A ben vedere, tuttavia, la valorizzazione del profilo funzionale del rapporto non impone di escluderne la qualifica contrattuale, purché si assegni il giusto peso all'interesse non patrimoniale che permea il contratto di crioconservazione. Tale interesse, incidendo sulla causa del rapporto, ne delinea la disciplina, giustificando il diritto al ripensamento e al recesso dal contratto (v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 40).



processo di procreazione medicalmente assistita⁴². In altri termini – e rinviando al séguito ulteriori considerazioni – anche accogliendo l'idea, fatta propria da una parte della giurisprudenza, del gamete crioconservato quale 'parte' del corpo, benché da esso distaccato, si esclude che la distruzione determini *ex se* un danno alla persona concretamente risarcibile; la prova del danno dovrà riguardare l'incidenza del fatto lesivo sulla possibilità per l'istante di realizzare il proprio progetto di genitorialità e, dunque, l'effettiva lesione del diritto alla procreazione sopra richiamato.

4. Diverso è il caso nel quale ad essere distrutto è l'embrione crioconservato; caso che – come anticipato in premessa – rimanda al dibattito sulla natura dell'embrione e sul 'tempo' a partire dal quale possa dirsi sussistente una 'vita umana', autonomamente tutelabile⁴³. La questione travalica lo spazio operativo della procreazione medicalmente assistita. È noto, del resto, l'ampio dibattito che ha riguardato lo statuto giuridico dell'embrione concepito⁴⁴.

L'attenzione si incentra sulla natura degli embrioni *in vitro*, i quali «non essendo impiantati non hanno possibilità di acquisire qualità idonee al loro sviluppo fetale»⁴⁵. Il tema è discusso, ben oltre i confini nazionali

⁴² Con specifico riferimento all'ipotesi in esame – in linea con l'orientamento più recente della Corte di cassazione – rimarca la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie, attraverso una distinzione di un danno biologico e di un danno esistenziale da perdita di gameti: A. LASSO, *Scelte procreative e profili giuridici della crioconservazione*, cit., p. 141.

⁴³ Nell'ampia bibliografia, anche antecedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, v. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in AA.Vv., *Il diritto e la vita materiale*, Roma, 1984, p. 81 ss.; F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988, p. 215 ss.; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 438 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 149 ss.; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, *Fam. dir.*, 2005, p. 203 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus. La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, *Ambiti e fonti del bio-diritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 169 ss.; R. SENI-GAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss.; G. CHIAPPETTA, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. PERLINGIERI e EAD., *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, 2017, p. 31 ss.

⁴⁴ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1258 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1180 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*

⁴⁵ P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 158 ss. Discusso è anche il 'tempo' a partire dal quale può dirsi esistente un embrione, con tutti i corollari che ne discendono in ordine alla sua tutelabilità. Cfr. G. Russo, *Il pro-*



e a plurime finalità. Basti ricordare la già citata pronuncia emessa di recente dalla Corte Suprema dell'Alabama, la quale si è spinta al punto di equiparare gli embrioni *in vitro* ai bambini ai fini dell'applicazione della normativa in tema di omicidio dei minori⁴⁶.

La difesa della sacralità della vita, quale valore assoluto, si rintraccia anche entro i confini nazionali, là dove si rimarca il «diritto alla vita e allo sviluppo delle [...] potenzialità» dell'embrione⁴⁷, oltre al «dovere morale di trattare l'embrione [con il rispetto che si deve] agli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone»⁴⁸. D'altro canto, però, pur senza approdare ad un trattamento del medesimo alla stregua di una *res*, oggetto di un illimitato potere di godimento e di disposizione⁴⁹, non si tra-



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

110

cedimento di formazione dell'embrione. Momento ben preciso o continuum ininterrotto?, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, p. 107 ss. Sul punto anche A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 203 ss.

⁴⁶ Il riferimento è caso, precitato, deciso dalla Alabama Supreme Court, 16 febbraio 2024, cit. La Corte ha esteso la disciplina dettata in tema di omicidio dei minori anche rispetto all'ipotesi di distruzione colpevole di embrioni in attesa di impianto: «The overriding public policy of this state recognizes and supports the sanctity of unborn children, including the right to life, and requires the protection of the rights of the unborn child in all manners and measures lawful and appropriate». La pronuncia della Suprema Corte dell'Alabama ha suscitato notevole clamore, oltre a comprensibili preoccupazioni in merito alle possibili implicazioni che la stessa potrebbe avere nel campo della procreazione medicalmente assistita. Preoccupazioni verosimilmente alla base di alcuni tentativi di riforma orientati a positivizzare la distinzione tra embrione ed essere umano. Il riferimento, a titolo esemplificativo, è alla proposta, attualmente in discussione nel *South Carolina* (Bill 5157 del 27 febbraio 2024), di riforma del Code of Laws, attraverso l'inserimento della sezione 16-3-100 secondo la quale «Any fertilized human egg or human embryo that exists in any form outside of the uterus of a human body shall not, under any circumstance, be considered an unborn child, a minor child, an unborn person, an unborn fetus, a natural person, or any other term that connotes a human being for any purpose under state law including, but not limited, under any provision of Chapter 3, Title 16 or Chapter 41, Title 44».

⁴⁷ P. CATTORINI e M. REICHLIN, *Bioetica della generazione*, Torino, 1996, p. 208.

⁴⁸ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1996, p. 6. Interessante anche il confronto con la giurisprudenza europea, sulla quale v. I. ZECCHINO, *La nozione di embrione umano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss. Per una riflessione sistematica cfr. anche L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, spec. p. 82 ss.

⁴⁹ Esclude che l'embrione possa essere considerato come «una cosa governata dalle regole proprietarie», P. PERLINGIERI, *La tutela dell'embrione*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 317 s., il quale afferma che esso va tutelato nella sua specificità, quale «inizio di un processo di vita» [p. 324 (corsivo aggiunto)]. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit.; Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *cortecostituzionale.it*. Nella giurisprudenza europea v. Corte giust. UE, Grande sezione, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace e V.*; Corte edu, Grande camera, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*.

scura la complessità di un fenomeno, la disciplina del quale deve tener conto delle sue specificità⁵⁰, degli interessi, altrettanto rilevanti, dei portatori del materiale genetico⁵¹, come degli altri valori coinvolti nella vicenda procreativa⁵². La questione presenta significative implicazioni sul piano applicativo. Basti il riferimento al dibattito, mai sopito, in tema di embrioni soprannumerari⁵³ e di diagnosi preimpianto⁵⁴, nonché alle problematiche – oggetto anche di recente dell’attenzione della dottrina e della giurisprudenza – relative al rapporto tra consenso all’impianto e crisi coniugale⁵⁵.

⁵⁰ Si avverte, dunque, la necessità di «abbattere quell’alternativa binaria di *res* e *personae*, [nella] quale spesso l’interprete, [...] pare essere imprigionato». Persuade l’idea che «l’embrione, appartenente al genere dell’entità organica socio-razionale, vada trattato come essere umano titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive, *ragionevolmente proporzionate alla sua condizione biologica e relazionale*»: R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un “ragionevole” bilanciamento tra interessi contrapposti*, cit., p. 1554 ss., § 1 (corsivo aggiunto).

⁵¹ G. SCIANCALEPORE e P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, ove si legge: la «dignità giuridica dell’embrione sin dalla nascita comporta pertinenti attribuzioni in termini di tutela. Tuttavia, non intendendo sminuire il significato dell’attribuzione, occorre essere consapevoli che ogni “intervento” sul feto non può non essere mediato dal corpo della gestante, il quale si atteggia – anche per altro verso – come una sorta di schermo che previene l’embrione», *ivi* il riferimento a A. GALASSO, *Diritto civile e relazioni personali*, in *La legge e il corpo*, in *Dem. dir.*, 1996, p. 256 e a R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, locazione d’utero, diritti dell’embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 639.

⁵² Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), Napoli, 2018, p. 283 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; e in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 20 ss. (da quest’ultima si cita). È la stessa legge n. 40 del 2004, del resto, «a procedere dall’idea che non si debba assolutizzare il punto di vista della tutela dell’embrione, ma integrarla con la tutela dei beni degli altri soggetti che nella procreazione assistita sono direttamente coinvolti»: A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 1 ss.

⁵³ Sul punto, B. SALVATORE, *La sorte degli embrioni soprannumerari: il rilievo del valore della persona e la irragionevolezza della conservazione sine die*, in questo fascicolo.

⁵⁴ F. SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012, *passim*.

⁵⁵ Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161, cit. Su tale questione v., tuttavia, anche Trib. Siena, ord., 27 giugno 2024, in *avvocaturaefamiglia.com*, la quale rigetta la richiesta di una donna all’impianto degli embrioni fecondati con il materiale genetico dell’ex coniuge, stante la decorrenza del termine previsto nel modulo di consenso informato. Più nello specifico, il Tribunale reputa inapplicabili nel caso di specie i principi espressi dalla citata sentenza della Corte costituzionale, che giudica ragionevole consentire alla madre di procedere all’impianto anche qualora, per il decorso del tempo, sia venuto meno il progetto di coppia rispetto alla genitorialità e, dunque, il consenso del partner. L’applicazione di tale principio, infatti, presuppone, pur sempre, un consenso pienamente consapevole, reso sulla base di adeguata informativa. Nel caso di specie, tuttavia, il Tribunale ritiene l’informativa resa all’atto della prestazione del consenso alla PMA non adeguata a rendere l’ex coniuge pienamente consapevole in ordine alle conseguenze del consenso espresso.



Ai nostri fini, tuttavia, la questione rileva in una prospettiva che potrebbe definirsi ‘relazionale’: la distruzione dell’embrione crioconservato determina la recisione di un rapporto di genitorialità venuto ad esistenza nel momento stesso del concepimento (*in vitro*)? È possibile, dunque, comparare la perdita di embrione alla morte del feto o, ancor più, alla morte di un figlio, già vivente?

4.1. Nell’unico caso pubblicato nel quale la giurisprudenza interna è stata chiamata a decidere sulla domanda risarcitoria formulata da una coppia di coniugi che lamentava la distruzione degli embrioni in attesa di impianto, il giudice evita di prendere posizione sulla natura del bene leso, incentrando l’attenzione sull’interesse degli aspiranti genitori e, dunque, sulla perdita subita dai medesimi⁵⁶.

Nello specifico, il caso riguarda una coppia che intraprendeva un procedimento di PMA. Il giorno prima del trasferimento in utero, a causa di un *black-out* elettrico, gli embrioni si danneggiano e divengono inutilizzabili. Il Tribunale di Milano riconosce il danno per la lesione del diritto costituzionalmente tutelato al concepimento, aderendo all’orientamento giurisprudenziale secondo il quale il risarcimento del danno di natura contrattuale deve comprendere (al pari di quanto previsto per l’illecito extracontrattuale) anche il danno non patrimoniale determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona.

Esclusa, per carenza di prova, la configurabilità di un danno biologico (riferito dalla parte attrice alle cure eseguite e preordinate all’impianto), il Tribunale esclude altresì la sussistenza di un danno «da perdita di un figlio»: la ‘creazione’ dell’embrione, come lo stesso suo trasferimento in utero, non sono atti preordinati automaticamente e necessariamente all’evento nascita, determinando piuttosto una «probabilità» di inizio di gravidanza⁵⁷. In definitiva, i coniugi perdono non un figlio, ma la possibilità di dare inizio ad un processo procreativo. Viene in rilievo, dunque, il già citato «diritto al concepimento» il quale rientra tra le fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione e catalogabili come diritti inviolabili (*ex artt. 2 e 29 cost.*)⁵⁸. Da qui il ricono-

⁵⁶ Trib. Milano, 21 maggio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1242, con nota di M. GORGONI, *La distruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice*, che ricorda anche altri due casi di perdita di embrione per scongelamento accidentale (imputabile alla struttura tenuta alla custodia), sebbene gli stessi non risultino oggetto di interventi giurisprudenziali.

⁵⁷ Nel senso della valenza meramente probabilistica, sebbene nel diverso campo della diagnosi preimpianto, Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, cit.

⁵⁸ Corte edu, 28 agosto 2012, ric. 54270/10, cit.



scimento, da parte del Tribunale di Milano, di un danno morale⁵⁹ a favore dei coniugi istanti. Si considera che i coniugi tentavano, per la seconda volta, la PMA (sí da esprimere un intenzionale e determinato desiderio di maternità e di paternità) e, dunque, si valorizza la conseguente frustrazione e disillusione per la mancata gravidanza, tenendo conto pure degli sforzi (anche in termini di terapie preventive) posti in essere per la sottoposizione alla PMA⁶⁰.

La stretta correlazione tra il risarcimento del danno non patrimoniale e la prova di una concreta lesione del diritto al concepimento traspare, in maniera piú marcata, in un precedente della *Cour administratif d'Appel de Douai*⁶¹, che interviene a fronte di una domanda di risarcimento del danno formulata da due coniugi per il danneggiamento di n. 9 embrioni conservati presso una clinica di fecondazione assistita. Nel caso specifico, la pretesa è respinta per carenza di prova in ordine alla sussistenza di un interesse alla genitorialità, ma è proprio la ragione che giustifica il rigetto ad evidenziare il tratto caratteristico delle azioni risarcitorie in oggetto. In quel caso l'istruttoria dimostrava che i coniugi non avevano interesse né intenzione di procedere all'impianto e che avevano realizzato già il proprio progetto di genitorialità.

La lesione, allora, non è data dalla distruzione in sé dell'embrione crioconservato, ma è legata alla possibilità che lo stesso sia impiantato e sia, dunque, funzionale alla realizzazione del progetto di genitorialità⁶²: in altri termini, l'embrione non è trattato come 'figlio', né la mera fecondazione in vitro determina *ex se* la nascita di un rapporto parentale suscettibile di essere leso⁶³. Piuttosto, la perdita dell'embrione determina la perdita

⁵⁹ Il Tribunale non riconosce anche il danno c.d. esistenziale, connesso alla modifica *in pejus* della qualità di vita degli istanti. Il dato è rilevato criticamente da una parte della dottrina secondo la quale quei giudici non avrebbero valorizzato a pieno gli effetti che la perdita ha determinato sulla vita dei soggetti istanti (A. NEGRO, *Note sul danno da perdita di embrioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1095 ss.).

⁶⁰ Tale danno è quantificato, in via equitativa, con la somma di € 35.000,00 per la moglie e con la somma di € 30.000,00 per il marito.

⁶¹ Cour administrative d'Appel de Douai, II Sez., 6 dicembre 2005, n. 04DA00376, in *legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007604438*.

⁶² Le ipotesi di danno per lesione di embrione – come affrontate dalla giurisprudenza riportata – appaiono rilevanti in quanto pongono l'accento non sull'embrione in sé, ma sul medesimo quale «portatore di un'aspettativa di vita»: F. MANGANO, *La giurisprudenza civile sui campioni biologici*, in D. FARACE, *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, in *Dir. merc. tecnologia*, 2016, p. 279 s.

⁶³ Il risarcimento, infatti, è calcolato in relazione alla perdita della possibilità di generare, stante il mancato avvio della procedura di PMA. Si tratta, dunque, della riconosciuta rilevanza «di un'aspettativa, che trascende la materialità del campione biologico in sé e si identifica con le finalità del trattamento»: F. MANGANO, *La giurisprudenza civile sui campioni biologici*, cit., p. 279 s.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

113

di una possibilità di concepimento, rilevante se e nella misura nella quale l'istante dimostri un interesse a quella possibilità mancata⁶⁴.

È indubbio che il tema del danno non patrimoniale non si presti a generalizzazioni, dovendo la valutazione del risarcimento essere necessariamente calata nel caso concreto. Tuttavia, altra appare la rilevanza della lesione nell'ipotesi di distruzione di embrione in attesa di impianto, altra potrebbe essere la sorte del giudizio – anche in termini di quantificazione del risarcimento – in caso di distruzione di embrioni sovrannumerari.

5. Quanto sino ad ora rilevato evidenzia come la scomposizione del processo procreativo, realizzata grazie alle evoluzioni tecnologiche in tema di PMA, possa far emergere nuovi profili di danno, nuovi interessi suscettibili d'essere risarciti, in quanto manifestazioni della persona umana.

Per il tramite della crioconservazione o, comunque, mediante l'accesso ad una procedura di procreazione medicalmente assistita, il titolare del materiale genetico o gli aspiranti genitori mirano a garantirsi la *possibilità* di generare. L'evento lesivo può ridurre le probabilità o impedire che quella possibilità si concretizzi.

La giurisprudenza, a ben vedere, si è interrogata sulla rilevanza di una genitorialità meramente potenziale anche in casi differenti rispetto a quelli che ci occupano. Il riferimento è alla ipotesi del danno per perdita del feto. La vicenda è evidentemente diversa; tuttavia, pure rispetto ad essa, si constata la difficoltà delle nostre corti di definire i confini del danno alla persona e di determinare un *quantum* adeguato a soddisfare il danneggiato.

In particolare, escluse sovracompensazioni in tema di danno da perdita di feto – rimarcandosi l'impossibilità di riconoscere una funzione punitiva al risarcimento in oggetto⁶⁵ – si applicano criteri differenti ai fini della determinazione in via equitativa (*ex art. 1226 c.c. e 2056 c.c.*) del danno non patrimoniale lamentato dalla gestante⁶⁶. Il timore che l'equità diventi arbitrio giustifica ora il ricorso, operato dalla giurisprudenza maggioritaria, ai parametri tabellari adattati, al ribasso, in considerazione del fatto che il rapporto parentale non si è instaurato⁶⁷; ora l'applicazione del crite-

⁶⁴ Fatta comunque salva – come rilevato anche per la diversa ipotesi di distruzione di gameti – la possibilità di provare un danno alla salute (art. 32 cost.) correlato ai trattamenti eseguiti.

⁶⁵ Cass., 19 giugno 2015, n. 12717, in *giustiziacivile.com*, ove la Corte, dopo aver ribadito la funzione compensativa del risarcimento ha cassato con rinvio la pronuncia emessa nel merito che aveva riconosciuto alla gestante un *quantum* risarcitorio superiore ai 'massimi' previsti nelle tabelle di Milano.

⁶⁶ In termini più generali, sulla valutazione in via equitativa del danno non patrimoniale: Cass., 16 aprile 2024, n. 10155, in *Dir. & giust.*, 2024, 18 aprile.

⁶⁷ Nel caso di morte del feto, infatti, «è ipotizzabile solo il venir meno di una relazione



rio dell'equità calibrata⁶⁸, grazie al quale individuare un *quantum* prossimo alla media dei risarcimenti accordati in precedenti analoghi giudizi⁶⁹. Soltanto in residuali ipotesi si riscontra, invece, il ricorso al criterio della c.d. equità pura⁷⁰, svincolata dalle tabelle milanesi e dai precedenti giurisprudenziali (e giustificata dal fatto che non esistono in materia regole integratrici del concetto di equità, atte quindi a circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante) oppure l'applicazione dei sistemi tabellari, negandosi che la perdita del feto concretizzi un danno di minore entità⁷¹.

affettiva potenziale (che, cioè, avrebbe potuto instaurarsi, nella misura massima del rapporto genitore figlio, ma che è mancata per effetto del decesso anteriore alla nascita), ma non anche una relazione affettiva concreta sulla quale parametrare il risarcimento, all'interno della forbice di riferimento. Cfr. Cass., ord., 20 ottobre 2020, n. 22859, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1335, che considera legittima la decisione assunta nel merito di dimezzare il minimo tabellare (per un importo complessivo pari a € 82.000,00). La prospettiva non muta, quanto meno non in maniera decisiva, anche qualora si qualifichi il danno in oggetto danno da perdita di *chance* (Trib. Termini Imerese, 21 novembre 2022, n. 966, in *spagnoloassociati.it*, su un caso di *malpractice* sanitaria, che aveva condotto all'aborto di una donna alla 41ª settimana di gestazione): il rapporto parentale che si assume lesa è meramente potenziale e non attuale, con la conseguenza che l'intensità della relazione è senza dubbio «più modesta», là dove si controverte di una sorta 'aspettativa' mancata. In altri termini, il risarcimento dei danni è funzionale a ristorare un interesse pretensivo, cioè l'interesse che la parte aveva all'instaurazione del rapporto parentale, che non si è potuto realizzare a causa della morte del feto. Anche in tal caso le Tabelle milanesi assurgono a parametro di riferimento affinché equità non assurga ad arbitrio, in contrasto con i principi di proporzionalità e di parità di trattamento che sorreggono la tutela risarcitoria (Trib. Termini Imerese, 21 novembre 2022, n. 966, cit.).

⁶⁸ Trib. Firenze, 17 luglio 2017, n. 2582, in *Dejure online*, che richiama, nel testo, le decisioni assunte in precedenza dalla giurisprudenza di merito (il riferimento è a: Trib. Roma, 24 gennaio 1995; Trib. Roma 3 gennaio 2007; Trib. Roma 8 marzo 2005; Trib. Roma 10 marzo 2004). In dottrina G. CASSANO, *In tema di prova e valutazione del danno esistenziale. Una proposta interpretativa: l'equità calibrata*, in *Arch. giur. circ.*, 2005, p. 1173 ss.

⁶⁹ La perdita riguarda, infatti, «il frutto del loro concepimento (il feto) e non il figlio». Con la conseguenza che la lesione invocata andrebbe nettamente distinta rispetto alla perdita di un rapporto parentale «in quanto si è in presenza della perdita di una speranza di vita e non di una vita» (Cass., 11 marzo 1998, n. 2677, *Giur. it.*, 1999, p. 735).

⁷⁰ Trib. Bari, 10 giugno 2024, n. 2721, in *dirittopratico.it*.

⁷¹ Trib. Vallo della Lucania, 14 aprile 2015, n. 191, in *Dejure online*. Cfr. anche Cass., 29 settembre 2021, n. 26301, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 417, la quale cassa con rinvio la pronuncia emessa nel merito che aveva accordato il risarcimento del danno decurtando i minimi tabellari. La Corte considera riduttiva la posizione assunta ove circoscrive il danno in oggetto quale danno “da perdita del frutto del concepimento”. Detto danno è infatti qualificato quale danno da perdita del rapporto parentale, in considerazione della tutela sul piano costituzionale del concepito e della tutela della maternità (artt. 2 e 31, comma 2, cost.). Da qui l'applicazione, ai fini della quantificazione del danno, dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in tema di danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

In termini generali, sulla valenza dei sistemi tabellari Cass., 17 maggio 2023, n. 13540, in *Dir. fam. pers.*, 2023, I, p. 1511; Cass., 16 dicembre 2022, n. 37009, in *Foro it.*, 2023, I, c. 118; Cass., 8 settembre 2022, n. 26440, *Mass. giust. civ.*, 2022; Cass., 10 novembre 2021, n. 33005, in *Dir. fam.*



A
N
N
A
L
I

S
I
S
T
E
M
A

S
/
2
0
2
4

115

Di là dai casi, del tutto residuali, nei quali si profila una equiparazione della perdita del feto alla perdita del rapporto parentale, la giurisprudenza tende a tutelare l'aspettativa di genitorialità, a dare ristoro ad una lesione rispetto alla possibilità di instaurare un rapporto di genitorialità e, dunque, di concretizzare il proprio progetto di vita familiare. Il danno è, detto altrimenti, perdita di una 'possibile' nascita. Da qui l'opportuna valorizzazione di variabili (presenza di altri figli, conservazione della capacità procreativa, età) che coadiuvano il giudicante nella determinazione del danno concretamente sofferto dalla gestante e dal *partner*⁷².

La tutela di un'aspettativa di genitorialità connota, dunque, la domanda risarcitoria per danno da perdita del feto, come quella astrattamente formulabile per distruzione di gameti o di embrioni.

Le ipotesi, tuttavia, sono ontologicamente differenti. Differenze che non si riferiscono esclusivamente alle condotte lesive, ai diversi parametri adoperabili per definire la sussistenza di un inadempimento, ma che riguardano, specificamente, la configurabilità di un danno risarcibile. Il tempo o meglio la fase del processo procreativo nell'ambito della quale si verifica l'evento lesivo appare determinante nella valutazione del danno concretamente sofferto dagli istanti. In caso di danno da morte del feto non è in discussione l'aspirazione del danneggiato a realizzare il proprio progetto di genitorialità e le variabili prese in considerazione consentono all'organo giudicante di personalizzare il danno, tenendo conto, in particolare, della possibilità che la menzionata aspirazione possa in futuro realizzarsi.

Diversamente, in caso di perdita di gameti o di embrioni, enucleata l'imputabilità della condotta lesiva, si tratta di fornire la prova di una concreta lesione dell'interesse al concepimento, il quale caratterizza sul piano funzionale il contratto di crioconservazione, il rapporto medico-paziente ad esso correlato e quello nel quale si innesta la conservazione *in vitro* dell'embrione.

Nessun automatismo, dunque: la distruzione di gameti crioconservati può ledere l'interesse alla procreazione, fino al punto di precludere la realizzazione di un progetto di genitorialità. Al contempo, la distruzione di



ANNALI
 S I S
 D I C
 S /
 2
 0
 2
 4

116

pers., 2022, I, p. 69. La tendenza all'uso dei sistemi tabellari non va esente da critica, in considerazione del rischio che il ricorso ad essi possa incidere negativamente sulla necessaria personalizzazione del danno. Cfr. v. A. MALOMO, *Personalizzazione del danno alla persona e consequenziale superamento delle strettoie dei criteri tabellari*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2021, p. 503 ss.; EAD., *Perdita della vita e riparazione integrale*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 413, nota 110.

⁷² La giurisprudenza tende a riconoscere il diritto al risarcimento per il danno non patrimoniale anche al padre; tuttavia, nei casi analizzati, il danno è quantificato in misura minore rispetto alla madre-gestante, valorizzandosi il legame che si instaura tra la donna e il feto già nella fase della gravidanza.

un embrione – che, nella prospettiva seguita, non è (ancora) parte di un rapporto di genitorialità – è suscettibile di mortificare quell’interesse, ma potrebbe anche non arrecare un danno di natura non patrimoniale, qualora, ad esempio, non si intenda procedere all’impianto.

In altri termini, si esclude che la distruzione o il danneggiamento di gameti – pur intesi quali parti distaccate del corpo – determinino, necessariamente, un danno alla persona meritevole di risarcimento; d’altro canto, i condivisibili approdi della dottrina e della giurisprudenza, che hanno valorizzato la soggettività dell’embrione, anche *in vitro*, non hanno condotto a ritenere il medesimo come parte di un rapporto genitoriale, reciso per fatto altrui. In entrambe le ipotesi prese in considerazione, infatti, il danno lamentato può riguardare la perdita della possibilità di dare avvio ad un processo procreativo che *potrebbe* condurre alla realizzazione di un progetto di genitorialità. Sí che la parte che lamenta la lesione di quell’aspettativa di genitorialità non potrà che dimostrare la sussistenza di un interesse, concreto, alla medesima.

Le ipotesi considerate – di perdita di gameti o di embrioni – rappresentano soltanto un tassello di un quadro, piú ampio, che si svela, progressivamente, a fronte delle evoluzioni tecnologiche in tema di PMA. Dette ipotesi, tuttavia, appaiono paradigmatiche nell’ottica di evidenziare in che termini la menzionata scomposizione del processo procreativo possa far emergere ‘nuovi’ interessi suscettibili d’essere lesi. Le sfide che attendono l’interprete sono ardue, là dove le domande risarcitorie, potenzialmente proponibili, si inseriscono in un fenomeno di per sé intrinsecamente complesso, che ha condotto ad attribuire significati diversi ai concetti di genitorialità, di autodeterminazione procreativa, di soggettività, di negoziabilità. D’altro canto, la lettura in chiave costituzionale dell’art. 2059 c.c. e il superamento di radicate categorie concettuali hanno già consentito alle nostre corti, sovente sotto la spinta della dottrina, decise aperture nell’ambito del risarcimento del danno alla persona (basti il riferimento agli approdi in tema di risarcimento e soggettività del concepito). Sí che le medesime chiavi potranno consentire di schiudere nuove porte e di offrire, quando ne ricorrano i presupposti, adeguata risposta rimediale a nuovi bisogni di tutela.

settembre 2024

IMMACOLATA PRISCO

Abstract

Le evoluzioni tecnologiche in tema di PMA hanno determinato una scomposizione del processo procreativo, determinante, inevitabilmente, nuovi profili di



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

117

danno: l'evento lesivo può innestarsi in fasi differenti di tale processo ponendo all'interprete le questioni della enucleazione di una situazione giuridica astrattamente risarcibile e della definizione di un *quantum* adeguato a soddisfare la lesione stessa. Entro tale quadro sono paradigmatiche le ipotesi di danno da perdita di embrioni e di gameti, l'analisi delle quali risente delle perduranti incertezze, che si rintracciano nel formante dottrinale e giurisprudenziale, relative alla natura dei gameti, alla qualifica del contratto di crioconservazione, nonché alla valenza giuridica dell'embrione in vitro.

Technological advancements in Assisted Reproductive Technology (ART) have led to a fragmentation of the procreative process, inevitably determining new aspects of damage: the harmful event can occur at different stages of this process, posing to the interpreter the questions of the identification of a legally compensable situation and the definition of an adequate quantum to satisfy the damage itself. Within this framework, the hypotheses of damage from the loss of embryos and gametes are paradigmatic, the analysis of which is affected by the persistent uncertainties, which can be found in doctrine and case-law, concerning the nature of gametes, the qualification of the cryopreservation contract, as well as the legal status of the in vitro embryo.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

Terapie germinali e genitorialità. Una breve riflessione

SOMMARIO: 1. Un'introduzione all'*editing* genetico. – 2. Il quadro normativo e gli spazi applicativi delle tecniche di *editing* genetico germinale a livello sovranazionale. – 3. Il quadro normativo nazionale e la necessaria individuazione di principi comuni. – 4. *Editing* genetico, donazione mitocondriale e genitorialità.

1. La possibilità di intervenire sul genoma umano e di correggere eventuali mutazioni genetiche non rappresenta più un orizzonte fantascientifico, come poteva sembrare sino a pochi anni fa, trattandosi invece di una frontiera quanto mai attuale, e al contempo molto dibattuta, dell'ingegneria genetica. Se è vero che di manipolazioni genetiche, intese in senso lato, se ne parla ormai da tempo¹, è con l'avvento e il rapido sviluppo in questi ultimi anni delle tecniche di *gene editing*² che si è assistito a prospettive d'intervento sempre più concrete. La rivoluzione innescata dalle tecnologie di *editing*, con la conseguente capacità di operare sul patrimonio genetico e in particolare sulla linea germinale umana, dunque sul flusso di informazioni genetiche che si trasmettono da una generazione a un'altra, ha determinato un inevitabile punto di svolta, aprendo la strada a risultati un tempo inimmaginabili.

Il successo di tali tecniche e l'incessante progressione della ricerca si rivelano, da un lato, foriere di aspettative e speranze con particolare riguardo alla possibilità di debellare talune malattie cui si è predisposti geneticamente (come per esempio l'anemia falciforme, la talassemia, l'amau-

¹ Le origini di tale riflessione all'interno della comunità scientifica – viene evidenziato da M. RIZZUTO, *Editing genetico e diritto di famiglia*, in B. AGOSTINELLI e V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Torino, 2020, p. 221 – risalirebbero almeno al *meeting* tenutosi ad Asilomar nel 1975.

² Le applicazioni delle tecniche di *editing* genetico si riscontrano in diversi settori, come quello agroalimentare ove le ricerche svolte hanno portato ad avere (solo per citare alcuni esperimenti) piante più resistenti alla siccità oppure a particolari parassiti, soia più nutriente, pomodori che maturano più lentamente, per non parlare delle sperimentazioni sugli animali, sulla scorta delle quali gli scienziati hanno ottenuto, per esempio, cani beagle con fisici ipermuscolosi, micro-maiali, capre dello Shanbei più muscolose e dal pelo più lungo. Per una panoramica, v., NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Genome editing: an ethical review*, London, 2016, consultabile in nuffieldbioethics.org/publications/genome-editing-an-ethical-review. Sono tuttavia le applicazioni del *gene editing* al genoma umano a costituire l'oggetto del presente lavoro.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

119

rosi congenita di Laber); dall'altro lato suscitano comprensibili timori e preoccupazioni anche in seno alla stessa comunità scientifica³.

Inutile dunque evidenziare il clamore, la preoccupazione e la generale condanna a livello mondiale nei riguardi del ricercatore cinese He Jiankui, allorché questi, nel 2018, annunciava di essere riuscito a far nascere una coppia di gemelle (conosciute come Lulu e Nana) con DNA geneticamente modificato, avvalendosi della tecnica di *gene editing* nota come *CRISPR-Cas9*, allo scopo di renderle immuni all'infezione dell'Hiv. È chiaro come tale esperimento, controverso e aspramente criticato, rappresenti in ogni caso un punto di non ritorno⁴.

La locuzione «*editing* genetico» (ovvero «*gene editing*» in inglese) individua un insieme di tecniche, nell'ambito della terapia genica⁵, per cui il gene (ovvero una sequenza che compone il DNA) difettoso, una volta individuato, viene editato, modificato e quindi corretto. Ciò che accomuna le numerose strategie configurabili in termini di *editing* genetico è rappresentato dall'impiego di endonucleosi ingegnerizzate le quali operano come delle «forbici molecolari». Trattasi di enzimi di restrizione, capaci di tagliare la struttura a doppia elica del DNA in punti specifici, corrispondentemente alla sequenza «bersaglio» sulla quale occorre intervenire.

A seconda della tipologia di nucleasi utilizzata per tagliare la struttura del DNA si possono individuare tre diverse metodologie di *editing*⁶: il sistema *ZFN* (*Zinc Finger Nuclease*), il quale inaugura la stagione dell'*editing* genetico alla fine degli anni Novanta; il sistema *TALE* (*Transcription Activator-Like Effector*), che inizia a essere utilizzato nel 2009; il summenzionato *CRISPR-Cas9* (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*), il quale si affaccia in modo dirimpante sulla scena a partire dal 2012⁷, andando poi rapidamente incontro a un inarrestabile sviluppo a livello mondiale⁸.

³ A tal proposito si ricorda il pensiero della ricercatrice statunitense Jennifer Doudna, covincitrice del Premio Nobel per la Chimica del 2020 per aver contribuito alla scoperta di quello che viene denominato *CRISPR/Cas9* ovvero l'ormai più diffuso strumento di *gene editing* capace di «ritagliare» il DNA, la quale evidenzia come il potere di controllare il futuro genetico della nostra specie sia qualcosa, al contempo, di «meraviglioso e terrificante». In questi termini, v., J. DOUDNA e S. STERNBERG, *Il futuro della vita. Come arriveremo a controllare l'evoluzione*, Milano, 2022, p. 280 (traduzione di M. PARIZZI e C. RIZZO).

⁴ S. BONOMELLI, *Gene Editing embrionale: il vaso di Pandora è stato scopercchiato? Riflessioni a margine del caso di Jiankui He*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 67 ss.

⁵ Con riferimento alla distinzione tra terapia genica e *gene editing* e comunque per una più ampia ricostruzione dei passi che hanno condotto al *gene editing*, v., S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano, tra problemi etici e questioni di governance*, Milano, 2023, p. 56 ss.

⁶ Per una dettagliata ricostruzione, v., S. BONOMELLI, *o.u.c.*, p. 78 ss.

⁷ Il 28 giugno 2012 viene pubblicato sulla rivista scientifica *Science* uno studio a firma anche delle ricercatrici Jennifer Doudna ed Emmanelle Charpentier, poi vincitrici del premio Nobel

Il sistema *CRISPR-Cas9*, praticabile sia *in vivo* che *ex vivo*⁹, si connota per l'utilizzo di «una breve sequenza di RNA (acido ribonucleico) costruita in laboratorio, programmata per individuare una regione precisa del genoma e guidarvi l'enzima Cas9 (che appartiene al gruppo delle nucleasi di restrizione), una sorta di “forbice biologica” capace di tagliare il DNA nella regione scelta dal ricercatore. La parte del DNA rimossa, in quanto “difettosa”, può essere eliminata o sostituita con una sequenza “normale”»¹⁰.

Senza entrare troppo nello specifico del suo complesso meccanismo di funzionamento, non avendo chi scrive le competenze tecniche e scientifiche per poterlo fare, si può ritenere che tale tecnologia operi per il tramite di due componenti: un RNA «bussola» che conduce l'enzima verso la sequenza genica da recidere e la proteina *Cas9* ovvero l'enzima capace di tagliare la struttura del DNA¹¹.

per la chimica nel 2020, che ha rappresentato il punto di svolta in materia di *gene editing*, atteso che per la prima volta viene annunciata la possibilità di sfruttare il sistema *CRISPR-Cas9* per editare il genoma. Cfr. M. JINEK, K. CHYLINSKI, I. FONFARA, M. HAUER, J.A. DOUDNA, E. CHARPENTIER, *A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity*, in *Science*, 2012, p. 1 ss.

⁸ Il sistema *CRISPR-Cas9* è andato diffondendosi nei laboratori di tutto il mondo, nell'ambito dei quali ricercatori e studiosi non si sono limitati ad applicare tale tecnologia, cercando invece di metterne a punto versioni «ad alta fedeltà», sempre più efficienti e affidabili. A tal riguardo, v. M. PACESA, O. PELEA e M. JINEK, *Past, present, and future of CRISPR genome editing technologies*, in *Cell*, 2024, p. 1081 ss. Si segnala peraltro come l'attribuzione della proprietà intellettuale della tecnologia basata su *Crispr/Cas9*, con i conseguenti diritti di sfruttamento economico, abbia innescato una feroce battaglia legale, con protagonisti da un lato l'Università di Berkeley (titolare delle scoperte di Jennifer Doudna) e dall'altro lato il Broad Institute, prestigioso centro di ricerca fondato a Boston dalla Harvard University e dal Massachusetts Institute of Technology, i cui ricercatori, in particolare lo studioso Feng Zhang, avrebbero reso possibile l'applicazione del *gene editing* alle cellule dei mammiferi e quindi all'uomo. Per un approfondimento sugli esiti giurisprudenziali, v. E. FALLETTI, *Le ultime decisioni sulla brevettabilità delle innovazioni tecnologiche negli Stati Uniti*, 2022, consultabile in *altalex.it*.

⁹ Nel primo caso si agisce direttamente sul corpo del paziente, senza estrarre le cellule sulle quali si interviene; nel secondo caso vengono prelevate le cellule del paziente; queste vengono editate in laboratorio e poi reintrodotte.

¹⁰ Così viene descritto il sistema *CRISPR-Cas9* nel parere espresso il 23 febbraio 2017 dal Comitato Nazionale per la Bioetica sul tema del *gene editing*. Segnatamente, v., COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'editing genetico e la tecnica crispr-cas9: considerazioni etiche*, 2017, p. 5, disponibile in bioetica.governo.it/it/documenti/pareri/l-editing-genetico-e-la-tecnica-crispr-cas9-considerazioni-etiche/.

¹¹ Per un'analisi su come operi tale tecnica, v. S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 81 ss. Nella letteratura scientifica, v., B. BEKAERT, A. BOEL, G. COSEMANS, L. DE WITTE, B. MENTEN, B. HEINDRYCKX, *CRISPR/Cas gene editing in the human germline*, in *Seminars in Cell and Developmental Biology*, 2022, p. 93 ss.; J.Y. WANG e J.A. DOUDNA, *CRISPR technology: A decade of genome editing is only the beginning*, in *Science*, 2023, p. 1 ss.; E. BIRNEY, *A society-wide conversation is needed about germline genome editing using CRISPR*, in *Nature Medicine*, 2024, p. 30 ss.



La novità di tale sistema, rispetto a *ZFN* e *TALE*, non sta tanto nell'idea, quanto nell'assemblaggio molecolare utilizzato per realizzare l'operazione di *editing*, caratterizzandosi, rispetto alle altre tecniche, per maggior precisione ed efficienza, versatilità, facile programmabilità¹², capacità di modificare piú geni alla volta¹³, nonché facile accessibilità e costi piú ridotti¹⁴.

Non si può comunque tacere il fatto che – pur trattandosi di una tecnologia particolarmente avanzata e, come detto, caratterizzata da una maggior efficienza e affidabilità rispetto al passato – la stessa non sia comunque scevra da criticità, come il rischio di introdurre modificazioni genetiche c.d. *off-target* ossia modificazioni non volute, su sequenze di DNA diverse rispetto a quella sulla quale si intendeva intervenire. Un ulteriore inconveniente è rappresentato dal rischio di mosaicismo, con la conseguenza di avere cellule di un medesimo organismo non identiche geneticamente. E ancora, potrebbero pure verificarsi effetti indesiderati conseguentemente alle modificazioni c.d. *on-target*¹⁵.

Quello della sicurezza rappresenta un argomento importante e dirimente nel dibattito, anche bioetico, sviluppatosi attorno al tema dell'*editing* genetico e della sua applicazione clinica, con particolare riguardo alla sfera riproduttiva. A tal proposito si sottolinea infatti come le tecniche di *editing* consentano di intervenire non solo sulle cellule somatiche (ossia tutte quelle cellule dell'organismo diverse da quelle riproduttive), ma anche sulle cellule germinali ossia le cellule riproduttive (quali le cellule uovo e gli spermatozoi), oltre alle cellule progenitrici dei gameti e alle cellule embrionali nei primi stati di sviluppo (c.d. zigote) o nell'arco del successivo sviluppo.

Tale distinzione risulta di fondamentale importanza e l'impatto è dirimente ove si ammetta l'intervento sulla linea germinale, poiché in questo caso verrà modificato il corredo genetico dei gameti ovvero dell'embrione nei primi stadi o nell'arco del suo sviluppo. Questo comporta che la modifica genetica apportata non è limitata al singolo, ma si trasmetterà ai discendenti del «soggetto editato», alterando così per sempre la composizione genetica delle successive generazioni.

¹² Viene evidenziato – da parte di P. REFOLO, V.L. PASCALI, A.G. SPAGNOLO, *Editing genetico: nuova questione bioetica?*, in *Medicina e morale*, 2017, p. 296 – come i ricercatori non avrebbero piú necessità di produrre una proteina personalizzata per ciascuna sequenza genica da colpire, dovendosi limitare a programmare una molecola di RNA.

¹³ Tale caratteristica si rivela quanto mai utile, laddove si debbano studiare malattie complesse che presuppongono l'interazione e il coinvolgimento di piú geni.

¹⁴ S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 86 ss.; P. REFOLO, V.L. PASCALI, A.G. SPAGNOLO, *Editing genetico*, cit., p. 296.

¹⁵ Sui rischi dell'*editing*, v. M. SCHACKER e D. SEIMETZ, *From fiction to science: clinical potentials and regulatory considerations of gene editing*, in *Clinical Translational Medicine*, 2019, p. 11 ss.



È evidente come si tratti di una conquista senza precedenti. Il genoma umano, per centinaia di migliaia di anni, esposto alle sole forze della mutazione causale e della selezione naturale, risulta ora editabile dallo stesso uomo, capace di modificare non solo il DNA del singolo, ma anche quello delle generazioni future, venendo sovvertito il ruolo che l'essere umano ha nella propria evoluzione¹⁶. E tutto ciò si rivela ancor più impattante ove si considerino le potenzialità applicative dell'*editing*. L'impiego di tale tecnologia sulla linea germinale potrebbe infatti essere l'inizio di una china pericolosa verso l'*enhancement*¹⁷ con il passaggio da un'eugenetica terapeutica a una positiva. Si profila così il rischio che l'*editing* possa essere utilizzato, non solo per una finalità curativa e/o diagnostica, ma anche per il miglioramento del corredo genetico individuale e per il raggiungimento di scopi estranei alla medicina¹⁸, con tutte le difficoltà del caso nel

¹⁶ J. DOUDNA e S. STERNBERG, *Il futuro della vita*, cit., p. 9. Inoltre, sul tema, v. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 46 ss. (traduzione di L. CEPPA), ove si discorre di oggettivazione tecnica della natura umana e del confondersi tra loro degli ambiti categoriali del «tecnicamente prodotto» e del «naturalmente divenuto», con la conseguenza che «il giovane che sia stato geneticamente manipolato scoprirà il proprio corpo come qualcosa di tecnicamente prodotto». È stato evidenziato come le stesse frontiere dell'umano stiano divenendo «mobili», come emerge in S. RODOTÀ, *Il corpo e il post-umano*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 841. E ancora, v. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, p. 250, ove risulta il timore che le nuove tecnologie conducano a una nuova definizione di normalità e a discriminazioni su base genetica, muovendo dall'idea che la malattia e l'incapacità rappresentino delle deviazioni rispetto al tipico funzionamento della specie. Per uno studio, in chiave sociologica, rispetto al tema della selezione genetica, v. più recentemente D. VIVIANI, *Performance e predeterminazione, artificialità e supremazia del codice*, in P. DI NICOLA, C. LONARDI e D. VIVIANI (a cura di), *Forzare la mano. Natura e cultura nella procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2018, p. 134 ss.

¹⁷ Nell'ambito dello studio del 15 maggio 2009 elaborato dallo *Science and Technology Options Assessment* del Parlamento europeo e intitolato *Human enhancement*, tale fenomeno viene definito nei seguenti termini «*as a modification aimed at improving individual human performance and brought about by science-based or technology-based interventions in the human body*». Il testo è consultabile in [europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET\(2009\)417483](http://europarl.europa.eu/stoa/en/document/IPOL-JOIN_ET(2009)417483).

Sul tema, v. A. BERTOLINI, *Governare il potenziamento umano attraverso i principi di dignità e uguaglianza. Appunti per un quadro teorico-dogmatico di riferimento*, in *Pol. dir.*, 2022, p. 435 ss.; L. D'AVACK, *Per un uso umano dell'enhancement*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2021, p. 79 ss.; C. CASELLA, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, p. 151; L. RICCI, B. DI NICOLÒ, P. RICCI, F. MASSONI e S. RICCI, *L'esercizio del diritto al di là della terapia: lo human enhancement*, *ivi*, 2019, p. 497 ss.; O. ERONIA, *Potenziamento umano e diritto penale. Il "Caso" dell'enhancement cognitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 977 ss.

¹⁸ S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 245 ss., distingue tra «*enhancement medico*» ed «*enhancement non medico*» a seconda che l'impiego delle tecniche di *editing* germinale sia finalizzato, rispettivamente, a conferire all'individuo resistenza o immunità a future malattie (intervendo quindi su geni sani) oppure a conferire all'individuo dei tratti



delinare il confine fra terapia e miglioramento¹⁹ e nel definire la nozione di malattia²⁰.

2. È chiaro come il progresso della scienza e l'avvento delle tecniche di *gene editing* pongano importanti sfide, obbligando a una profonda riflessione, oltre che sul piano scientifico ed etico, anche su quello giuridico. Sebbene oggi, in ragione dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche, esistano ostacoli, anzitutto in termini di sicurezza, rispetto all'applicazione dell'*editing* genetico germinale in ambito clinico, l'esperimento condotto da He Jiankui nel 2018 è comunque esemplificativo di come il confine dell'*editing* a scopo di ricerca sia già stato superato una volta. Fino a quel momento non era pensabile che qualcuno potesse oltrepassare la soglia rappresentata dall'applicazione delle tecniche in parola alla sola ricerca di base, senza aver prima risolto le numerose criticità, sia scientifiche che etiche, conseguenti alla loro applicazione alla sfera riproduttiva. Arrivati a questo punto, però, è immaginabile che in un futuro non meglio precisato, ma credibilmente non troppo lontano, le tecniche di *editing* genetico possano fare il loro ingresso (quantomeno in alcuni Stati²¹), oltre che nell'ambito della terapia genica somatica²² e della ricerca di base e pre-clinica (ove stanno già trovando spazio), anche nell'ambito clinico.

che nulla hanno a che vedere con la prevenzione di una malattia (potenziando per esempio la memoria e le capacità cognitive).

Nell'esperimento portato avanti dal ricercatore He Jiankui, sfociato nella nascita delle gemelline Lulu e Nana, parrebbe ravvisarsi un'ipotesi di *enhancement* medico, atteso che la modificazione genetica apportata non era finalizzata a curare alcuna malattia, bensì a prevenire un'eventuale infezione da Hiv, determinando una sorta di immunizzazione attraverso la disattivazione del gene *Ccr5* che codifica quella proteina ritenuta la porta d'ingresso dell'Hiv alle cellule dell'organismo. D'altro canto, alcuni studi – AA.Vv., *CCR5 Is a Therapeutic Target for Recovery after Stroke and Traumatic Brain Injury*, in *Cell*, 2019, p. 1143 ss. – avrebbero evidenziato gli effetti positivi della disattivazione del gene *Ccr5* sulle funzioni cognitive di un individuo; da qui il presagio di un pericoloso tentativo di potenziamento anche «non medico». Quest'ultimo profilo viene sottolineato anche da M. RIZZUTI, *Danno da wrongful life e nuove tecnologie genetiche*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2023, p. 311, spec. nota n. 11.

¹⁹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 21 ss.

²⁰ Evidenzia la progressiva soggettivazione del concetto di malattia C. IAGNEMMA, *L'editing genetico: una sfida (anche) normativa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, p. 1313, spec. nota n. 17.

²¹ Tale circostanza potrebbe peraltro alimentare fenomeni di «turismo riproduttivo».

²² Per quanto concerne l'applicazione del *gene editing* alle cellule somatiche umane, si tratta di pratica consentita, che ha peraltro condotto a risultati incoraggianti nel trattamento di patologie quali l'anemia falciforme e la beta-talassemia. Sul tema si è espresso positivamente, nel senso quindi della ammissibilità di questo genere di manipolazioni, il Comitato Nazionale per la Bioetica nel 2017. L'applicazione clinica del *gene editing* alle cellule somatiche era già stata valutata positivamente dall'*International summit on human editing* nel 2015, i cui esiti sono stati successivamente ribaditi da scienziati e bioeticisti di diversa provenienza geografica.



AN
NAL
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

124

Appare quindi dirimente delineare il contesto normativo e i limiti nel rispetto dei quali sarebbe ipotizzabile il ricorso a queste nuove tecnologie, puntando appunto l'attenzione all'*editing* genetico germinale. In linea generale è rinvenibile una certa cautela rispetto alle manipolazioni genetiche che interessino le cellule germinali, non essendovi peraltro alcuno Stato che ammetta la possibilità di utilizzare le tecniche in discorso per fini riproduttivi.

Non sono invero molte le norme che a livello sovranazionale e nazionale, comprendendosi sia atti di *hard law* che atti di *soft law*, affrontano direttamente o indirettamente il tema delle modifiche genetiche. A livello internazionale si può anzitutto ricordare la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e i Diritti dell'Uomo adottata dall'Unesco nel 1997²³. Se da un lato vengono riconosciute le prospettive offerte dalla ricerca sul genoma ai fini del miglioramento della salute degli individui e dell'umanità intera, dall'altro lato, nel Preambolo, viene evidenziato come tale ricerca debba in ogni caso rispettare la dignità umana, la libertà e i diritti umani, nonché il divieto di ogni forma di discriminazione basata su caratteristiche genetiche. Di fondo vi è quindi la preoccupazione che gli sviluppi della genetica non avanzino in modo incontrollato, venendo altrimenti poste in pericolo l'identità e l'unità del genere umano.

In questa prospettiva, dunque, fra le disposizioni, aventi una rilevanza indiretta in tema di *gene editing*, si ricorda l'art. 1 della Dichiarazione il quale sancisce: «The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity». Il genoma viene così iscritto nel patrimonio comune dell'umanità. In applicazione di ciò, il successivo art. 11 vieta tutte quelle pratiche che siano contrarie alla dignità umana, indicando a titolo esemplificativo la clonazione. È solo all'art. 24 – ove viene conferito all'*International Bioethics Committee (IBC)* dell'Unesco il compito d'identificare le pratiche suscettibili di porsi in contrasto con la dignità umana – ove vengono espressamente menzionati gli interventi genetici sulla linea germinale²⁴.

²³ Tale Dichiarazione è stata adottata all'unanimità nel corso della XXIX Conferenza Generale dell'Unesco dell'11 novembre del 1997 e poco tempo dopo è stata approvata anche da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Il testo è consultabile in unesco.org/en/ethics-science-technology/human-genome-and-human-rights.

²⁴ Tale posizione viene confermata nel *Report of the IBC on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line Intervention* del 2003, consultabile in unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000130248. Successivamente nel *Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights* del 2015, consultabile in unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233258, il Comitato raccomanda una moratoria sull'*editing* del genoma della linea germinale umana.



Quanto alla portata precettiva della Dichiarazione, si evidenzia come la stessa rientri negli strumenti internazionali di *soft law* e non abbia quindi carattere vincolante per gli Stati firmatari, potendosi comunque ritenere che la stessa, per le nozioni espresse e per le preoccupazioni a essa sottese, concorra a tracciare la cornice all'interno della quale affrontare il tema.

A ben vedere la prima organizzazione internazionale a essersi occupata del tema, in modo quasi pionieristico²⁵, è stato il Consiglio d'Europa con tre raccomandazioni emesse nel corso degli anni Ottanta. Trattasi, anche in questo caso, di atti di *soft law*.

La prima Raccomandazione, intitolata *Genetic engineering*, viene adottata da parte dell'Assemblea parlamentare nell'anno 1982²⁶. In tale contesto se da un lato emerge l'entusiasmo rispetto alle applicazioni e alle potenzialità delle biotecnologie nell'ambito della genetica umana, dall'altro lato vi sono comunque consapevolezza e timore circa le conseguenti implicazioni sul piano etico, sociale e giuridico e i rischi connessi alla possibilità di manipolare le caratteristiche ereditarie di un individuo. Per tali ragioni, dunque, viene raccomandato il riconoscimento, nell'ambito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, del «diritto ad un patrimonio genetico che non abbia alcuna manipolazione»²⁷, configurando tale diritto come una sorta di articolazione dei diritti alla vita e alla dignità umana garantiti dagli artt. 2 e 3 della summenzionata Convenzione. Tale diritto non viene tuttavia configurato in termini assoluti, venendo infatti sottolineato nella Raccomandazione come il suo riconoscimento non debba ostacolare «la messa a punto di applicazioni terapeutiche dell'ingegneria genetica (terapia genica), piena di promesse per il trattamento e l'eliminazione di certe malattie trasmesse geneticamente», ammettendo peraltro la possibilità di esperimenti su embrioni e feti.

Tali indicazioni sembrano trovare riscontro anche nella successiva Raccomandazione del 1986 – dal titolo *Use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes*²⁸ – ove la finalità terapeutica dell'intervento continua a rappresentare

²⁵ Il Consiglio d'Europa inizia a occuparsi delle applicazioni cliniche dell'ingegneria genetica in un momento in cui la possibilità di tali applicazioni era ancora puramente teorica, risalendo i primi esperimenti di terapia genica somatica alla fine degli anni Ottanta.

²⁶ Si tratta della Raccomandazione n. 934 (1982), il cui testo è consultabile in pace.coe.int/en/files/14968.

²⁷ Tale diritto non è stato però poi mai formalizzato in alcun documento ufficiale, forse anche in ragione delle difficoltà nell'individuare il contenuto.

²⁸ Si tratta della Raccomandazione n. 1046 (1986), il cui testo è consultabile sul sito pace.coe.int/en/files/15080.



un presupposto di ammissibilità dello stesso²⁹, pur provvedendo la Raccomandazione a elencare in séguito una serie di pratiche genetiche vietate. Tra queste compaiono la ricerca e la sperimentazione sugli embrioni, non essendovi invece alcun cenno agli interventi genetici somatici e germinali.

Se dalle Raccomandazioni n. 934 (1982) e n. 1046 (1986) traspare un atteggiamento del Consiglio sí prudente, ma al contempo aperto e teso al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, con la terza Raccomandazione – ovvero la n. 1110 (1989) intitolata *Use of human embryos and fetuses in scientific research* – si assiste a un cambio di rotta³⁰. La lettera G) dell'appendice prevede infatti espressamente che ogni intervento terapeutico sulla linea germinale umana debba essere vietato.

Tale chiusura netta nei confronti della terapia genica germinale trova un consolidamento, alcuni anni piú tardi, nella Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina sottoscritta a Oviedo nel 1997 (nota piú semplicemente come Convenzione di Oviedo). Si tratta del primo Trattato internazionale sulla bioetica, il cui obiettivo, dichiarato, è quello di adottare, nel campo delle applicazioni della biologia e della medicina, le misure proprie a garantire la dignità dell'essere umano e i diritti e le libertà fondamentali della persona.

In tale contesto l'art. 13 prevede che un intervento, avente quale obiettivo quello di modificare il genoma umano, non possa essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e a condizione che non abbia lo scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti. Risultano cosí proibiti gli interventi sulla linea germinale, consentendo l'utilizzo della terapia genetica alle sole cellule somatiche e limitatamente alle applicazioni preventive, diagnostiche e terapeutiche.

Di tale previsione, a dispetto del dettato apparentemente chiaro, si è tentato di offrire una diversa lettura. Atteso che testualmente vengono vietati quegli interventi che abbiano «come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti», si è provato ad affermare che laddove l'intervento abbia quale obiettivo precipuo quello di evitare l'insorgenza di una malattia genetica, rappresentando l'ereditarietà della modifica solamente una conseguenza indiretta, tali interventi si potrebbero ritenere legittimi³¹.

²⁹ Al punto 1) la Raccomandazione afferma infatti: «*Recalling its Recommendation 934 (1982) on genetic engineering, proposing a range of measures including in particular the recognition of the right to a genetic inheritance which should not be artificially interfered with except for therapeutic purposes*».

³⁰ Il testo è consultabile in pace.coe.int/en/files/15144.

³¹ V. NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Genome editing and human reproduction*, London, 2018, p. 117, nota n. 423, consultabile in nuffieldbioethics.org/publications/genome-editing-and-human-reproduction.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

127

Come è stato evidenziato, tuttavia, una tale interpretazione si porrebbe in contrasto con la stessa *ratio* della Convenzione³², la quale sembrerebbe piuttosto introdurre un divieto, rigido e assoluto, rispetto all'applicazione clinica del *gene editing* sulle cellule germinali e/o su embrioni precoci destinati all'impianto in utero³³.

Per quanto concerne l'efficacia della Convenzione di Oviedo, si evidenzia come la stessa rappresenti l'unica regolamentazione giuridicamente vincolante in materia di *gene editing* sulla linea germinale, ovviamente con riguardo a quei soli Stati firmatari che abbiano successivamente provveduto alla relativa ratifica. A tal proposito si segnala come dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa solamente 29 abbiano firmato e ratificato la Convenzione; 6 Stati (tra i quali figura anche l'Italia³⁴) l'hanno firmata, ma non hanno completato l'iter per la ratifica; 12 Stati (tra i quali spicca l'assenza di potenze quali Germania, Regno Unito, Russia e Austria) non l'hanno nemmeno firmata. Con particolare riguardo al nostro Ordinamento, non essendo appunto stato completato il processo di ratifica, la Convenzione di Oviedo non può essere considerata diritto vigente. Ciò non toglie che possa comunque esserle riconosciuta «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo»³⁵.

Proseguendo, quanto alle fonti dell'Unione Europea, può essere ricordata la Carta di Nizza, la quale, pur non annoverando norme specificamente dedicate all'*editing* sulla linea germinale, contiene talune disposizioni rilevanti in tema di manipolazione genetica. In questa prospettiva l'art. 3 sancisce al primo comma il diritto dell'individuo alla propria integrità fisica e psichica, declinandolo poi al secondo comma nell'ambito della medicina e della biologia con la previsione – per quanto qui inte-

³² Cfr. N. CONDITI, *Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato come limite alla legittimità delle manipolazioni genetiche embrionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, p. 258 s.

³³ D. NERI, *Crispr-cas9, la Convenzione di Oviedo e le generazioni future*, in *S&F*, 2017, p. 199, il quale evidenzia come la Convenzione di Oviedo, difformemente dalla *communis opinio*, in tema di modifiche genetiche ereditabili pone un bando e non una moratoria.

³⁴ Sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la l. 28 marzo 2001, n. 145, lo strumento di ratifica non è mai stato depositato presso il Consiglio dell'Unione europea.

³⁵ In questi termini si era espressa, sebbene su di una questione diversa in tema di diritto all'autodeterminazione del malato in stato vegetativo permanente nell'ambito del noto e doloroso caso Englaro, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *DeJure online*. In tale pronuncia la Suprema Corte evidenzia come la stessa Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della l. n. 40 del 2004, ebbe modo di precisare che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con la Convenzione di Oviedo, con ciò implicitamente confermando che i principi in essa contenuti sono parte integrante del sistema e che da essi non si possa prescindere.



ressa – del divieto delle pratiche eugenetiche, con particolare riguardo a quelle aventi come scopo la selezione delle persone.

Che cosa si debba intendere per «pratiche eugenetiche» non viene chiarito, ponendosi così l'interrogativo se gli interventi di modifica sulla linea germinale rientrino o meno in tale divieto. Nelle Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali viene chiarito che «il riferimento alle pratiche eugeniche, segnatamente quelle che hanno come scopo la selezione delle persone, riguarda le ipotesi in cui siano organizzati e attuati programmi di selezione che comportino, per esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, matrimoni etnici obbligatori, ecc., atti considerati tutti crimini internazionali allo statuto della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998 (cfr. articolo 7, paragrafo 1, lettera g)». Ne consegue che laddove gli interventi di modifica genetica dovessero essere imposti su larga scala per volontà statale, dovranno ritenersi sicuramente vietati. Rimane tuttavia il dubbio se anche gli interventi di *editing* realizzati sulla base di una scelta individuale e per un fine terapeutico siano assoggettati al predetto divieto³⁶. Quel che è certo è che, diversamente dalla Convenzione di Oviedo, in questo caso non viene previsto un divieto esplicito nei confronti delle modificazioni genetiche della linea germinale.

3. Venendo al nostro Ordinamento, si segnala anzitutto come manchi una legge che si occupi in maniera diretta di modificazioni genetiche³⁷. L'unico riferimento rilevante, sia pur indiretto, è rappresentato dall'art. 13 della l. 19 febbraio 2004, n. 40.

Il primo comma di detto articolo vieta qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, salvo poi essere introdotta un'eccezione al comma 2, ove la ricerca clinica e sperimentale viene consentita «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». E ancora, si ricorda come al comma 3 risultino vietati – limitandosi in questa sede a ricordare quei soli divieti che interessano ai fini del discorso – la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, nonché ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei game-

³⁶ S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 144 ss., ritiene che una proibizione di questi interventi non possa essere ricavata dall'art. 3 della Carta di Nizza, anche alla luce di un'interpretazione di tale norma combinata con la previsione di cui al successivo art. 35 in materia di protezione della salute.

³⁷ Per un confronto con altri ordinamenti, v. S. BONOMELLI, *o.m.c.*, p. 157 ss.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

129

ti ovvero quegli interventi che siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete o a predeterminarne le caratteristiche genetiche, fatta eccezione per gli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche ai sensi del citato comma 2³⁸.

Ebbene, questo frammento normativo che permette di derogare al divieto di ricerca sperimentale sugli embrioni umani, nel caso di interventi che vadano a vantaggio della salute dell'embrione, parrebbe essere paradossalmente compatibile con l'impiego dell'*editing* genetico sulla linea germinale nell'ambito riproduttivo, qualora rispondente a una finalità diagnostica e terapeutica³⁹.

La lettura che ne è stata data dalla dottrina maggioritaria va nel senso che una tale conclusione sarebbe in ogni caso possibile solamente laddove si trattasse di tecniche perfezionate e debitamente testate sul piano della loro sicurezza. Tale processo di affinamento della tecnica non sarebbe tuttavia attuabile in Italia, in ragione del divieto di cui al comma 1 dell'art. 13 che, vietando qualsiasi sperimentazione sugli embrioni umani, precluderebbe di svolgere sugli stessi tutte quelle attività di ricerca necessarie per testare, migliorare e verificare le tecniche di *editing* germinale. È tuttavia evidente come tale impostazione generi un «cortocircuito», atteso che nel nostro ordinamento sarebbe possibile fruire delle tecniche di *germline gene editing* solamente una volta che le stesse siano state sviluppate al di fuori dell'Italia, con evidenti perplessità quanto alla coerenza etica di tale disciplina⁴⁰.

³⁸ La violazione dei divieti di cui ai commi 1 e 3 integra una fattispecie delittuosa, sanzionata ai sensi dei successivi commi 4 e 5.

³⁹ Come sottolineato da M. RIZZUTI, *Danno da wrongful life*, cit., p. 311, nota n. 13, è evidente come il nostro Legislatore non potesse avere in mente una tale ipotesi al momento della redazione della l. n. 40 del 2004, essendo questa stata emanata in un tempo in cui le tecniche in discorso stavano sì iniziando a muovere i primi passi, non essendo però ancora pensabile a quel tempo il successo che avrebbe ottenuto, di lì a qualche anno, la tecnologia *CRISPR-Cas9*. Ciò non toglie che tale previsione possa comunque essere utilizzata nel dibattito attorno al tema dell'ammissibilità delle tecniche di *editing* sulle cellule germinali.

Come osservato nel 2016, dunque prima rispetto all'esperimento di He Jiankui, da D. NERI, *Embryo editing: a proposito di una recente autorizzazione dell'HFEA*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, p. 266, «la legge italiana permette l'alterazione del patrimonio genetico dell'embrione a condizione che tale alterazione sia diretta a tutelare la salute e lo sviluppo dell'embrione stesso. Di conseguenza, dal punto di vista legale, l'Italia potrebbe essere uno di quei paesi nei quali, in un futuro più o meno vicino, potrebbe nascere il essere umano col genoma modificato grazie a *CRISPR-Cas9*».

⁴⁰ In questi termini S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 199 ss., la quale analizza ulteriori profili di criticità come il rapporto tra l'art. 13 della l. n. 40 del 2004 e l'art. 13 della Convenzione di Oviedo; D. NERI, *Embryo editing*, cit., p. 266, discorre di un «classico *escamotage* all'italiana» come a dire: «gli altri, ad esempio gli inglesi, facciano pure il lavoro sporco; poi, se ci saranno buoni risultati, noi li useremo a vantaggio delle coppie e degli embrioni italice».



Merita infine di essere ricordato il Codice della proprietà industriale⁴¹, il quale, all'art. 81 *quinquies*, esclude la brevettabilità dei procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano. Se è vero che brevettabilità (e quindi sfruttamento commerciale dei predetti procedimenti biotecnologici) e possibilità di eseguire sperimentazioni sulla linea germinale operano su piani diversi, emerge comunque una preoccupazione di fondo circa il rispetto della dignità e dell'integrità umana.

Dalla disamina sin qui condotta, partendo dal piano sovranazionale sino a scendere a quello nazionale, emerge la mancanza di un'organica disciplina sul tema della *germline gene editing*, potendosi comunque ravvisare una generale cautela sul tema. Al contempo l'esperimento condotto da He Jiankui nel 2018 e la consapevolezza che, con tutta probabilità, sia solamente questione di tempo prima che l'*editing* genetico germinale possa essere ammesso anche nella sfera clinica, pongono il problema di dover regolamentare tale fenomeno, quantomeno al fine di garantire che l'eventuale impiego clinico di tale tecnologia (laddove un giorno sussistano tutte le condizioni di sicurezza) avvenga in maniera responsabile, controllata e nel rispetto di *standard* minimi da individuare a livello internazionale.

È indubbio come la convergenza verso principi comuni sia un'operazione tutt'altro che agevole, approcciandosi ciascuno Stato a partire dalla propria storia e dai propri valori culturali. A questo, in un mondo sempre più globalizzato, potrebbero un domani seguire fenomeni di turismo sanitario⁴². È di tutta evidenza come quella del *gene editing* rappresenti una tecnologia sì potente, ma a tratti quasi inquietante, portando con sé molteplici corollari di carattere etico e morale, senza tralasciare quelli religiosi, non essendo d'altro canto pensabile che il DNA possa essere trattato alla stregua di un *software* con un *bug* da eliminare. La grande sfida, pertanto, sarà quella di riuscire ad adottare un approccio proattivo e multidisciplinare, allo scopo di prevenire il verificarsi di nuovi episodi come quello di He Jiankui, realizzatosi con modalità del tutto incontrollate e al di fuori di una benché minima garanzia di sicurezza per la salute



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

131

⁴¹ Il Codice recepisce la direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, con la quale il legislatore dell'Unione ha inteso escludere la possibilità di ottenere un brevetto laddove il rispetto dovuto alla dignità dell'essere umano possa esserne pregiudicato. Per un *excursus* dell'*iter* che ha portato all'adozione di tale direttiva, v. L. MARINI, *Brevetto biotecnologico e cellule staminali nel diritto comunitario*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 593 ss.

⁴² Per un'idea di *governance* «a doppio binario», v., S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 451 ss.

delle nate, aprendo peraltro nuovi scenari in tema di responsabilità medica e avendo comunque dimostrato come la capacità di controllare il futuro genetico umano non sia più un orizzonte fantascientifico.

4. Nell'ambito delle tecniche germinali, una particolare menzione spetta alle tecniche di donazione mitocondriale⁴³, volte a prevenire l'ereditarietà di alcune gravi (talvolta addirittura letali) patologie mitocondriali⁴⁴, causate da alterazioni nel funzionamento dei mitocondri⁴⁵.

I mitocondri possono essere intesi come dei piccoli organelli presenti in grandi quantità nel citoplasma delle cellule eucarioti. Essi vengono considerati le centrali energetiche dell'organismo. Al loro interno, infatti, avvengono tutti quei processi biochimici che forniscono alle cellule l'energia necessaria per lo svolgimento delle proprie funzioni vitali, svolgendo inoltre funzioni cruciali anche per il mantenimento, la crescita, la differenziazione, la riparazione e l'apoptosi cellulare.

I mitocondri si caratterizzano per avere un proprio genoma, formato da 37 geni (rispetto ai 20.000-30.000 geni trovati nel DNA nucleare)⁴⁶. Il DNA mitocondriale (c.d. mtDNA) rappresenta lo 0,1% del complessivo genoma di una cellula, essendo invece il 99,9% rappresentato dal DNA nucleare (presente nel nucleo cellulare). I mitocondri sono presenti in quasi tutte le cellule umane, anche in quelle riproduttive. Accade tuttavia che, in séguito alla fecondazione di un ovocita, i mitocondri dello spermatozoo inizino un processo di autodistruzione, di talché il DNA mitocondriale dell'embrione risulterà provenire in modo esclusivo dalla cellula uovo e quindi dalla madre.

Il DNA mitocondriale si differenzia da quello nucleare per una mag-

⁴³ Si precisa come l'inclusione di tali tecniche nell'ambito del *germline editing* non sia condivisa, soprattutto in considerazione del fatto che il DNA mitocondriale rappresenta una percentuale molto bassa del complessivo DNA di una cellula e che i tratti genetici caratterizzanti l'individuo sono contenuti nel DNA nucleare, piuttosto che in quello mitocondriale. Si ritiene comunque di poter condividere l'inclusione di tali tecniche nell'ambito di quelle volte alla modifica della linea germinale, atteso che la sostituzione del mtDNA malato con quello sano, comporterà la trasmissione del secondo alle successive generazioni.

⁴⁴ Tra le malattie mitocondriali più note si possono ricordare: retinopatie pigmentose, atrofie ottiche (come la LHON), sordità e ipoacusia neuosensoriale (c.d. Sindrome di Pearson), atassie, distonia, parkinsonismo, encefalopatie (c.d. Sindrome di Leigh), pseudo-ostruzioni intestinali, ipoparatiroidismo, diabete mellito.

⁴⁵ Tali pratiche sono peraltro oggetto di recenti disegni di legge all'esame del Senato, volti alla delega al Governo per la definizione delle tecniche di sostituzione mitocondriale all'interno della procreazione medicalmente assistita. Trattasi dei ddl n. 949 e n. 1052, consultabili sul sito *senato.it*.

⁴⁶ Il DNA mitocondriale codifica 13 dei circa 90 geni richiesti per la fosforilazione ossidativa (OXPHOS), ossia il processo che genera l'energia delle cellule, immagazzinandola nella molecola di adenosina trifosfato (ATP).



gior sensibilità alle mutazioni, le quali, ove presenti, potranno causare l'insorgenza di patologie genetiche⁴⁷. In questo contesto si collocano appunto le tecniche di donazione mitocondriale (MRTs), aventi lo scopo di evitare la trasmissione matrilineare di patologie connesse al mtDNA⁴⁸. Tale sistema comporta la sostituzione di mitocondri malati con altri sani, grazie all'apporto di una donatrice di ovociti che fornisce il materiale genetico a una coppia. Semplificando accade che il nucleo oocitario della donna portatrice di un difetto genico mitocondriale viene inserito nell'ovocita denucleato della donatrice, contenente i mitocondri sani⁴⁹. In questo modo la prima riuscirà a trasmettere il proprio patrimonio genetico nucleare al figlio, ma non il DNA mitocondriale, evitando la possibile trasmissione della malattia mitocondriale alla successiva discendenza.

Tale tecnica condurrà dunque alla nascita di una persona con tre genitori genetici: il padre, la «madre nucleare» e la «madre mitocondriale» (ovvero la donatrice). Vi saranno tre persone che forniranno il proprio contributo genetico alla nascita di un individuo. Oltre al dibattito sul piano scientifico circa i possibili effetti collaterali conseguenti alla combinazione di genomi differenti, seppure in percentuali minime, è facile immaginare la discussione che ne è derivata anche sul piano etico-morale⁵⁰. E questo nonostante il *Nuffield Council on Bioethics*, organismo indipendente inglese istituito nel 1991, in un *Report* del 2012⁵¹ ebbe per esempio

⁴⁷ Sul punto v. T. PENNA, *Donazione mitocondriale: recenti sviluppi, problematiche etiche attorno al concetto di "identità" dei nati e impieghi non terapeutici. Perché le Mitochondrial Replacement Techniques sono ancora un capitolo aperto nel grande libro della fecondazione assistita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2022, p. 101; l'A. precisa che la mutazione del mtDNA potrebbe essere presente in tutte le cellule dell'organismo (c.d. omoplasma), trattandosi comunque di un'ipotesi rara. Nella maggior parte dei casi, infatti, accade che all'interno dell'organismo convivano cellule che possiedono mitocondri sani e mitocondri mutati (c.d. eteroplasma). In caso di omoplasma si avrà certezza circa la trasmissibilità della mutazione ai figli; in caso di eteroplasma, invece, vi sarà incertezza rispetto alla probabilità di trasmissione e alla gravità delle conseguenze.

⁴⁸ O.M. RUSSELL, G.S. GORMAN, R.N. LIGHTOWLERS e D.M. TURNBULL, *Mitochondrial Diseases: Hope for the Future*, in *Cell*, 2020, p. 168 ss.; A. GREENFIELD, P. BRAUDE, F. FLINTER, R. LOVELL-BADGE, C. OGILVIE e A.C.F. PERRY, *Assisted reproductive technologies to prevent human mitochondrial disease transmission*, in *Nature Biotechnology*, 2017, p. 1059 ss.

⁴⁹ Per un più ampio approfondimento e per alcuni riferimenti bibliografici, v. T. PENNA, o.c., cit., p. 103 ss., ove vengono riportate le diverse tipologie di MRTs descritte nella letteratura medica.

⁵⁰ Sulle questioni etiche sollevate da queste procedure, v. M. BALISTRERI, *In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro: questioni etiche e prospettive giuridiche*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 64 ss. Nella letteratura straniera, v. F. BAYLIS, *The ethics of creating children with three genetic parents*, in *Reprod. BioMedicine Online*, 26, 2013, p. 532 ss.

⁵¹ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Novel techniques for the prevention of mitochon-*



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

133

modo di precisare come la donazione mitocondriale non implichi invero, né dal punto di vista biologico, né da quello giuridico, il fatto che il nato abbia un «terzo genitore» o una «seconda madre», essendo il contributo genetico offerto dalla donatrice minimo rispetto alla percentuale di DNA nucleare dei genitori intenzionali ereditata dal nascituro.

Tali aspetti offrono lo spunto per osservare come l'avvento delle tecniche di *editing* genetico e di sostituzione mitocondriale imponga una rielaborazione dei paradigmi che tradizionalmente accompagnano il diritto di famiglia. In particolare, la prospettiva che le terapie germinali possano trovare spazio in ambito riproduttivo – circostanza già possibile in alcuni Stati per quanto riguarda le MRTs⁵² – suscita alcune riflessioni attorno alla nozione di genitorialità.

Con riguardo alle tecniche di *editing* genetico, è stato evidenziato – in realtà – come il nato da un embrione editato, proprio in ragione della manipolazione genetica, potrebbe non avere nessi genetici con i propri genitori, con ripercussioni sul suo *status* personale e familiare, allorquando si tratti di provare il rapporto di genitorialità ovvero di parentela, laddove per contro, in caso di sostituzione mitocondriale, il nato erediterà il proprio genoma non da due, bensì da tre persone. In dottrina vi è chi ha parlato rispettivamente di «a-genitorialità genetica» e di «poli-genitorialità»⁵³.

Rispetto alle persone editate, tecnicamente, non potrebbe aversi alcuna genitorialità in senso genetico, mancando una discendenza biologica: da qui il richiamo in dottrina a una genitorialità solo intenzionale o sociale⁵⁴.

drial DNA disorders: an ethical review, 2012, consultabile in nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Novel_techniques_for_the_prevention_of_mitochondrial_DNA_disorders.pdf.

⁵² Il Regno Unito è stato il primo Paese a legalizzare il ricorso a tali tecniche, dotandosi di una specifica regolamentazione. Con riguardo all'*iter* e al dibattito che ha condotto il Regno Unito a legalizzare l'utilizzo della *mitochondrial donation*, v. S. BONOMELLI, *L'editing genetico germinale umano*, cit., p. 180 ss.; M. BALISTRERI, *In merito alle procedure che permettono di correggere le anomalie mitocondriali del nascituro*, cit., p. 62 ss. Vi sono poi Paesi in cui queste tecniche sono state utilizzate proprio in ragione della mancanza di vincoli legislativi, tra i quali si segnalano Messico, Ucraina e Grecia.

⁵³ M. RIZZUTO, *Editing genetico e diritto di famiglia*, cit., p. 226 ss.

⁵⁴ M. RIZZUTO, *o.u.c.*, p. 232, il quale nel prosieguo distingue tra un *editing* omologo e un *editing* eterologo. Sulla nozione di genitore d'intenzione nell'ambito della maternità surrogata, tra gli altri, v. M. DOGLIOTTI, *Ancora sui figli di coppie dello stesso sesso: l'autorevolezza della Cassazione, la forza della giurisprudenza di merito e la speranza...nella Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2024, p. 642 ss.; G. DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 110; M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 851 ss. Per una particolare riflessione circa l'attestarsi di una nuova forma di genitorialità sociale anche rispetto al tema dell'utero artificiale, v. A. CORDIANO, *Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e*



La responsabilità genitoriale potrà dunque essere attribuita ai soggetti dai cui gameti sia stato formato l'embrione poi modificato (oppure in favore di coloro che abbiano commissionato tale procedimento a partire dai gameti altrui), venendosi quindi il rapporto di filiazione e l'assunzione di responsabilità genitoriale a fondare non sul nesso genetico, bensì sul consenso prestato rispetto alla manipolazione genetica, secondo meccanismi che in parte richiamano alla mente quanto già accade in tema di PMA eterologa e maternità surrogata⁵⁵.

Ove si considerino invece le tecniche di sostituzione mitocondriale, si profila il problema dell'inquadramento giuridico della donatrice mitocondriale, nonostante il coinvolgimento di «terzi attori» nel processo riproduttivo non sia invero un fenomeno nuovo⁵⁶. Nell'ambito della legislazione inglese la maternità viene attribuita alla donna da cui derivi il DNA nucleare, configurandosi invece la donatrice di DNA mitocondriale quale donatrice esterna⁵⁷.

La tendenza è quindi nel senso che la persona non possa essere semplicemente ridotta al suo corredo genetico, con la conseguenza che non sarà sufficiente contribuire al genoma del nascituro per diventarne genitore. Viene minimizzato l'apporto genetico della donatrice, che in questo modo viene ad assumere una posizione marginale⁵⁸, laddove per contro potrebbero astrattamente darsi ipotesi di persone che vorrebbero invece poter beneficiare del potenziale grado di parentela genetica mitocondriale. Si pensi a una coppia di donne con il desiderio di avere un figlio che sia geneticamente legato a entrambe: attraverso il ricorso alle tecniche in parola l'una potrebbe contribuire con il DNA nucleare e l'altra con il DNA mitocondriale. È però chiaro che, in questo caso, l'impiego della donazione mitocondriale non avverrebbe più a scopo terapeutico, bensì a



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

di desiderio, in V. BARBA, E. WILLIAM DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI (a cura di), *Nuovi paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni*, Roma, 2023, p. 453 ss.

⁵⁵ Proprio sul fronte delle famiglie costituite mediante l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e tramite la maternità surrogata A. CORDIANO, *o.c.*, p. 453, evidenzia come sia appunto rinvenibile un progetto familiare condiviso *ab origine*.

⁵⁶ Al superamento della procreazione per così dire naturale si è già assistito con l'impiego di tecniche quali la PMA eterologa e la gestazione per altri. Le MRTs sembrano peraltro collocarsi a metà strada tra la donazione di gameti e la donazione di organi e tessuti umani.

⁵⁷ Nei ddl all'esame del Senato sono previste la non imputabilità dei tratti distintivi biologici e genetici del nascituro alla donatrice e l'anonimia della donatrice, con conseguente impossibilità della sua identificazione.

⁵⁸ Si ricorda come da un punto di vista scientifico i genitori intenzionali concorrono al genoma del nascituro nella misura del 99,9%, mentre la donatrice con il restante 0,1%.

scopo sociale, aprendo nuovi scenari e ponendo ulteriori interrogativi⁵⁹.

Concludendo, difficilmente si potranno fermare la ricerca e lo sviluppo tecnologico; anzi, pensare di poterlo fare appare alquanto utopistico. Il progresso della scienza si rivela rapido e inarrestabile, con la conseguenza che anche il giurista viene posto dinnanzi a importanti sfide, emergendo nuove forme di «generatività artificiale» e correlativamente «nuove modalità artificiali dell'essere figlio»⁶⁰, da qui l'esigenza di dare una risposta ai nuovi interrogativi del tempo. In questa prospettiva emerge la necessità di una rilettura di alcune tradizionali categorie giuridiche⁶¹, come per esempio quello di genitorialità, interrogandosi al contempo sulla configurabilità o meno di un diritto a essere sé stessi in forza della pura causalità del nascere (e non dell'eteronoma decisione di modificare il corredo genetico del nascituro)⁶²; di un diritto all'identità genetica; di un diritto a nascere con un patrimonio genetico arbitrariamente non modificato⁶³ ovvero di un «diritto a non nascere se non editato»⁶⁴, ponendosi d'altro canto questioni anche rispetto al diritto ad avere dei genitori certi e a conoscere le proprie origini.

I fronti sono dunque molti. In un contesto in cui la stessa genitorialità non risulta più riconducibile a un unico modello⁶⁵, al diritto viene richiesto di intervenire, affinché lo sviluppo tecnologico possa essere utilizzato nel rispetto della dignità umana, a beneficio dell'individuo e della società.

settembre 2024

GIULIA CASTELLANI

⁵⁹ Cfr. T. PENNA, *Donazione mitocondriale: recenti sviluppi, problematiche etiche attorno al concetto di "identità" dei nati e impieghi non terapeutici*, cit., p. 109 ss.

⁶⁰ Vengono riportate le espressioni impiegate da F. ZINI, *L'essere figli e il diritto alle origini*, in G. LO SAPIO (a cura), *La famiglia oggi*, Firenze, 2023, p. 204 ss.

⁶¹ Sia pur affrontando il tema dello statuto da riconoscere all'embrione, v. H. ATLAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. 29 ss. (traduzione di V. CALDERAI), il quale evidenzia come nel contesto della biologia sperimentale domande antiche riguardanti l'identità personale degli individui si pongano in termini nuovi. Per una lettura circa l'incidenza delle nuove tecnologie su un caposaldo quale la capacità giuridica, v. M. TRIGGIANI, *Oltre il "nato vivo": innovazioni tecnologiche e capacità giuridica*, in L. GATT e M.C. GAETA (a cura di), *Costruire una nuova strategia per un diritto europeo protettivo nell'ambiente digitale*, Napoli, 2023, p. 266 ss.

⁶² Cfr. M. CACCIARI e N. IRTI, *Intorno a questioni genetiche (profili filosofico-giuridici)*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 408.

⁶³ Cfr. N. CONDITI, *Il diritto a nascere con un patrimonio genetico non arbitrariamente modificato*, cit., p. 262 ss.

⁶⁴ Cfr. M. RIZZUTO, *Editing genetico e diritto di famiglia*, cit., p. 233 ss.; ID., *Danno da wrongful life*, cit., p. 310 ss.

⁶⁵ Discorre di maternità e genitorialità «decostruite, destrutturate e ricomposte, eterogenee e non più ovviamente riconducibili ad un modello unitario» A. CORDIANO, *Dalle tecniche pre-creative all'utero artificiale*, cit., p. 462.



Abstract

La possibilità di intervenire sul genoma umano e di correggere eventuali mutazioni genetiche non rappresenta più un orizzonte fantascientifico, trattandosi invece di un orizzonte attuale. Con il rapido sviluppo delle tecniche di *gene editing* si è assistito in questi ultimi anni a prospettive d'intervento sempre più concrete, profilandosi la possibilità che in un futuro, credibilmente non troppo lontano, le tecniche di *gene editing* possano fare il loro ingresso anche nella sfera riproduttiva, consentendo di intervenire sulla linea germinale umana. Al contempo le tecniche di *editing* genetico, unitamente alle tecniche di sostituzione mitocondriale, impongono una rielaborazione sul piano giuridico dei paradigmi che tradizionalmente accompagnano il diritto di famiglia, uno su tutti la nozione di genitorialità.

The possibility of intervening on the human genome and correcting any genetic mutations no longer represents a science fiction horizon, but is instead a current horizon. Following the rapid development of gene editing technologies, the last years have seen increasingly concrete intervention prospects. There is the possibility that, in a not too distant future, these techniques can be used into the reproductive sphere, allowing germ-line intervention. At the same time, gene editing technologies, together with mitochondrial replacement techniques, require a re-elaboration on a legal level of the paradigms that traditionally accompany family law, one above all the notion of parenthood.



A
N
N
A
L
I

S
I
D
I
C

S
/
2
0
2
4

137

Questioni giuridiche connesse al trapianto di utero

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina concernente il trapianto di utero in Italia. – 3. Le alternative sussistenti al trapianto di utero. – 4. Brevi cenni sul trapianto di utero a favore del soggetto geneticamente uomo: nuove prospettive e possibilità.

1. Significativo è il riscontro mediatico che ha avuto la nascita avvenuta il 30 agosto 2022 all'ospedale Cannizzaro di Catania della piccola Alessandra: si tratta della prima bambina partorita in Italia da una donna che è riuscita a procreare dopo aver ricevuto un trapianto di utero da donatrice defunta.

La donna, nata priva di utero a causa di una patologia congenita (sindrome di *Rokitansky*), è stata sottoposta a trapianto di utero nell'agosto 2020 nell'ambito di un programma sperimentale coordinato dal Centro nazionale trapianti: a séguito della positiva riuscita dell'intervento si è sottoposta, poi, insieme al marito, a procreazione medicalmente assistita omologa *in vitro*, tecnica che ha consentito loro di diventare genitori.

Il trapianto di utero rappresenta una sperimentazione ancora "agli inizi" non soltanto Italia, ma anche oltre i confini nazionali, se si considera che è del 2014 la prima nascita avvenuta grazie a tale tecnica in Svezia¹:

¹ In particolare, nel 2012, il Comitato etico dell'Ospedale universitario di Göteborg ha dato il via libera a dieci trapianti di utero da donatrici viventi. Il primo è stato eseguito nel settembre 2012 e un anno dopo la paziente è stata sottoposta a terapia immunosoppressiva e a una fecondazione *in vitro* nel tentativo di ottenere una gravidanza (v. S. ZAAMI, E. MARINELLI, N.M. DI LUCA, G. MONTANARI VERGALLO, *Ethical and medico-legal remarks on uterus transplantation: may it solve uterine factor infertility*, in *European Review for Medical and Pharmacological Sciences*, 2017, p. 5290). V. anche M. BRÄNNSTRÖM, L. JOHANNES, P. DAHM-KÄHLER (etc.), *The first clinical uterus transplantation trial: a six-month report*, in *Fertil Steril*, 2014, 101, p. 1228 ss.; M. BRÄNNSTRÖM, L. JOHANNESON, H. BOKSTRÖM, N. KVARNSTRÖM, J. MÖLNE, P. DAHM-KÄHLER, (etc.), *Livebirth after uterus transplantation*, in *The Lancet*, 2015, 385(9968), p. 607 ss. Si veda la letteratura medica presente sul punto: W. FAGEEH, H. RAFFA, H. JABBAD, A. MARZOUKI, *Transplantation of the human uterus*, in *Int J Gynaecol Obstet*, 2002, 76, p. 245 ss.; L.G., KEITH, G. DEL PRIORE, *Uterine transplantation in humans: a new frontier*, in *Int J Gynaecol Obstet*, 2002, 76(3), p. 243 s.; M. ERMAN AKAR, O. OZKAN, B. AYDINURAZ, *Clinical pregnancy after uterus transplantation*, in *Fertil Steril*, 2013, 100, p. 1358 ss.; O. OZKAN, M.E., AKAR, *Preliminary results of the first human uterus transplantation from a multiorgan donor*, in *Fertil Steril*, 2013, 99, p. 470 ss.; R. FLYCKT, T. FALCONE, C. QUINTINI, U. PERNI, B. EGHTESAD, E.G. RICHARDS, R.M. FARRELL, K. HASHIMOTO, C. MILLER, S. RICCI, C.A. FERRANDO,



nondimeno, tale progresso induce l'interprete a riflettere in ragione delle nuove prospettive che tale ipotesi di chirurgia sostitutiva offre – allo stato attuale, ma anche in chiave prospettica – per soddisfare le aspirazioni alla genitorialità².

Le ricadute pratiche non pongono solo dilemmi sotto il versante terapeutico ed etico di impellente urgenza, ma coinvolgono anche il giurista, che si scontra con le evidenze per le quali sussistono modalità sempre più diversificate per diventare genitori; è ormai in discussione – per non affermare in crisi – il concetto per così dire naturale di maternità e paternità³ e si sono moltiplicati i modelli familiari⁴, contingenza che impone la ricerca di un costante equilibrio tra prerogative, anche contrapposte.

Di là dalle emergenti questioni ontologiche, occorre fare chiarezza sulla disciplina di tale trapianto e sui soggetti che vi possono accedere, nonché sulle alternative concepibili a tale pratica che, come si vedrà, è complessa e connotata da elevati rischi sotto l'aspetto medico e non solo. Peraltro, la tecnica potrebbe consentire in un futuro non così lontano anche il soddisfacimento delle ambizioni alla genitorialità dell'individuo geneticamente di sesso maschile, con evidenti ripercussioni anche sul diritto e sulle categorie fondative della genitorialità. Inevitabilmente, volendo porre al centro la persona umana in una prospettiva, però, relazionale, tali approdi impongono la necessità di operare un serrato bilanciamento tra diritti ed interessi contrapposti, nel rispetto del quadro assiologico di riferimento⁵.



G. D'AMICO, S. MAIKHOR, D. PRIEBE, A. CHIESA VOTTERO, A. HEEREMA MCKENNEY, S. MAWHORTER, M.K. FELDMAN, A. TZAKIS, *First birth from a deceased donor uterus in the United States: from severe graft rejection to successful cesarean delivery*, in *Am J Obstet Gynecol.*, 2020, 223(2), p. 143 ss.; B. PECORINO, G. SCIBILIA, P. BORZÌ P, ET AL., *Diminished ovarian reserve and ectopic ovaries in patients with Mayer-Rokitansky-Küster-Hausser syndrome candidates for Uterus Transplantation: our experience*, in *Clin Exp Obstet Gynecol.*, 2021, 48(4), p. 907 ss.

² Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005, p. 174 ss.; N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1308 ss.; nonché ID., *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, p. 32 ss.

³ N. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, 2017, diffusamente. Sul punto v. A. CORDIANO, *Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e di desiderio*, in *Nuovi paradigmi della filiazione*, a cura di V. BARBA, E.W. DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI, Roma, 2023, p. 445.

⁴ Sul punto G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, 1999, Padova, p. 156; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *La bioetica e i discorsi del giurista*, in *Ragiusan*, 2004, p. 274 ss.; ID., *Le nuove famiglie*, in *Min. giust.*, 2007, p. 71; A. D'ALOIA e P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, II, p. 1341.

⁵ Assai attuali paiono le parole – al tempo rivolte nei confronti della procreazione medicalmente assistita – di F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*,

2. La progressiva evoluzione della scienza medica della riproduzione e della tecnica chirurgica ha favorito la crescente diffusione dei trapianti di organi del corpo umano, anche da vivente, e, altresí, l'affinamento della relativa disciplina, per quanto ancóra oggi articolata, frammentaria e non sempre coerente⁶, trattandosi di materia permeabile a diverse influenze non solo esogene ma anche alla dimensione religiosa dove – tradizionalmente – gli approcci di stampo liberale si scontrano con la ferma posizione di chi predilige appellarsi alla morale per regolare tali aspetti. Nondimeno, abbracciando l'idea di una ricostruzione ordinamentale che coniughi al suo interno la dimensione della dignità umana e una visione solidaristica, dovrebbe osservarsi che, la rispondenza o meno al criterio di dignità della persona con cui viene valutata la condotta umana non può avvenire esclusivamente nei suoi profili materiali, né nel profilo della funzionalità oggettiva, ma deve logicamente partire dai valori che quella condotta esprime.

Segnatamente, la tematica dei trapianti e della donazione di organi si interseca, da un lato, con la tutela della salute in chiave terapeutica per il ricevente; dall'altro, nella prospettiva del donatore, con il piú esteso profilo della tutela dell'integrità fisica, della vita, della dignità e della persona in senso ampio e, nello specifico, è influenzata dall'approccio – di volta in volta sposato – nei confronti del disposto di cui all'art. 5 c.c. (atti di disposizione del proprio corpo)⁷, con una significativa premessa: solamente i trapianti tra viventi obbligano a un serrato confronto riguardo ai limiti fissati dalla citata norma⁸; diversamente, i trapianti *ex mortuo* si muovono

in *Fam. dir.*, 2004, p. 640, «le chiavi di lettura della materia in esame si possono rintracciare soltanto nell'ordinamento e nei valori che in esso sono rappresentati, giacché da questi valori il giurista non può assolutamente prescindere. E, da questa angolazione ha ragione chi, in via preliminare, sottolinea la necessità di individuare i principi dai quali partire per determinare una disciplina che sia coerente al sistema: il giurista non ha, come il filosofo o il bioeticista, granché di libertà, dovendo egli muoversi in un determinato contesto normativo del quale, prima ancóra delle regole, sono parte fondamentale i principi».

⁶ Il rilievo è di P. VERCELLONE, *Trapianti di tessuti e organi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., II, Torino, 2003, p. 1267.

⁷ In generale v. P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1043 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in *Delle persone fisiche*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Bologna-Roma, 1988, p. 310 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 765 ss.; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, Roma, 2011, p. 177.

⁸ Diverse sono le leggi che regolano il trapianto da vivente: l. 26 giugno 1967, n. 458 «Trapianto del rene tra persone viventi» con il conseguente regolamento attuativo emanato con d.m. 16 aprile 2010, n. 116 «Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente»; la l. 16 dicembre 1999, n. 483 «Norme per consentire il trapianto parziale di



no al di fuori dall'ambito di applicazione della previsione, poiché viene meno l'esigenza di tutelare l'integrità fisica dell'individuo che si sottopone all'espianto⁹.

Anche queste ultime tipologie di trapianto impongono, tuttavia, di misurarsi con tematiche complesse, quali la sorte (anche giuridica) del corpo umano dopo il decesso, questione che, inevitabilmente, coinvolge altre situazioni giuridiche soggettive, potenzialmente confliggenti, e chiede, previamente, di individuare il momento del trapasso secondo quanto previsto dalla l. 29 dicembre 1993, n. 578 «Norme per l'accertamento e la certificazione di morte»¹⁰.

Sotto altro versante, il fatto che – in questo caso – le persone viventi direttamente coinvolte, la cui salute deve essere salvaguardata, non siano (più) due, riverbera conseguenze sotto plurimi versanti, quali quello del consenso informato¹¹.

Con la morte, infatti, si verifica la perdita della capacità giuridica, viene meno la persona e si apre la successione del defunto nel luogo dell'ultimo domicilio: nello specifico, il corpo umano diviene cadavere e, così, diviene una cosa, tradizionalmente, considerata *res extra commercium*, inidonea a formare oggetto di diritti privati patrimoniali in ragione dell'evidenza per la quale la commerciabilità lederebbe la dignità umana¹².

Ciò nondimeno, si riconosce che – innanzitutto – la persona ancora in

fegato»; la l. 19 settembre 2012, n. 167 «Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi». Sul punto v. tra i tanti, M. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1977, diffusamente; F. RUSCELLO, *La vita oltre la vita. Note a margine dei trapianti di organi*, in *Vita not.*, 2001, p. 59 ss.; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, cit., p. 177 ss.; M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in tema di trapianto di organo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 305 ss.

⁹ Tra i tanti v. G. GIAMO, *Natura e caratteristiche del consenso al prelievo di organi e tessuti da cadavere. Un raffronto tra Italia ed Inghilterra*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 215 ss.

¹⁰ Come è noto, l'art. 1, comma 1, della predetta legge chiarisce che «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo».

¹¹ Chiaramente, andrà raccolto esclusivamente il consenso informato del destinatario dell'organo. Sul punto v. R. ROMBOLI, *I trapianti di organo*, in *Ragiusan*, 2001, p. 199 ss.; nonché D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1119 ss.

¹² Così A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, Torino, II, p. 658 ss.; M. PESSANTE, *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, V, p. 769; nonché A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 185 ss. La questione pone il problema di individuare il rapporto che lega la persona al corpo: sul punto v. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 467; M. TALLACCHINI, *Habeas Corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, p. 531; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 57 s.



vita possa sottrarre il proprio cadavere alla pace della tomba, palesando una volontà riguardo alla destinazione del corpo *post mortem*, con un negozio, unilaterale e revocabile¹³: segnatamente, il defunto può destinare i suoi organi al trapianto terapeutico nel corpo di vivente oppure a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica secondo quanto sancito dalla l. 10 febbraio 2020, n. 10; discipline, tuttavia, che postulano il rispetto di formalità assai differenti¹⁴. Peraltro, la destinazione del cadavere potrebbe essere realizzata anche dagli eredi, ma entro più ridotti e angusti limiti¹⁵. In ultimo, non può dimenticarsi che varie ed eterogenee potrebbero essere le modalità con cui la persona dispone del sé corporale dopo la morte, affidandosi all'agire di un fiduciario rispetto a scelte terapeutiche (così per la disciplina di cui alla l. 22 dicembre 2017, n. 219) ovvero a precise indicazioni sulle modalità di trattamento del corpo o sulle celebrazioni funerarie (v. commi 40 e 41 della l. 20 maggio 2016, n. 76 in tema di convivenze di fatto)¹⁶.

Di là da quanto affermato in generale dalla Convenzione di Oviedo del 1997, la disciplina sui trapianti *ex mortuo* è ora contenuta nella l. 1° aprile 1999, n. 91 «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti», che mira ad incentivare gli espianti, così da migliorare le opportunità delle persone in lista di attesa¹⁷. La legge, dopo aver chiarito le finalità della tecnica e l'urgenza di promuovere le informazioni al riguardo, afferma all'art. 3, comma 1, che «Il prelievo di organi e di tessuti è consentito secondo le modalità previste dalla presente legge ed è effettuato previo accertamento della morte ai sensi della l. 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto 22 agosto 1994, n. 582, del Ministro della sanità».

Quanto alle formalità richieste per procedere all'espianto, ai sensi dell'art. 4 si prescinde dalla necessità di un consenso manifestato nel rispetto di rigidi requisiti di forma, essendo bastevole l'aver espresso in vita il proprio consenso oppure la sussistenza dei presupposti per l'operare del

¹³ Secondo A. DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, cit., p. 658, si tratterebbe di un negozio avente ad oggetto una cosa futura.

¹⁴ V. S. ZULLO, *La donazione del corpo post mortem. Alcune riflessioni a margine della legge n. 10 del 2020*, in *Studium iuris*, 2021, p. 157, la quale evidenzia come, in questo secondo caso, la legge ponga una particolare attenzione alle modalità di prestazione del consenso in vita, prevedendo la necessità di una dichiarazione sottoscritta in analogia con quanto sancito dalla legge n. 219 del 2017.

¹⁵ V. sul punto v. R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., p. 364 ss.

¹⁶ A. CORDIANO, *L'incapacità e l'impossibilità di provvedere ai propri interessi del convivente: disposizioni in materia di salute e di fine vita*, in *Legami di coppia e modelli familiari*, in *Tratt. Zatti, Le riforme*, I, Padova, 2019, p. 179 ss.

¹⁷ Rileva tale tendenza G. DI ROSA, *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1179 ss.



meccanismo del silenzio-assenso al trapianto¹⁸. In questo modo, all'*attualità* del consenso, si privilegia invero la sua *attendibilità*, allo scopo precipuo di incrementare gli espianti di organi in un sistema che presenta una carenza di tali beni, anche andando a limitare le opportunità per soggetti vicini al defunto di incidere sulla destinazione del cadavere. È ciò nel perseguimento di profili di solidarietà sociale costituzionalmente garantiti¹⁹, all'interno di un quadro ove è costante l'esigenza di bilanciare principi fondamentali, quali la autodeterminazione e la solidarietà²⁰.

Come già accennato, «i prelievi di organi e di tessuti disciplinati dalla presente legge sono effettuati esclusivamente a scopo di trapianto terapeutico» (art. 6, l. citata), con la conseguenza che solamente la citata finalità consente di superare il rispetto per il cadavere.

Peraltro, ai sensi dell'art. 6 *bis* 1 – introdotto per rendere la disciplina

¹⁸ L'art. 4 della l. sancisce che «[...] il prelievo di organi e di tessuti successivamente alla dichiarazione di morte è consentito: a) nel caso in cui dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'art. 7 ovvero dai dati registrati sui documenti sanitari personali risulti che il soggetto stesso abbia espresso in vita dichiarazione di volontà favorevole al prelievo; b) qualora dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'art. 7 risulti che il soggetto sia stato informato ai sensi del decreto del Ministro della sanità di cui all'art. 5, comma 1, e non abbia espresso alcuna volontà.

5. Nei casi previsti dal comma 4, lett. b, il prelievo è consentito salvo che, entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte, di cui all'art. 4 del decreto 22 agosto 1994, n. 582, del Ministro della sanità, sia presentata una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte».

Il meccanismo del silenzio-assenso in tema di espianto di organi da cadavere non ha trovato attuazione per molti anni in ragione della mancata emanazione del decreto attuativo, ma, dopo anni di attesa, il 20 agosto 2019 è stato approvato il decreto ministeriale che ha reso operativo il meccanismo che si basa su una sorta di presunzione di consenso da parte del defunto che sia stato previamente informato nel rispetto dei crismi indicati nella legge secondo G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 965. Evidenza come tale soluzione attui una scelta in senso solidaristico per la collettività, A. SCALISI, *Aspetti giuridici della chirurgia sostitutiva*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 265. Sul punto v. anche F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Il governo del corpo*, cit., p. 2137 s.

¹⁹ Nei predetti termini G. DI ROSA, *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem*, cit., p. 1179 ss., secondo il quale tale escamotage, posto in essere per superare l'inerzia del cittadino, determinerebbe un vero e proprio superamento della libertà individuale che potrebbe manifestarsi anche nel non assumere decisione alcuna rispetto a un problema di estrema complessità.

²⁰ Il positivo affinamento della chirurgia sostitutiva ha determinato, infatti, un aumento delle percentuali di buona riuscita dei trapianti; nondimeno, di pari passo, si segnala un aumento della domanda al quale non fa fronte un'offerta proporzionata: v. il sito del Ministero della Salute ove sono consultabili i relativi report in *trapianti.sanita.it/statistiche/report_attivita.aspx*.

Pure essendo antecedente rispetto alla legge del 1999, v. sul punto G. RESTA, *Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto: il caso dei trapianti d'organo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1996, p. 111 ss.



coerente con quanto sancito dall'art. 13 della direttiva europea n. 2010/53 UE – le donazioni di organi da donatori viventi e deceduti sono volontarie²¹ e non remunerate, previsione che fa emergere l'essenzialità del consenso e della *gratuità* del gesto, così da prendere nette distanze da meccanismi di commercializzazione²²; aspetto confermato anche dall'art. 16 della l. citata che vieta l'esportazione di organi e tessuti verso gli Stati che ne fanno libero commercio²³.

Quanto all'oggetto di tale negozio, la legge non fornisce, invece, un elenco degli organi trapiantabili, ma – seguendo la tecnica della legislazione “aperta” – fissa esclusivamente il limite del divieto del prelievo di gonadi (quindi, testicoli e ovaie) ed encefalo, circostanza che apre regolarmente le porte a nuove sperimentazioni in conseguenza della progressiva evoluzione della tecnica.

Tra i trapianti che in Italia sono consentiti solamente *ex mortuo* – seppure, allo stato, solo in via sperimentale – figura proprio il trapianto di utero: un *Protocollo sperimentale per il trapianto di utero* è stato, infatti, approvato nel 2018 da parte del Consiglio Superiore di Sanità e del Centro Nazionale Trapianti. In virtù di detto Protocollo, l'ospedale Cannizaro di Catania ha ottenuto così l'autorizzazione per procedere con tale nuova ipotesi di chirurgia sostitutiva, tuttavia nel rispetto di rigidi presupposti²⁴.

Le prescrizioni contenute nel documento in parola, va detto, prescri-

²¹ Secondo M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in tema di trapianto di organo*, cit., p. 311, tale previsione creerebbe problemi di ordine sistematico e renderebbe inattuale il meccanismo del silenzio assenso. In realtà, a parere di chi scrive, tale problematicità non si deve porre in ragione del fatto che, nel 21esimo considerando della direttiva, è previsto che «La presente direttiva non pregiudica la grande diversità dei sistemi di consenso già in vigore negli Stati membri».

²² Sul punto v. C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazioni di organi*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, p. 207 ss.; nonché G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti dispositivi del corpo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 761. Al riguardo, v. D. MESSINETTI, *Principio di gratuità e atti di disposizione del proprio corpo*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, diffusamente; nonché M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 827 ss.

²³ Come è noto, i riferimenti alla donazione, che in più parti sono presenti all'interno della citata legge, risultano atecnici giacché l'operazione non può essere ritenuta giuridicamente riconducibile nell'alveo di tale contratto, difettando – a tacer d'altro – lo spirito di liberalità e trattandosi di atti in *incertam personam*. Tra i tanti v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1972, Napoli, p. 322; F. RUSCELLO, *La vita oltre la vita. Note a margine dei trapianti di organi*, cit., p. 63; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, cit., p. 179; nonché M. CICORIA, *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 279 ss.

²⁴ www.trapianti.salute.gov.it/trapianti/dettaglioComunicatiNotizieCnt.jsp?lingua=italiano&area=cnt&menu=media&sottomenu=news&id=592.



vono che la paziente deve sottoporsi a un articolato iter medico-assistenziale (stimolazione ormonale mirata al recupero e crioconservazione degli ovociti, impianto dell'organo, procreazione medicalmente assistita, parto cesareo), non privo di complicazioni. Tra l'altro, il trapianto dell'utero è, almeno in via tendenziale, meramente temporaneo, poiché la convivenza con l'organo estraneo è rischiosa per la salute della donna, che deve assumere farmaci immunosoppressivi, tesi a evitarne il rigetto, suscettibili, però, di determinare l'insorgere di determinate patologie²⁵. Al termine della gravidanza, la paziente può, dunque, optare per l'espianto e così interrompere la terapia: questo aspetto, in particolare, porta a sospettare non che possa non trattarsi di una soluzione "definitiva", per soddisfare l'aspirazione alla genitorialità e inseguire nuove "strade"²⁶.

Inoltre, tale forma di chirurgia sostitutiva spicca per la peculiare finalità che, pure essendo terapeutica, non tende alla salvaguardia della vita della donna, non essendo l'utero un organo necessario alla sopravvivenza, ma solamente "strumentale" e necessario al fine specifico di consentire il successo di una gravidanza nella trapiantata, perseguendo così una dimensione di terapeuticità altra, ovvero connessa ad un profilo autodeterminativo, *sub specie* procreativo: inevitabilmente, ciò lo rende controverso sotto il versante etico, in particolare in quei Paesi che ammettono la donazione da vivente²⁷. Più in generale, è diffuso il timore che una crescita nel ricorso a tale rischiosa pratica possa andare a discapito delle altre opzioni per la genitorialità, prima fra tutte il percorso adottivo²⁸. A ciò si aggiunga che tale ipotesi impone costi anche economici assai superiori rispetto alle altre, che sono connessi alla pluralità di interventi chirurgici ai quali la donna dovrà sottoporsi per soddisfare la sua aspirazione alla genitorialità.

²⁵ Sul punto v. P. SCOLLO, G. SCIBILIA, M.E. VENTO, P. BORZÌ, P. VEROUX, L. MEREU, B. PECORINO, *Live Birth from Cryopreserved Oocyte After Uterus Transplantation: A Case Report*, in *Am J Case Rep.*, 2023, Sep 29, 24, p. 2.

²⁶ Così C. BULLETTI e C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna, 2017, p. 144.

²⁷ Per tali ragioni, nel 2012, sono state pubblicate una serie di argomentazioni etiche a favore e contro il trapianto di utero (Utx), note come "i criteri di Montreal". Sul punto v. A. LEFKOWITZ, M. EDWARDS, J. BALAYLA, *The Montreal criteria for the ethical feasibility of uterine transplantation*, in *Fertil Steril*, 2013, 100, p. 924; R. CATSANOS, W. ROGERS, M. LOTZ, *The ethics of uterus transplantation*, in *Bioethics*, 2013 Feb, 27(2), p. 65 ss.; S. ZAAMI, E. MARINELLI, N.M. DI LUCA, G. MONTANARI VERGALLO, *Ethical and medico-legal remarks on uterus transplantation: may it solve uterine factor infertility*, cit., p. 5292; K.S. ARORA, V. BLAKE, *Uterus transplantation: ethical and regulatory challenges*, in *Journal of medical ethics*, 2014, 40(6), p. 396 ss.; B. BRUNO, K.S. ARORA, *Uterus Transplantation: The Ethics of Using Deceased Versus Living Donor*, in *Am J Bioeth*, 2018 Jul.

²⁸ Sui rischi sottesi a tale pratica Z. ALTAWIL, T. ARAWI, *Uterine transplantation: Ethical considerations within Middle Eastern perspectives*, in *Developing World Bioethics*, 2016, 16, p. 91 ss.



In ragione delle citate peculiarità della pratica, che, pure non essendo indispensabile per la sopravvivenza, comporta rischi per la salute, un ruolo di spicco va riconosciuto al consenso informato che la paziente dovrà fornire prima di procedere e dopo essere stata resa edotta circa le modalità di esecuzione, i benefici e i rischi ragionevolmente prevedibili dell'intervento, nonché dell'esistenza di efficaci alternative terapeutiche²⁹: senza un corretto e completo quadro di informazioni, non sarebbe, infatti, pensabile adottare una decisione consapevole in un ambito così intricato.

Pur in mancanza di un programma nazionale o di una legge dello Stato, che segnino i requisiti di accesso alla tecnica, la lettura del protocollo sperimentale consente di trarre le prime considerazioni riguardo a tale tipologia di trapianto: segnatamente, le potenziali candidate sono donne con età compresa tra i 18 e i 40 anni, con anamnesi negativa per patologie oncologiche, assenza di pregresse gravidanze a termine con esito positivo, affette da patologia uterina congenita (sindrome di Rokitansky) o acquisita (es. atonia uterina *post partum*).

Inoltre, queste devono avere una buona funzione ovarica e presentare, altresì, i requisiti legali per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, alla quale dovranno poi sottoporsi per procreare: la necessità di una buona riserva ovarica, mediante le tecniche di preservazione della fertilità offerte dal congelamento di gameti, è certamente un requisito peculiare (e forse censurabile, se non clinicamente giustificato) se si considera che, nel nostro ordinamento, è da tempo ammessa anche la procreazione medicalmente assistita eterologa³⁰. La scelta di escludere la donna, priva di riserva ovarica, dalla tecnica appare poco limpida, salvo voler celare una forte presa di posizione sul punto, che si riverbera su una ben più impattante

²⁹ Sul consenso informato, nella vasta letteratura, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2462 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2660 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 374 ss.; U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, part. p. 455 ss.; A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 442 ss.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 4 ss.; EAD., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 53 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 50 ss.; S. VICIANI, *L'autodeterminazione "informata" del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 278 ss.; EAD., *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 161 ss.; A. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1 ss.; S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2007, p. 283 ss.

³⁰ Corte cost., 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Dejure online*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3.



questione: l'esclusione del nato uomo, divenuto giuridicamente donna a séguito di transizione sessuale, dal novero dei candidati al trapianto.

In ragione dei citati presupposti, allo stato attuale, il trapianto di utero può essere effettuato solamente a favore di una donna, componente di una coppia di maggiorenni, di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40)³¹, con la conseguente esclusione dalla tecnica della donna single, dell'unità civilmente o della partner omosessuale e – ovviamente – dell'uomo.

Inoltre, come già accennato, secondo il protocollo sperimentale, la candidata deve avere non solo una impossibilità di procreare causata dal fattore uterino (*absolute uterine factor infertility*)³², ma altresì un'anamnesi negativa per patologie oncologiche; inoltre, non deve avere avuto pregresse gravidanze a termine con esito positivo: tutte previsioni, queste, che limitano il *range* delle possibili beneficiarie dell'organo.

Quanto al profilo delle donne donatrici, queste sono esclusivamente donne decedute di età compresa tra i 18 e i 50 anni – aspetto, anche questo, che circoscrive il numero di organi disponibili per il trapianto rispetto a quanto avviene negli Stati che non prescrivono limiti di età³³, soprattutto se si considera che l'utero, per essere adatto, deve essere privo di patologie e funzionale.

Non è consentita – ad oggi – la donazione da vivente, ammessa, invece, in alcuni Stati esteri, ipotesi che, come accennato, imporrebbe un serrato confronto con l'art. 5 c.c., nonché un'ulteriore difficoltà tecnica (preservare anche la salute della donatrice, cercando di scongiurare il rischio di possibili complicanze). Per converso, detta soluzione garantirebbe una maggiore percentuale di successo³⁴ e accrescerebbe il numero degli organi

³¹ Quanto al momento nel quale i soggetti devono essere entrambi viventi si vedano, in giurisprudenza: Trib. Bologna, 31 maggio 2012, n. 1522, in *Foro it.*, 2012, 1, 12, c. 3349; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, p. 488; Trib. Bologna, 25 agosto 2018, in *Foro it.*, I, 2019, c. 1430; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, p. 949.

³² Con riferimento, invece, in generale alla p.m.a. l'accesso alla stessa postula, altresì, l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e la via risulta comunque circoscritta ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico secondo l'art. 4 della l. 19 febbraio 2004, n. 40; oppure si deve trattare di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b*, della l. 22 maggio 1978, n. 194 (Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in banca dati *Dejure*).

³³ Si consideri, ad esempio, che nel 2023 in Spagna una donna ha partorito dopo avere ricevuto l'utero dalla madre, ultrasessantenne; allo stesso modo, in Svezia, una tra le prime donne ad avere partorito a séguito del trapianto di utero aveva ricevuto l'organo da una amica di famiglia che aveva superato i sessanta anni.

³⁴ M. OLAUSSON, *Live or deceased uterus donation*, in M. BRÄNNSTRÖM, *Uterus transplantation*, 2020, Springer, p. 79 ss.



trapiantabili, così sopperendo alla difficoltà di reperire uteri provenienti da donne decedute in giovane età. Inoltre, la donazione da vivente aumenterebbe anche il numero di uteri compatibili in considerazione del fatto che, guardando ai paesi che ammettono il trapianto da vivente, come la Svezia, la donazione si verifica sovente in forma diretta tra consanguinei.

Infine, tale opzione consentirebbe di decidere per tempo quando procedere all'espianto e al trapianto, organizzando al meglio l'intervento, senza la necessità di conservare e trasportare l'organo espantato, circostanze idonee a rendere più agevole la tecnica di chirurgia sostitutiva.

3. Indubbiamente, il trapianto di utero fornisce una ulteriore speranza per soddisfare l'ambizione alla genitorialità di chi non sia in grado di portare avanti una gravidanza a causa di determinate patologie uterine, congenite oppure acquisite (es. atonia uterina *post partum*).

L'accesso alla tecnica è ancora assai ridotto trattandosi di un protocollo sperimentale, nonché in ragione della specificità dei requisiti richiesti e della scarsità degli organi disponibili; nondimeno, si tratta di una novella alternativa che impone di confrontarsi con quelle che sono allo stato attuale le opportunità per chi – in ragione di una patologia uterina – non riesca a procreare, neppure tramite le tecniche di procreazione medicalmente assistita consentite in Italia.

In prima battuta, il trapianto di utero si pone come alternativa al ricorso all'adozione nelle sue diverse declinazioni: come è noto, all'adozione in casi particolari, pure consentita anche al single (tranne la lett. *b* dell'art. 44 l. ad.) e a prescindere dal rispetto di requisiti di età, è possibile accedere esclusivamente sussistendo una delle ipotesi dell'art. 44 l. ad.³⁵: ne deriva che, a un soggetto che non si trovi in una delle ipotesi previste, tale soluzione è preclusa.

L'adozione c.d. piena e quella internazionale sono consentite, invece, solamente a favore della coppia sposata da almeno tre anni o che abbia convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, che rispecchi specifici *range* di età³⁶, con la conseguente esclusione

³⁵ V. sul punto, tra i tanti, N. CIPRIANI, *Le adozioni*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA, 2^a ed., Napoli, 2024, p. 385 ss.

³⁶ Secondo quanto sancito dai commi 4 e 5 dell'art. 6 l. ad. i limiti di cui al comma 3 possono essere derogati, qualora il Tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore. Inoltre, non è preclusa l'adozione quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli (anche) adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato.



dei coniugi che non siano tali dal periodo di tempo richiesto dalla legge o che abbiano superato i limiti di età, delle persone dello stesso sesso, ma anche dei conviventi eterosessuali e dei single. La via della adozione piena, peraltro, risulta ostica in ragione della scarsità di bambini in stato di abbandono e, dunque, adottabili rispetto al numero delle richieste di adozione³⁷.

Risulta quasi superfluo segnalare che l'adozione si differenzia rispetto al trapianto di utero: è significativo che quest'ultimo consenta alle donne di vivere l'esperienza della gravidanza e ai genitori di avere con il bambino un legame genetico, in ragione del fatto che, secondo almeno il protocollo sperimentale, tale ipotesi di chirurgia sostitutiva può essere praticata solamente a favore di una coppia in grado di fornire i gameti.

Inoltre, la adozione piena e quella internazionale sono riservate alle coppie sposate; mentre il trapianto di utero reclama solamente la presenza dei presupposti, pur stringenti ma di ordine meramente clinico, per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alla quale può sottoporsi anche una coppia eterosessuale; restando esclusi in entrambi i casi le coppie del medesimo sesso, gli uniti civilmente e i single. Questi ultimi potrebbero, però, ricorrere all'adozione in casi particolari, ma – come già accennato – in presenza di uno dei casi particolari sanciti dalla legge.

Quanto ai limiti di età, nel trapianto di utero essi appaiono più rigorosi rispetto a quelli richiesti per l'adozione piena e internazionale, ma per ovvie ragioni cliniche: non solo – secondo i richiami alle regole della p.m.a. – la coppia deve essere in età potenzialmente fertile, ma il protocollo sperimentale impone che le potenziali candidate al trapianto siano donne con età compresa tra i 18 e i 40 anni; mentre le donatrici possono arrivare anche a 50 anni. Ne deriva che, ad esempio, una coppia sposata di quarantatreenni potrebbe adottare, mediante l'adozione piena o internazionale, ma non sottoporsi alla citata ipotesi di chirurgia sostitutiva.

Il trapianto di utero si pone anche come opzione ulteriore rispetto al ricorso alla gestazione per altri che, pure essendo vietata in Italia dall'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, è praticata in diversi Paesi europei ed extraeuropei, in quanto consentita o, comunque, non espressamente proibita da talune discipline nazionali; e consente anche di avere un bambino legato da rapporto genetico.

Come è noto, mediante tale tecnica, una donna – con o senza il pagamento di un corrispettivo – (quantomeno) mette a disposizione il proprio

³⁷ Osservando i dati si coglie come, per quanto sia calato il numero di richieste di disponibilità all'adozione nel nostro Paese nel corso degli anni, il numero di bambini adottati è assai inferiore rispetto al numero delle richieste (v. giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Adozioni_serie_storiche_fino2021.pdf).



utero per condurre a termine una gravidanza per conto di altri, rinunciando a ogni diritto sul nato³⁸, aspetto che crea un profondo mutamento nella dimensione antropologica e culturale della genitorialità e una scissione tra genitorialità biologica e sociale³⁹, ponendo apprezzabili questioni giuridiche, eticamente sensibili⁴⁰.

Prima dell'intervento della l. 40 del 2004, gli approdi scientifici della medicina riproduttiva già consentivano ampiamente di realizzare una gestazione per altri, in quanto tecnica riproduttiva eterologa, spingendo la giurisprudenza e la dottrina a interrogarsi circa la liceità e meritevolezza di accordi di tale fatta⁴¹: segnatamente, la tecnica è stata impiegata in passato proprio per soddisfare l'ambizione alla genitorialità di una coppia composta da una donna affetta dalla sindrome di Rokitansky-Kuster, in grado di fornire il materiale genetico, vicenda che fu sottoposta all'attenzione del Tribunale di Roma⁴².

³⁸ V., tra tutti, S. RODÒ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1997, *passim*.

³⁹ Così, Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 152. La surrogazione di maternità potrebbe essere omologa, quando il materiale genetico provenga interamente dalla coppia committente; potrebbero, tuttavia, verificarsi ipotesi più complesse nelle quali il materiale genetico provenga da soggetti terzi v. G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414. Sul tema v., tra i tanti: I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, *passim*; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., VI, Torino, 2011, p. 617 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata. Come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.; A. CORDIANO, *La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali*, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, a cura di H. MOTA, R. GUIMARAES, Almedina, 2016, p. 739 ss.; nonché ID., *Dalle tecniche procreative all'utero artificiale: una storia di limiti e di desiderio*, cit., p. 455 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità, fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, p. 103 ss.; S. SERAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018; U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima sezione si smarca...e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 910 ss.

⁴⁰ Sul punto si rimanda tra i tanti a P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 196 ss.; nonché più di recente a R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952.

⁴¹ V. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 296 ss., con nota di G. PALMERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*; Trib. Roma 17 febbraio 2000, cit., p. 151 ss. Sul punto v. anche M.C. DE TOMMASI, *Le conoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 265 ss.

⁴² La coppia si era rivolta a una clinica per realizzare la fecondazione *in vitro* e alla successiva crioconservazione degli embrioni e aveva individuato una amica di famiglia disposta a portare avanti gratuitamente e per spirito solidaristico la gravidanza: il caso fu sottoposto all'attenzione del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 17 febbraio 2000, cit., p. 151 ss.), in quanto la coppia domandava al medico di procedere all'impianto, ma questi stimava di non poter



L'accesso alla gestazione per altri non si è fermato neppure in séguito all'intervento del legislatore, che ha sancito il divieto di surrogazione di maternità, ai sensi dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, rendendo penalmente perseguibile chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità: sono, infatti, molti i cittadini italiani che, avendone la disponibilità economica, si recano all'estero per realizzare tale pratica vietata in Italia, dando vita al c.d. turismo procreativo⁴³, scegliendo – di volta in volta e a seconda dei casi – il Paese straniero al quale rivolgersi, tenendo conto di diversi fattori, quali la disciplina maggiormente congeniale in relazione alle specifiche esigenze degli stessi, la vicinanza geografica del Paese, i costi più contenuti.

In ipotesi simili, aggirati i divieti che in Italia vieterebbero di avvalersi di una madre surrogata, le complicazioni si verificano eventualmente in un secondo momento – diverso rispetto a quello concernente l'accesso alla tecnica –, quello nel quale si domanda la trascrizione degli atti di nascita, validamente formati all'estero, nei registri dello Stato civile, etc.⁴⁴. Tale *trend* subirà con tutta probabilità una battuta di arresto o, almeno un rallentamento, in caso di approvazione del disegno di legge che mira a rendere la surrogazione di maternità un reato universale, prevedendo una modifica al comma 6 dell'art. 12 della l. 40 del 2004, anche se non sono esclusi limiti di ordine applicativo all'introduzione di un reato universale a fronte della liceità della pratica anche all'interno dello spazio europeo (ad es., in Portogallo).

dare esecuzione al contratto, giacché era entrato in vigore il codice deontologico che vietava tali pratiche. La coppia si vedeva, quindi, costretta a ricorrere al Tribunale *ex art.* 700 c.p.c., chiedendo un provvedimento d'urgenza diretto ad autorizzare il medico ad adempiere. Viste le circostanze, il Tribunale riteneva il contratto – realizzato a titolo gratuito e senza alcuna “commercializzazione” della maternità – lecito, poiché non in contrasto con la disciplina relativa agli *status* familiari, col divieto di atti di disposizione del proprio corpo, con il principio dell'ordine pubblico e del buon costume, clausole generali destinate a modificarsi ed evolversi nel loro contenuto in relazione al mutamento della coscienza sociale, e meritevole di tutela. Più in particolare, l'interesse meritevole di tutela, richiesto dalla legge, quale limite all'autonomia contrattuale, veniva individuato nell'aspirazione della coppia alla realizzazione come genitori. Tale diritto alla procreazione era stimato direttamente collegato a quello, costituzionalmente garantito, di manifestazione e svolgimento della personalità. Nel caso di specie, la questione attinente alla indisponibilità degli *status* veniva stimata attenuata trattandosi di una maternità meramente portante, con la conseguenza che il medico veniva autorizzato a procedere all'impianto.

⁴³ Così S. RODRÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 164 s.

⁴⁴ Sul punto, Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dejure online* e Cass., Sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, *ivi*. In dottrina, tra i tanti, v.: L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 139; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *Biolaw journal*, 2021, n. 3.



AN
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S/
2
0
2
4

152

Per quanto attiene alle differenze tra la surrogazione di maternità e il trapianto di utero, in prima battuta, questo ultimo non è vietato dalla legge italiana, ma rappresenta un'ipotesi di chirurgia sostitutiva regolata da un protocollo sperimentale che, allo stato, coinvolge un numero limitato di donne. Segnatamente, tale via può essere – del tutto lecitamente – tentata, mettendosi in lista di attesa e facendo i conti con la scarsità di organi.

Inoltre, lo si ribadisce, il trapianto di utero consente alla donna di provare l'esperienza della gravidanza, senza coinvolgere una terza persona (la madre gestazionale o portante); viceversa, nella surrogazione di maternità viene frammentato il piano della maternità, in quanto è richiesto, quantomeno, il contributo di una donna che metta a disposizione il suo corpo per la durata della gestazione: per tale ragione la pratica viene percepita come lesiva della dignità della donna e tacciata di trasformare i neonati in “merce di scambio”.

Tale elemento, carico di significato anche simbolico, è ritenuto rilevante non solo in ragione del rapporto che durante la fase prenatale si reputa crearsi tra il feto e la gestante, ma anche perché rende il nuovo meccanismo – in particolare in un Paese come l'Italia che lo consente solo *ex mortuo* – esente da talune critiche che invece sono tradizionalmente mosse alla gestazione per altri, aspetto che rende meno moralmente problematico il trapianto di utero⁴⁵.

Come già accennato, però, che anche il trapianto presenta delicati risvolti etici, sociologici e psicologici, connessi al fatto che il soggetto ha la percezione che l'organo non appartenga al proprio corpo⁴⁶ e che – nei

⁴⁵ Così anche M. BRÄNNSTRÖM, C. DIAZ-GARCIA, A. HANAFY, M. OLAUSSON, A. TZAKIS, *Uterus transplantation: Animal research and human possibilities*, in *Fertility & Sterility*, 2012, 97, p. 1269 ss.; M. GRYNBERG, J.M. AYOUBI, C. BULLETTI, R. FRYDMAN, R. FANCHIN, *Uterine transplantation: A promising surrogate to surrogacy?*, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2011, p. 47 ss.; M. OLAUSSON, *Ethics of uterus transplantation with live donors*, in *Fertility & Sterility*, 2014, 102, p. 40 ss.; J.A. ROBERTSON, *Other women's wombs: Uterus transplants and gestational surrogacy*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2016, 3, p. 71. Non sono, in realtà, convinti che il trapianto di utero, soprattutto se eseguito da vivente, sia meno moralmente deprecabile rispetto alla maternità surrogate, soprattutto ragionando di trapianti da vivente, L. GUNTRAM, N.J. WILLIAMS, *Positioning uterus transplantation as a 'more ethical' alternative to surrogacy: Exploring symmetries between uterus transplantation and surrogacy through analysis of a Swedish government white paper*, in *Bioethics*, 2018, 32, p. 510. Per un confronto tra il trapianto di utero da donatrice vivente e la maternità surrogata gestazionale rispetto al principio di equipollenza, v. G. TESTA, E.C. KOON, L. JOHANNESSON, *Living donor uterus transplant and surrogacy: Ethical analysis according to the principle of equipoise*, in *American Journal of Transplantation*, 2017, 17, p. 912 ss.

⁴⁶ S. ZAAMI, E. MARINELLI, N.M. DI LUCA, G. MONTANARI VERGALLO, *Ethical and medico-legal remarks on uterus transplantation: may it solve uterine factor infertility*, cit., p. 5293.



paesi che ammettono la donazione da vivente – si potrebbero creare una dipendenza simbolica e psicologica tra le due donne⁴⁷, nonché complessità relazionali non ben definite tra la donatrice, la ricevente e il bambino nato⁴⁸. Non deve poi dimenticarsi che, se il trapianto non dovesse portare alla nascita di un bambino sano, l'intero sforzo causerebbe solo privazioni e pregiudizi senza alcun beneficio, esito che potrebbe essere devastante per tutte le persone coinvolte nel processo. Peraltro, vi è chi adombra che anche tale soluzione esponga il benessere del nato ai medesimi rischi della gestazione per altri⁴⁹.

D'altro canto, lo si ribadisce, il trapianto di utero è complesso sotto il versante clinico-assistenziale e rischioso per chi riceve l'organo (e anche per chi dona l'utero da vivente nei paesi in cui ciò è ammesso); inoltre, in ragione la "precarietà" dell'organo trapiantato, si rappresenta che la gestazione in un utero donato potrebbe comportare pericoli per la salute del feto⁵⁰, criticità tutte alle quali si potrebbe sopperire ricorrendo a una surrogata.

Quello che è certo è che – almeno sotto il versante giuridico – il trapianto di utero non comporta le medesime difficoltà della gestazione per altri nell'attribuzione della maternità, essendoci identità tra chi fornisce il materiale genetico, chi porta avanti la gravidanza e chi intende assumere il ruolo di madre, senza considerare che l'utero, al pari di ogni organo, potrebbe essere soggetto alle stesse regole dei trapianti, evidenziandosi così un certo margine di disponibilità del corpo e di negoziabilità, in linea tendenziale, ammessa pur con limitazioni.

Una ulteriore opzione per soddisfare le aspirazioni alla genitorialità rispetto agli strumenti citati potrebbe essere l'ectogenesi, che mira a con-

⁴⁷ V. S. ZAAMI, E. MARINELLI, N.M. DI LUCA, G. MONTANARI VERGALLO, *o.c.*, p. 5293. La donazione di tale organo – in particolare quella effettuata da vivente – ha una potente carica anche simbolica e ripercussioni legate a diversi profili: si pensi, ad esempio, al fatto che la donatrice, ben può privarsi di tale organo che non è vitale, ma certamente potrebbe sentirsi svuotata; inoltre, ciò potrebbe indurla a ritenere di poter vantare pretese nei confronti del nato (N. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, cit., p. 282 ss.).

⁴⁸ L. GUNTRAM, N.J. WILLIAMS, *Positioning uterus transplantation as a 'more ethical' alternative to surrogacy: Exploring symmetries between uterus transplantation and surrogacy through analysis of a Swedish government white paper*, cit., p. 513.

⁴⁹ J. DAAR, S. KLIPSTEIN, S., *Refocusing the ethical choices in womb transplantation*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2016, 3, p. 388.

⁵⁰ La letteratura medica suggerisce che la gestazione di un feto in un utero trapiantato comporta diversi rischi per il bambino in via di sviluppo, quali la potenziale compromissione del flusso sanguigno uterino; l'aumento del rischio di preeclampsia e ipertensione; i potenziali effetti teratogeni fetali dell'esposizione agli immunosoppressori (G. TESTA, E.C. KOON, L. JOHANNESSON, *Living donor uterus transplant and surrogacy: Ethical analysis according to the principle of equipoise*, in *American Journal of Transplantation*, cit., p. 912 ss.).



sentire la crescita e lo sviluppo di un embrione sino al termine della gravidanza in un utero artificiale e, dunque, fuori dal grembo materno⁵¹.

L'utero artificiale, tecnica espressamente vietata dalla l. 40 all'art. 13, comma 3, lett. c, fenomeno dirompente che sembra disumanizzare il processo di gestazione⁵² e "liberare" le donne dalla gravidanza⁵³, se pure si rappresenta, nell'immaginato collettivo, un'utopia o un fenomeno tratto da una trama distopica⁵⁴, delinea uno scenario che viene descritto come non così distante rispetto a quanto si potrebbe pensare⁵⁵ e che presenta idealmente taluni vantaggi: consente ai prodotti del concepimento di svilupparsi in un ambiente controllato e privo di rischi; evita le complicazioni di un trapianto di utero⁵⁶.

Il superamento della necessità di una "madre portante" è, tuttavia, taciato di racchiudere in sé disordini morali, una possibile interferenza con il diritto all'aborto – rendendo uguali i diritti dei genitori riguardo a tale decisione⁵⁷ – la rinuncia alla formazione di legami diretti tra il feto e la madre nel corso dello sviluppo⁵⁸.

⁵¹ Il termine è stato creato da J.B.D. HALDANE, *Daedalus or science and the future*, London, 1923.

⁵² G. GENNARI, *Soggetto di diritto e soggetto umano: la condizione giuridica negli stati intermedi*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 951.

⁵³ Sul punto C. BULLETTI e C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, cit., p. 98, evidenziano come il meccanismo potrebbe evitare il rischio di talune patologie e problematicità, quali i parti prematuri, gli aborti, i tagli cesarei, le complicazioni puerperali e perinatali. Sulla ectogenesi v., H. ALTAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006, *passim*; M. BALISTRERI, *Il futuro della riproduzione umana*, Roma, 2016, p. 249 ss.

⁵⁴ Il pensiero corre immediato a A. HUXLEY, *Il mondo nuovo*, Milano, 1923.

⁵⁵ Sui primi tentativi di ricorso alla tecnica nel nostro Paese v. C. BULLETTI, V.M. JASONNI, G. TABANELLI, L. GIANAROLI, P.M. CIOTTI, A.P. FERRARETTI e C. FLAMIGNI, *Early human pregnancy in vitro utilizing an artificially perfused uterus*, in *Fertil. Steril.*, 1988, 49, 6, p. 991 ss. Sull'evoluzione del fenomeno v. H. ATLAN, *L'utero artificiale*, cit., *passim*; nonché M. ABECASSIS, *Artificial womba: "the third era of human reproduction" and likely impact in french and U.S. law*, in *Hastings women's law journal*, 2016, 27, p. 3 ss.

⁵⁶ C. BULLETTI e C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, cit., p. 208.

⁵⁷ M. ABECASSIS, *Artificial womba: "the third era of human reproduction" and likely impact in french and U.S. law*, cit., p. 11.

⁵⁸ Riferisce come molti studiosi evocano il problema della necessità di un prolungato rapporto con la madre, assicurato dal lungo periodo di gestazione, per consentire al feto l'indispensabile umanizzazione, ma ritiene che tale affermazione non sia adeguatamente sorretta da prove concrete, C. FLAMIGNI, *Dell'ectogenesi e di altre simili diavolerie*, in *L'utero artificiale*, Milano, 2006, p. XVI. A tale riguardo H. ATLAN, *L'utero artificiale*, cit., p. 69 ss., dopo essersi chiesto cosa sarà dello sviluppo intrauterino del feto senza relazioni normali con la madre, conclude evidenziando come il feto abbia una grande capacità di adattamento: in realtà, secondo l'A. il cambiamento profondo tocca la madre, rischiando di fare scomparire – insieme alla gravidanza e al parto – se non addirittura il sentimento materno, quantomeno il modo in cui la donna vive la maternità. Proprio la maternità con l'ectogenesi diventerebbe prossima a una paternità.



Ancóra, spingendosi oltre, il meccanismo che svincola la procreazione dalla gravidanza e dal parto viene descritto come idoneo a rovesciare i rapporti tra i due sessi⁵⁹ e a offendere la dignità della procreazione⁶⁰.

Al di là di tali profili, la questione più impellente per il giurista sarà trovare nuovi assetti normativi, compatibili con un impianto costituzionale, idonei a una solida attribuzione di maternità e per determinare lo *status* giuridico del nato in una decisa rottura con l'adagio *mater semper certa est*: ragionando di accertamento del rapporto in caso di filiazione nel matrimonio, presupposto di tale filiazione non sarà ulteriormente la nascita di un figlio da donna sposata che, tradizionalmente, si dimostra con l'atto di nascita che attesta l'avvenuto parto⁶¹; parimenti, la questione influirà, altresì, sulla prova della filiazione nata al di fuori del matrimonio, in quanto non sarà di utilità l'art. 269, comma 3, c.c. secondo il quale «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre», così dimostrando una complessa interrelazione fra il piano naturalistico della maternità (i.e. la gestazione e il parto), quello volontaristico della genitorialità, relativo alla costituzione del progetto familiare e alla costruzione di un legame coinvolgente, e quello identitario della derivazione biologica, che può mancare in tutto o in parte⁶².

Prima ancóra, non si può sottacere la necessità di considerare la condizione dell'embrione in ipotesi di tal fatta, i soggetti deputati a adottare scelte che lo riguardano e i limiti entro i quali tali scelte possono essere effettuate, nonché le eventuali tutele in caso di responsabilità civile. Segnatamente, tale meccanismo, che prescinde da una donna gestante, impone di regolare con attenzione – sotto il versante contrattuale – gli impegni assunti dal personale medico/tecnico che si occuperà della “macchina” e di monitorare lo sviluppo dell'embrione nella stessa.

4. La tematica, infine, offre una ulteriore frontiera di indagine: quella relativa alla possibilità per i soggetti biologicamente uomini di ricorrere al trapianto di utero al fine di procreare senza ricorrere a una donna portante⁶³.

⁵⁹ H. ATLAN, *L'utero artificiale*, cit., p. 73.

⁶⁰ C. BULLETTI e C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, cit., p. 210 s.

⁶¹ F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Bari, 2022, p. 332.

⁶² Trib. Monza, 17 ottobre 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 173, con nota di M. VENTURA; in *Giur. it.* 1992, I, 2, c. 72, con nota di M. DOGLIOTTI; e App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177.

⁶³ B.P. JONES, S. SASO, T. BRACEWELL-MILNES, M.Y. THUM, e altri, *Human uterine transplantation: A review of outcomes from the first 45 cases*, in *BJOG*, 2019, 126(11), p. 1310 ss.



Va preliminarmente tenuto in considerazione che il transessualismo non ha alcun rilievo aprioristico sull'idoneità genitoriale: il diritto a costituire una famiglia e ad esercitare i diritti connessi alla genitorialità non subisce, almeno in linea teorica, alcuna compressione da parte di elementi quali l'orientamento sessuale o l'identità di genere, salvo, naturalmente, un eventuale pregiudizio con riferimento all'interesse della prole, concretamente valutato⁶⁴. In tal senso, il legame giuridico di filiazione, sorto precedentemente alla transizione sessuale (così detta *vecchia genitorialità*⁶⁵), rimane integro, poiché la riassegnazione del genere, a séguito di una pronuncia di rettificazione, non incide né sulla titolarità, né sull'esercizio della responsabilità genitoriale, salvo che l'autorità giudiziaria non intervenga in senso contrario.

Così, sempre in linea di principio, il soggetto sottoposto a riassegnazione, che abbia perso la capacità procreativa a causa dell'intervento o dei trattamenti ormonali, può in linea teorica diventare genitore, attraverso l'adozione o con il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (*nuova genitorialità*)⁶⁶.

Per quanto attiene alla legge sull'adozione – che in ogni modo esclude il ricorso da parte del *single* transessuale per l'adozione piena e per quella internazionale, ma non anche per quella speciale⁶⁷ –, è di tutta evidenza l'astratta irrilevanza della transizione sessuale rispetto ai requisiti soggettivi della coppia richiedente; laddove, invece, il requisito sostanziale dell'idoneità genitoriale sarà oggetto di un'attenta e penetrante valutazione e indagine dei servizi sociali sulla capacità affettiva ed educativa: la condizione transessuale di uno degli aspiranti genitori adottivi, che in linea astratta non incide, pregiudicandola, sulla capacità genitoriale, potrebbe o meno rilevare rispetto al singolo minore con il quale viene immaginato (o provato) l'abbinamento⁶⁸.

Quando al tema che qui si tratta, va detto che i tentativi di trapianto effettuati sugli uomini non hanno ancora condotto a risultati soddisfacenti: noto

A
N
N
A
L
IS
I
S
D
I
CS
/
2
0
2
4

157

⁶⁴ Sottolinea, tuttavia, la questione essenzialmente culturale, anche se con riferimento all'omogenitorialità, F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 895 ss.

⁶⁵ J. LONG, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 236.

⁶⁶ Ancora J. LONG, *Essere genitori transessuali*, cit., spec. p. 244 ss.

⁶⁷ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione "plena, minus plena" e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 683.

⁶⁸ Trib. Perugia, 22 luglio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 593; che ha avuto un séguito in App. Perugia, 11 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, c. 1628, commentate da E. FALLETTI, *Genitorialità e identità di genere*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, p. 97 s.

è divenuto il caso di Lili Elbe, che ha ispirato il film “*The Danish Girl*,” nata Einar Wegener e deceduta in Germania a séguito delle complicanze di un trapianto di utero nel 1931. Tuttavia, non sembrano sussistere a tale riguardo – almeno sotto il versante medico – barriere insormontabili⁶⁹.

Gli ostacoli piú insidiosi attengono al piano etico, tanto è che i già citati criteri di Montreal⁷⁰ – accettati dalla società internazionale per il trapianto di utero – sanciscono che le riceventi siano «geneticamente di sesso femminile»⁷¹, escludendo così il soggetto nato uomo da tale pratica, aspetto che ha attirato le critiche di chi sostiene trattarsi di una violazione del diritto alla autonoma gestazione delle donne *transgender*⁷².

Come già evidenziato, il protocollo sperimentale sul trapianto di utero non precisa espressamente che solamente un soggetto geneticamente di sesso femminile può essere destinatario dell’utero, ma finisce con l’abbracciare tale idea nel momento in cui, come accennato, ammette alla chirurgia sostitutiva solamente la donna con una buona riserva ovarica e le coppie in grado di fornire materiale genetico, circostanza che esclude a priori i componenti di una coppia biologicamente del medesimo sesso dall’alveo di quelli che possono ambire a ottenere un utero. In ipotesi di tale fatta sarebbe, infatti, dirimente la donazione di un gamete esterno per la concretizzazione delle aspirazioni alla genitorialità.

Se la finalità sottesa alla previsione contenuta nel protocollo era escludere i nati uomini dal novero dei destinatari del trapianto forse però sarebbe stato preferibile limitarsi a sancire che solamente un soggetto geneticamente donna può essere beneficiario dell’utero, giacché la attuale formulazione esclude dal novero delle candidate anche le donne prive di riserva ovarica o il cui partner non sia in grado di fornire materiale genetico e ponendo ulteriori questioni complesse in ordine alle persone intersessuali, nella variazione genetica dell’intersessualismo: soluzione questa certo priva di ragionevolezza se si considera che la p.m.a eterologa è, in via generale, lecita nel nostro Paese ormai da un lustro: laddove tale pro-



⁶⁹ A. HAMIDIAN JAHROMI, R. SYDNEY HOREN, A.H. DORAFSHAR e altri, *Uterine transplantation and donation in transgender individuals; proof of concept*, in *Int J Transgend Health*, 2021 maggio 28, 22(4), p. 349 ss.

⁷⁰ <https://tts.org/isutx-about/isutx-about-history-vision-mission>.

⁷¹ A. LEFKOWITZ, M. EDWARDS, J. BALAYLA, *Ethical considerations in the era of the uterine transplant: an update of the Montreal Criteria for the ethical feasibility of uterine transplantation*, in *Fertility and Sterility*, 2013, 100(4), p. 924 ss.

⁷² V.G. MOOKERJEE, D. KWAN, *Uterus transplantation as a fertility option in transgender healthcare*, in *International Journal of Transgender Health*, 2020, 21(2), p. 122 s.; nonché J. BALAYLA, P. POUNDS, A. LASRY, e altri, *The Montreal Criteria and uterine transplants in transgender women*, in *Bioethics*, 2021 Maggio 35(4), p. 326 ss.

to collo sperimentale dovesse cristallizzarsi poi in una legge dello Stato, questa limitazione potrebbe finanche essere tacciata di incostituzionalità per le medesime ragioni che hanno già condotto la Consulta a dichiarare illegittimo l'originario divieto di eterologa di cui all'art. 4, comma 3 della l. 40 del 2004.

Tra l'altro, ragionando *rebus sic stantibus* e in termini del tutto astratti, la l. 40 non pone ostacoli espressi qualora uno dei componenti abbia fatto transizione sessuale, con rettificazione dell'attribuzione di sesso⁷³, a fronte ovviamente della residua capacità procreativa: posto che l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita potrebbe concretamente realizzarsi sia (benché più difficilmente) in ragione del mantenimento di detta capacità pur a séguito dell'intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo dell'apparato riproduttivo, sia (più prospettabile) per il fatto che la transizione sessuale sia avvenuta senza intervento chirurgico, ma solo, ad esempio, sul piano ormonale e dei caratteri sessuali secondari.

In conclusione, dunque, il soggetto geneticamente uomo non può, ad oggi, nel nostro Paese ricevere un utero in ragione delle limitazioni previste nel protocollo. Nondimeno, quando la tecnica avrà raggiunto esiti soddisfacenti, non è improbabile che coloro che non riescono a ottenere un organo in Italia, avendo disponibilità economica, saranno spinti a recarsi all'estero per ottenerlo, riproducendo uno schema già noto con la maternità surrogata. In tale ottica, sussistono preoccupazioni riguardo alla potenziale creazione di un "mercato nero" degli uteri, simile a quello dei reni⁷⁴, che vede le donne in condizioni di povertà disporre dei loro organi. Una volta ottenuto un utero all'estero, il soggetto potrebbe ricorrere alla p.m.a in Italia, salve naturalmente le limitazioni che potrebbero ragionevolmente essere poste, anche a livello europeo, rispetto alla donazione dell'utero e alla circolazione controllata degli organi secondo i principi tendenzialmente uniformi di matrice europea in punto di terapeuticità, consenso informato, solidarietà, gratuità e (in alcuni casi) anonimità.

settembre 2024 ALESSANDRA CORDIANO e GIORGIA ANNA PARINI 159

⁷³ Sul punto v. A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 762 ss.

⁷⁴ B.M. DICKENS, *Legal and ethical issues of uterus transplantation*, in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 2016, 133, p. 126.



Abstract

Il trapianto di utero rappresenta una sperimentazione ancora “agli inizi” non soltanto Italia, ma anche oltre i confini nazionali: nondimeno, tale progresso induce l’interprete a riflettere in ragione delle nuove prospettive che tale ipotesi di chirurgia sostitutiva offre – allo stato attuale, ma anche in chiave prospettica – per soddisfare le aspirazioni alla genitorialità.

Le ricadute pratiche non pongono solo dilemmi sotto il versante terapeutico ed etico di impellente urgenza, ma coinvolgono anche il giurista, che si scontra con le evidenze per le quali sussistono modalità sempre più diversificate per diventare genitori; è ormai in discussione – per non affermare in crisi – il concetto per così dire naturale di maternità e paternità e si sono moltiplicati i modelli familiari, contingenza che impone la ricerca di un costante equilibrio tra prerogative, anche contrapposte.

Uterus transplantation represents a recent experiment not only in Italy, but also beyond its national borders. Nonetheless, this progress prompts the interpreter to reflect on the new perspectives that this replacement surgery hypothesis offers – at present, but also in a prospective key – to fulfil aspirations for parenthood.

The practical repercussions do not only pose dilemmas on the therapeutic and ethical side of urgency, but also involve the jurist. There are increasingly diversified ways of becoming parents; the so-called natural concept of maternity and paternity is now under discussion – not to say in crisis – and family models have multiplied, a contingency that requires the search for a constant balance between prerogatives, even opposing ones.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

PMA e utero artificiale: al di là del principio della ragione universalistica e De-contestualizzata*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Corpo, identità e cultura neoliberista – 2. La *performance* nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita – 3. Procreazione e concepimento: processi (im)perfetti? – 4. Fare parentele, non famiglie: due ‘ragioni’ a confronto.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nelle loro diverse forme e potenzialità future, hanno aperto scenari che interrogano non solo l’ambito etico, ma anche quello giuridico, in quanto rendono possibili ‘scenari’ che in un modo o nell’altro rinviando alla necessità di una loro regolamentazione. Il diritto, la giurisprudenza sempre più frequentemente sono chiamati a definire ciò che è lecito e ciò che non lo è, quali sono i diritti e i doveri dei soggetti coinvolti, quali sono le condizioni sotto le quali una pratica può essere ammissibile.

Gli scenari che si aprono sono di natura molteplice: la moltiplicazione delle figure sulla scena del parto, la fecondazione *post-mortem*, il destino e l’utilizzo degli embrioni criocongelati, i limiti entro i quali si può intervenire sul patrimonio genetico del nascituro – distinzione tra selezione genetica negativa ‘curativa’ e genetica positiva ‘potenziamento’ – trapianto di utero, ectogenesi (di chi è il bambino la cui gestazione è avvenuta in un utero artificiale). A questo è necessario aggiungere il problema del riconoscimento della genitorialità in coppie dello stesso sesso e la situazione di single che desiderano avere un figlio, pur non essendo in coppia.

A fronte della velocità dello sviluppo di tali tecniche, il legislatore, la giurisprudenza oscillano tra una posizione proibizionista (di per sé pericolosa, perché il proibizionismo genera devianza) e una posizione di accettazione, che tuttavia rischia di diventare una soluzione che altro non fa che assecondare e rincorrere le pratiche.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita interrogano anche le scienze sociali: l’antropologia, la psicologia, la sociologia che tradizionalmente hanno collocato la fecondità, la generatività e la filiazione entro sistemi di parentele (che sono sistemi di allocazione sociale dei soggetti coinvolti) diversamente caratterizzati, storicamente definiti, tendenzial-

* L’articolo è frutto di un lavoro congiunto, ma nella stesura finale a Paola Di Nicola si deve la stesura della Premessa e del paragrafo 4, a Debora Viviani i paragrafi 1, 2, 3.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

161

mente dinamici, in risposta a quelle che sono le sfide dell'ambiente. Sistemi che si basavano e si basano sull'assunto che i figli sono della donna che li ha partoriti e dell'uomo che li ha riconosciuti. Sono sistemi patriarcali che considerano 'normale' che il corpo della donna sia un corpo destinato alla maternità, e che il corpo dell'uomo sia tanto più 'potente' quante più donne riesce a ingravidare

Sono sistemi che si basano e si basavano su una specifica accezione di sessualità, di sessualità femminile e sessualità maschile: si basano su una concezione 'funzionale e finalizzata' del corpo sessuato e della sessualità incorporata.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita, separando il concepimento dalla sessualità, 'spostando' il concepimento al di fuori dei corpi maschili e femminili, ridefiniscono inevitabilmente il senso intenzionato che uomini e donne attribuiscono alla sessualità e al corpo sessuato. Ed è su questo campo, che la sociologia può dare un suo contributo, muovendosi dal livello micro dell'azione individuale, al livello macro delle più ampie e complesse dinamiche socio-economiche e culturali.

1. La corporeità assegna all'individuo uno spazio nello scenario sociale, che va oltre la sua fisicità. Dà, infatti, al soggetto una posizione nelle relazioni sociali e ne permette una sua rappresentazione, anche in termini di immagine di sé agli altri.

Secondo questa prospettiva, l'identità del soggetto cessa di essere innata o unicamente legata alla sua azione (lavoro, vita personale, etc), ma diventa frutto di una continua definizione e ridefinizione della sua rappresentazione corporea. Attraverso il corpo e il suo stile di vita, il soggetto esplicita l'immagine di sé che vuole creare, perché suo bisogno, suo desiderio o risposta a quelle che ritiene siano le aspettative sociali. Questa nuova sfera individuale diviene ora la nuova unità di riproduzione del sociale, ma non è più prestabilita e permanente, determinata secondo variabili oggettive, ma è il risultato di un compito sempre più personale e individualizzato. Per questo motivo, il soggetto ripiega su se stesso concentrando la propria attenzione e il proprio impegno su di sé, sulla costruzione della propria identità, attraverso anche il lavoro sul corpo, che rende manifesta e concreta¹ la sua intenzionalità².

¹ Come fenomeno culturale e sociale, la rappresentazione del corpo perfetto attraverso tre diversi momenti storico-sociali: il corpo prigioniero delle società primitive, il corpo efficiente dell'età moderna e il corpo bello della postmodernità. Si veda D. VIVIANI, *Il corpo dei giovani tra moda e tradizione*, Milano, 2010.

² U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2006.

È altresí vero che la storia del corpo nel mondo occidentale si iscrive nella prospettiva e nello specchio tecno-scientifico che lo vede sempre piú disgiunto dalla soggettività ed unicità dell'individuo. In particolare, il corpo si colloca all'interno delle trasformazioni socio-culturali dell'immaginario della salute. «Il corpo ha dunque una storia. Il corpo è la nostra storia»³.

Sul corpo possono essere proiettati modelli culturali molto diversi, che contribuiscono a trasformare l'idea che noi abbiamo di noi stessi, cosí come l'immagine che noi, ad esempio, abbiamo assorbito dell'uomo e della donna⁴.

Infatti, il corpo come portatore di identità si innesca nella diffusione di diverse pratiche finalizzate al benessere e nella nascita di atteggiamenti che avvicinano tra loro uomini e donne, precisamente comportamenti ed espressioni che uno dei due generi nutre dall'altro⁵.

La dicotomia “essere corpo” e “avere corpo” crea un unico scenario che presuppone una azione sulla propria corporeità affinché quell’“avere corpo” contribuisca a creare il miglior “essere corpo”, la miglior immagine di sé.

Una immagine che, ovviamente, risponde, e deve rispondere, alle aspettative, ai valori e alle tendenze sociali.

Rispetto alla società disciplinare⁶, il dolore, la punizione e la disciplina avevano un ruolo costruttivo, di crescita per l'uomo. «Obblighi e divieti vengono inculcati nel soggetto d'obbedienza mediante il dolore, quindi ancorati nel suo corpo. Nella società disciplinare il dolore ha ancora un ruolo costruttivo. Esso modella l'essere umano quale mezzo di produzione»⁷.

In uno scenario piú ampio, come si ritrova nelle parole di Foucault⁸, «[...] le devastazioni della malattia e della fame, i massacri periodici delle epidemie, la formidabile mortalità infantile, le precarietà degli equilibri

³ J. LE GOFF (2005), *Il corpo nel medioevo*, Roma-Bari, 2005, p. 160.

⁴ «Alla maternità è stato attribuito un carattere fondativo e distintivo dell'identità femminile, facendo del materno un destino per le donne, una cifra per la loro identità». Si veda S. CICCONE, *Essere maschi. Tra potere e libertà*, Torino, 2009, p. 129.

⁵ Si consideri ad esempio come nella società ci sia l'evolversi e la diffusione di un modello ipervirilizzato che ha scardinato i tradizionali valori di forza e potenza, declinati dal punto di vista estetico con una fisicità di un certo tipo, e che, sulla base del fatto che il corpo ne è forma espressiva, ha creato una mescolanza tra tipi e controtipi maschili, tra rappresentazioni maschili che sembrano in controtendenza rispetto alle rappresentazioni tradizionali. Si diffonde una continua ridefinizione della differenza tra maschile e femminile, in rappresentazione corporea, atteggiamenti e comportamenti. S. CAPECCHI, E. RUPINI (a cura di), *Media, corpi, sessualità. Dai corpi esibiti al cybersex*, Milano, 2009.

⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2009.

⁷ B.-C. HAN, *La società senza dolore. Perché abbiamo bandito la sofferenza dalle nostre vite*, Torino, 2021, p. 14.

⁸ M. FOUCAULT, o.c.



bio-economici – tutto ciò rendeva la morte familiare e le suscitava attorno dei rituali per renderla accettabile, integrarla e dare un senso alla sua permanente aggressione»⁹.

Un immaginario¹⁰ ben diverso da quello che ha preso forma nella società postmoderna, nella quale si nega il rapporto affermativo con la morte, con il dolore e con la malattia della società disciplinare. Si tratta, invece, oggi, di un contesto sociale nel quale si negano tutte queste condizioni, così come le imperfezioni e gli imprevisti. Si tratta di uno scenario nel quale, secondo la logica del controllo, la positività della contentezza annienta la negatività del dolore, incrementando la capacità di azione del soggetto stesso, con l'intento di medicalizzare il dolore ed i limiti, in una dimensione maggiormente privata.

Infatti, il limite nella produttività corporea spaventa. La sua vulnerabilità non è tollerata. Al contrario, deve essere debellata, allontanata¹¹, in una prospettiva dove l'elemento della cura si confonde con quello del potenziamento, dove la terapia si fonde e confonde con la tecnica.

Il corpo diventa terreno sul quale liberamente agire, attraverso un percorso che segue due diverse direttive: migliorare il proprio corpo in un'ottica di cura, evitare l'insorgere di malattie attuando delle azioni preventive. Nel primo caso, il meccanismo risponde alla logica della prestazione, nel secondo caso a quello della performance.

Come afferma Marcuse¹², il concetto di prestazione¹³ è chiave di lettura della società a lui contemporanea, «e che è il principio di una società acquisitiva e antagonistica in processo di espansione costante, presuppone un lungo sviluppo durante il quale il dominio è stato sempre più razionalizzato: adesso, il controllo del lavoro sociale riproduce la società in una scala più vasta e in condizioni migliori. Per un lungo tratto gli interessi del dominio e gli interessi dell'insieme coincidono: l'utilizzazione vantaggiosa dell'apparato produttivo soddisfa pienamente i bisogni e le facoltà degli individui»¹⁴. È una logica che guida un lavoro continuo che si fonda su un investimento, altrettanto continuo, nel tentativo del soggetto di



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

164

⁹ M. FOUCAULT, *o.c.*, p. 59.

¹⁰ C. TAYLOR, *Gli immaginari sociali moderni*, Roma, 2005.

¹¹ A. MACINTYRE, *Animali razionali dipendenti. Perché gli uomini hanno bisogno delle virtù*, Milano, 2007.

¹² H. MARCUSE, *Eros e civiltà*, Torino, 1982.

¹³ Per una analisi approfondita e la presentazione semantica-concettuale dei termini prestazione e performance si veda D. VIVIANI, *Procreazione medicalmente assistita e surrogacy: tra capitalizzazione e controllo del corpo*, in P. DI NICOLA, C. LONARDI, D. VIVIANI, *Forzare la mano. Natura e cultura nella procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2018.

¹⁴ H. MARCUSE, *o.c.*, p. 88.

concorrere e competere sul mercato, cercando di far sfruttare al meglio il proprio potenziale.

Rispetto all'ideale di superare se stessi, vincere gli altri in una logica di concorrenza e superamento continuo su cui si sviluppa il concetto di prestazione¹⁵, la performance ha un valore piú profondo, multidimensionale.

Se il soggetto prestazionale lavora su se stesso *in superficie*, in un continuo lavoro di affinamento e miglioramento delle proprie prestazioni in un'ottica di raggiungimento di obiettivi chiari e ben definiti, la performance presuppone un lavoro che si focalizza sull'origine. È un procedimento che si basa sull'intento di prefigurare il risultato e, su *ciò che potrebbe* portare al massimo le sue potenzialità. La manipolazione che la logica della prestazione presuppone è un lavoro su una condizione di partenza che presenta delle imperfezioni, invece, la logica della performance richiama un intervento che crea una condizione di origine che è, o dovrebbe essere, ottimale per raggiungere gli obiettivi. «La differenza tra curare e migliorare sembra implicare una differenza morale, ma non è ovvio in cosa possa consistere. Riflettiamo: se non c'è niente di male nel fatto che un atleta ricorra a una terapia genetica per uno strappo muscolare, cosa ci sarebbe di male se continuasse la cura oltre la guarigione per tornare in pista piú in forma di quando stava bene?»¹⁶.

2. Il corpo diventa un vero e proprio compito individuale, è prodotto di una azione fai-da-te nella quale le sue disfunzioni, i suoi limiti e le sue carenze sono incidenti di percorso da eliminare o, meglio ancora, da prevenire. Come proprietario e come custode del suo corpo, per primo il soggetto deve coglierne attentamente la potenzialità e se ne deve fare carico, attivando procedure di difesa, ma anche azioni che possano evitare o limitare i problemi derivati da alcune sue imperfezioni.

Come luogo problematico per eccellenza, il corpo rappresenta una forte ambiguità. Nel suo essere corpo, così come in quell'aver un corpo, la corporeità umana unisce e separa dal mondo, è oggetto ma anche soggetto, «fa vivere e fa morire»¹⁷.

Questo intervento continuo nei confronti del sé, un intervento, una manipolazione, anche corporea, finalizzata a soddisfare i propri bisogni, li trasforma in compiti, collocando il soggetto in una posizione attiva, caricandolo di una responsabilità, forse, eccessiva. L'individuo e la sua cor-

¹⁵ G. LIPOVETSKY, *Una felicità paradossale*, Milano, 2007.

¹⁶ M. J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008, p. 27.

¹⁷ M.T. RUSSO, *Etica del corpo tra medicina ed estetica*, Catanzaro, 2007, p. 13.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

165

poreità sono al centro di un'azione continua finalizzata al miglioramento.

In questo scenario si collocano tutte quelle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che lavorando sul corpo, cercano di toglierne i limiti alla capacità di generare. Indipendentemente che questo corpo sia maschile o femminile¹⁸.

Questo lavoro sul corpo, finalizzato a capitalizzare le potenzialità ed eliminarne le imperfezioni e i limiti, richiama tutte le procedure di procreazione medicalmente assistita, dalla più "semplice" (la fecondazione omologa) a quelle più complesse e di avanguardia, di cui (forse) non si è certi della loro realizzazione (come l'ectogenesi). Infatti, questi interventi modificano la natura e la funzionalità del corpo della donna, dell'uomo e/o della coppia, per il raggiungimento dell'obiettivo¹⁹ evidenza della ritrovata funzionalità riproduttiva dei soggetti coinvolti.

Ma questi sono tentativi di riportare questi corpi al loro stato naturale, perché *naturalmente* l'uomo e la donna sono nati per procreare? O, viceversa, sono il tentativo di toglierne la naturalità²⁰ e renderli quindi perfetti, così come i corpi degli altri?

Se nella tradizionale prospettiva medica, ogni intervento in questo campo è volto a curare le malattie, la sua funzione era, e rimane, terapeutica. È un'azione utile a ripristinare una situazione di normalità, riportando ed eliminando i limiti che non ne permettono il perfetto funzionamento.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno però superato questa prospettiva, allargando il raggio di azione. L'eugenetica, l'utero artificiale, per dirne alcune, non necessariamente rappresentano un intervento terapeutico, ma potrebbero essere esclusivamente finalizzate ad ottimizzare, a rendere il migliore possibile, il momento del concepimento e la gravidanza. «[...] l'appropriazione delle capacità riproduttive femminili si è rivelata molto più problematica, sia tecnicamente sia socialmente»²¹.

Il controllo sullo stato di salute del proprio figlio nella fase embrionale tende a diventare sempre più precoce, grazie alle scoperte e agli strumenti tecnologici, che possono contribuire a selezionare anche i tratti e il corredo genetico.

¹⁸ La maternità surrogata, ma anche l'utero artificiale, sono due esempi di come la procreazione superi la tradizionale distinzione di genere: la donna è colei che concepisce e partorisce il figlio, di cui è madre. Nella cultura greca, alla capacità della donna di procreare si contrapponeva la speculare capacità dell'uomo di partorire con la mente, «proprio dei maschi (anzi dei migliori), è più nobile che partorire con il corpo, proprio delle donne» (N.M. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, 2017, p. 28).

¹⁹ La nascita di un figlio.

²⁰ Perché questi corpi non sono nati *naturalmente* per procreare.

²¹ M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015, p. 65.

È chiaro che in questo caso il ricorso alle tecnologie della riproduzione esce dal campo di azione delle terapie perché non si tratta di cura di una malattia o di una situazione di disagio/limite fisico²².

Lo scenario che tratteggiano queste trasformazioni evidenzia che la linea che divide gli interventi della tecnica dalla cura terapeutica si assottiglia al punto tale che i confini tra le due realtà si confondono e questi due poli vanno ad implodere uno sull'altro. Sono esemplari le due vicende riportate da Sandel²³.

Nella prima, una coppia di donne omosessuali ha cercato un donatore di sperma che fosse sordo affinché garantisse la nascita di un figlio privo dell'udito, caratteristica che accomunava anche le due donne. Il loro obiettivo era unicamente avere un figlio come loro²⁴, con cui condividere il senso di appartenenza e il tenersi in contatto, presenti all'interno della comunità di non udenti. Le due donne si rifiutavano di considerare la sordità una menomazione.

Nel secondo caso, una coppia infertile cerca una donatrice di ovuli per poter realizzare il sogno di avere un figlio. Questa donatrice doveva avere determinate caratteristiche: essere alta un metro e 78 cm, avere un fisico atletico, senza patologie familiari e con un punteggio *Scholastic Assessment Test*²⁵ di almeno 1400.

In entrambi i casi, si tratta di intervenire sul concepimento, a partire dalla scelta degli ovuli o dello sperma, ponendo al centro della scelta della donatrice/del donatore alcune caratteristiche ritenute importanti dalle coppie committenti, ma che potrebbero, ad un giudizio generale, non essere fondamentali, o al contrario ostacoli, nel garantire una vita soddisfacente al bambino. Chi stabilisce quali sono i principi che garantiscono una vita appagante ad un essere umano?

Chiaramente, di fronte a quesiti di questo tipo, a situazioni come quelle presentate, diventa difficile stabilire cosa è giusto, cosa è eticamente corretto e cosa non lo è. «Quando la scienza cammina più in fretta della comprensione etica, come fa oggi, gli uomini e le donne faticano a esprimere l'origine della loro inquietudine, e nelle società liberali ricorrono in primo luogo al lessico dell'autonomia, dell'equità e dei diritti individuali»²⁶.

Scegliere, o pensare di poter scegliere, l'altezza del proprio figlio, il colore degli occhi, possono essere azioni terapeutiche, *gli evitiamo di vivere*

²² Cfr. D. VIVIANI, *o.c.*, 2018.

²³ M. SANDEL, *o.c.*

²⁴ Effettivamente nacque un figlio sordo.

²⁵ È il test di iscrizione all'università.

²⁶ M. SANDEL, *o.c.*, p. 25.



una vita infelice in questo mondo nel quale l'aspetto fisico è estremamente importante, o posso essere la realizzazione di desideri dei genitori e che non incidono sulla qualità di vita del figlio. Questa contrapposizione è una importante griglia interpretativa per cogliere il valore etico di questi interventi²⁷.

Allo stesso tempo, così come sono il risultato di una logica del controllo che si diffonde sempre più e che tenta di annullare qualsiasi imprevisto.

Gli interventi genetici hanno reso possibile, infatti, un maggior controllo sul processo generativo, non solo individuando ed escludendo possibili malattie o anomalie, ma anche con la possibilità di selezionare le caratteristiche desiderabili del proprio figlio. L'indeterminatezza del processo di concepimento, l'inaspettato gioco che si può innescare tra i corredi genetici dei genitori biologici si cancella²⁸, attraverso una logica «che va dalla programmazione di qualità (colore dei capelli, altezza o bellezza fisica), di inclinazioni (mansuetudine, aggressività, forza dell'io), di capacità (abilità atletica, resistenza, predisposizione alla musica), di «beni primari» (cioè capacità di ordine generale come forza fisica, intelligenza o memoria)»²⁹.

Seguendo il trend generale del processo di medicalizzazione, le terapie disponibili nel campo delle anomalie genetiche si concentrano sempre più sulla prevenzione, permettendo così di porre l'attenzione e focalizzarsi su tutti i caratteri genetici che definiscono o possono definire l'embrione, non esclusivamente quelli patologici. «Il confine concettuale tra il prevenire la nascita di un bambino gravemente malato e la decisione eugenetica di migliorare il patrimonio ereditario non è più tracciabile con chiarezza»³⁰.

La selezione genetica, il gene editing, l'ectogenesi e la scelta del donatore/della donatrice rappresentano un possibile intervento che fa il genitore o fanno i genitori per canalizzare la casualità entro i confini del riconoscibile e accettabile, di eliminare l'imprevedibilità e di annullare e negare il verdetto della natura³¹.

L'essere del soggetto, la sua natura che prende origine dal suo concepimento, implode nella sua dotazione genetica. Ciò che il soggetto è, diventa ciò che il soggetto *ha*, in un circolo continuo tra il diritto di autodeterminazione della donna, dei genitori biologici, e il bisogno che l'embrione sia tutelato.

²⁷ M. BALESTRIERI, *L'utero artificiale e le questioni morali*, in *The Future of Science and Ethics*, 2017, vol. 2, n. 1, pp. 53-58.

²⁸ J. HABERMAS, *o.c.*; M. SANDEL, *o.c.*

²⁹ J. HABERMAS, *o.c.*, p. 85.

³⁰ J. HABERMAS, *o.c.*, p. 24.

³¹ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2019.



Se nel processo naturale è chiara la supremazia della natura stessa, che con la sua imprevedibilità stabilisce il risultato, la tecnologia avvicina ora il desiderio alla sua realizzazione, fino ad annullare il gap da sempre esistito tra “ciò che vorremmo” e “ciò che è”.

3. Tra i cambiamenti e le trasformazioni radicali che interessano il mondo moderno, quello della fecondazione artificiale risulta il più rivoluzionario e dirompente perché scardina punti fermi e verità assolute, che fino ad ora hanno caratterizzato la nostra vita.

La donna è colei che porta avanti una gravidanza e che partorisce un figlio.

Il concepimento di un figlio nasce dall'unione di gameti femminili (ovuli) e maschili (spermatozoi), che si trovano all'interno, nel primo caso, di un corpo femminile e, nel secondo caso, di un corpo maschile.

La riproduzione di un uomo non è possibile senza una donna.

Non c'è gravidanza senza il corpo della donna, predisposto naturalmente a racchiudere al suo interno e a far crescere, più o meno per quaranta settimane, il corpo del proprio figlio.

Con la fecondazione assistita, la maternità surrogata e le scoperte della tecnica, come l'ectogenesi o il gene editing, queste verità indiscusse vacillano, sono messe in discussione e/o svaniscono. «Corpo oggetto, frazionato secondo uno schema meccanicista e ricostruito attraverso un progetto di padronanza che non prende in conto in nessun momento la dimensione simbolica della parentela e del desiderio di aver un figlio e non interrogano l'ipofertilità se non sul suo versante organico: il corpo ostacolo, debole»³².

Sussiste il rischio di una abolizione dell'uomo. La tecnoscienza, le biotecnologie hanno la possibilità di rendere l'uomo superfluo, un accessorio nei processi di procreazione.

La tecnica attua un rovesciamento reale, ma anche simbolico, culturale, della rappresentazione e dell'immaginario³³ perché permette alle donne di procreare “senza uomini”, permette ad un uomo di avere un figlio senza donna e permette a una coppia di avere un figlio senza concepirlo all'interno di un corpo.

Da sempre i rituali, le figure coinvolte, le pratiche terapeutiche che accompagnano il concepimento, la gravidanza e il parto rappresentano la storia culturale sociale di donne e uomini. Allo stesso tempo, hanno effetto sulla storia e la rappresentazione sociale e culturale dei soggetti coinvolti.

³² D. LE BRETON, *Antropologia del corpo e modernità*, Milano, 2007, p. 249 ss.

³³ N.M. FILIPPINI, *Generare, partorire, nascere*, cit.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

169

Alla luce della riflessione presentata, emerge chiaramente che tali trasformazioni, tali possibilità messe in atto dalla tecnica, andranno a modificare la rappresentazione della donna. La costruzione dell'identità femminile è costruita attorno al potere materno. Tutti gli uomini e le donne nascono da un corpo di donna, non è possibile la nascita senza un corpo di donna che accolga la gravidanza e che partorisca il bambino. Questa è da sempre una evidenza.

Storicamente, l'evidenza è che il corpo femminile è l'unico in grado di poter concepire un altro essere umano. Tale capacità femminile ha sempre avuto una così forte rappresentazione da determinare l'altrettanto importante ruolo della donna come madre. Un ruolo che, fin dall'antichità, si contrapponeva alla abilità dell'uomo di combattere. La donna dava la vita, l'uomo la morte. La donna era madre, l'uomo era cacciatore³⁴.

L'applicazione di queste diverse tecniche segna, quindi, una rottura rispetto a questa rappresentazione della donna³⁵.

Pensando alla maternità surrogata, all'ectogenesi, al gene editing, uomini e donne potranno soddisfare ugualmente il proprio desiderio ed il proprio diritto, alla filiazione. Ma è difficile delineare quali saranno le conseguenze se uomini e donne saranno coinvolti alla stessa maniera nel concepimento e nella nascita di un figlio. Così come non è semplice cogliere quali saranno le conseguenze in termini di scelta e di responsabilità.

Nello specifico, pensando al gene editing, quali caratteristiche genetiche? Sulla base di quale criterio? La qualità di vita? Ma sulla base di cosa una vita è di qualità? E chi sceglierà queste caratteristiche: la donna, poiché si tratta del suo corpo? La coppia? Il medico?

Nel caso dell'ectogenesi, in uno scenario nel quale questa tecnica diventerà efficace al 100%, potrà sorgere il dubbio se sia meglio, in termini di efficacia ed efficienza, far nascere un bambino naturalmente, con l'imprevedibilità del caso, o se per il bene di tutti³⁶, la scelta dell'ectogenesi sarà la scelta migliore. Senza considerare il fatto che se tali pratiche saranno soggette a costi, anche a carico del soggetto che le richiede, non solo renderà ancora più concreta quella commercializzazione della vita intima di cui parla Arlie Hochschild³⁷, ma chiaramente andrà ad accentuare la spaccatura tra chi potrà accedere a tale intervento, e chi non potrà,

³⁴ N.M. FILIPPINI, o.c.

³⁵ P. DI NICOLA, *Woman, Body, Conception: Unveiling the Arcana*, in *Italian Sociological Review*, 2021, 11, 2, p. 531 ss.

³⁶ In realtà, cosa si intende con "tutti"? La madre, il padre, il genitore o il bambino?

³⁷ ARLIE RUSSEL HOCHSCHILD, *Per amore o per denaro. La commercializzazione della vita intima*, Bologna, 2015.



meramente per una questione economica. L'elemento economico andrà a scardinare la già precaria rappresentazione della nascita come un dono³⁸.

Immaginare o attuare l'ectogenesi è, a mio avviso, l'attuale³⁹ esempio di maggior problematicità perché elimina la necessaria presenza di un corpo. Il corpo diventa superfluo, anzi scompare⁴⁰. «L'ectogenesi [...] prospetta una liberazione dai vincoli naturali della fecondazione»⁴¹.

Tutto questo permetterà di superare il limite dell'orologio biologico. Una donna, una coppia, potrà concepire a qualsiasi età⁴². Ci sarà quel richiamo al sogno di eterna giovinezza, «Fonte miracolosa, albero della vita, elisir dell'eterna giovinezza: la storia dell'umanità è da sempre costellata dai numerosi simboli dell'anelata immoralità, talvolta mutuati dalle religioni, altre volte da leggende e miti»⁴³. Anche in questo caso, creando potenzialmente famiglie nelle quali i genitori potrebbero, causa l'età e il naturale processo di invecchiamento, avere difficoltà a prendersi cura di questi figli.

È chiaro, quindi, che queste tecniche, dalla procreazione medicalmente assistita omologa all'ectogenesi, non sono solo soluzioni terapeutiche, ma, in modo diverso, possono essere importanti opportunità per quelle donne, quegli uomini o quelle coppie che vorrebbero avere un figlio, ma non possono o non vogliono⁴⁴.

La prospettiva di applicare queste tecniche, come già evidenziato, oltre a influire sul processo di identità individuale, che si costruisce anche attraverso il lavoro sul proprio corpo, ha ricadute sulle strutture familiari e sulle forme di filiazione, sulle relazioni familiari e sulle relazioni di coppia, e sembra svelare la possibilità di una creazione di uomini artificiali, di artefatti umani.

La richiesta sociale di queste tecniche⁴⁵, sempre più presente e suppor-

³⁸ Si consideri il dibattito in merito alla gratuità o meno della donazione di gameti, P. DI NICOLA, *Sangue del mio sangue, carne della mia carne. Maternità, è paternità e filiazione nella procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2024.

³⁹ Non possiamo sapere cosa accadrà in futuro.

⁴⁰ H. ATLAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006.

⁴¹ C. BULLETTI, C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna, 2017, p. 169.

⁴² R. BRAIDOTTI, *Il postumano. La vita oltre l'individuo, oltre la specie, oltre la morte*, Roma, 2014.

⁴³ N. BONIFATI, G.O. LONGO, *Homo immortalis. Una vita (quasi) infinita*, Milano, 2012.

⁴⁴ Si pensi al *social freezing*, scelta non trattata nello specifico da chi scrive, che permette ad una donna di congelare i propri gameti e concepire in un figlio in un momento futuro della propria vita. Questa scelta può avvenire a causa dell'assenza di un *partner* o per motivi professionali.

⁴⁵ Il 17° *Report* dell'Attività del Registro Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita, riferito al 2021, evidenzia in Italia una ripresa dell'attività, dopo la pandemia da Sars-Cov-2. Si registra un incremento del 36% (rispetto al 2020) delle procedure iniziate (nel 2021 sono stati effettuati 108.047 interventi) e con un incremento del 47% del numero di bambini nati vivi (pari a 16.625 bambini nati vivi).



tata da risultati positivi, scaturisce da un desiderio di filiazione che non si arrende davanti ai limiti della natura, ma che ritiene sia legittimo superarli, che sia un diritto dell'uomo, della donna e/o della coppia poter riprodursi e che, per questo, ogni scelta finalizzata a questo obiettivo sia eticamente legittima e corretta.

4. Le considerazioni sin qui sviluppate, dimostrano in maniera chiara e netta quanto, soprattutto nelle pratiche, l'universo simbolico che ruota attorno alla procreazione sia non solo mutato, ma soprattutto complessificato. È una complessità che ha messo in mora il concetto tradizionale di famiglia, intesa come legame, formale ed informale, tra una donna, un uomo e i loro figli. Legame che, dal punto di vista giuridico, colloca nelle linee genealogiche ascendenti, discendenti e collaterali i diversi soggetti coinvolti. Legame che 'prescrive' precisi diritti e doveri tra le parti: affettivi, di reciprocità, di responsabilità, solidaristici, economici, ereditari. Si potrà obiettare che tali pratiche riguardano una netta minoranza della popolazione adulta, ma è anche vero che come emerge da una ricerca empirica svolta in tre Regioni italiane⁴⁶, la quasi totalità degli intervistati (quota superiore al 90% sia tra le donne che gli uomini) sapeva bene cosa fossero le tecniche di procreazione medicalmente assistita e su di essa aveva maturato idee personali. Il 70% circa degli intervistati pur sostenendo che i figli sono di chi li alleva, non di chi li ha partoriti, sul 'modo' in cui sono stati concepiti le posizioni erano tendenzialmente a favore delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche nella versione eterologa, pur con valutazioni diverse: le opinioni si possono sintetizzare con la frase: 'la PMA si può accettare, ma ad alcune condizioni'. Posizioni divergenti sono emerse a proposito del pagamento dei donatori, della crescita della libertà della donna ovvero del rischio della mercificazione del suo corpo. Molto più chiaro e netto il rifiuto della selezione genetica e dell'utero in affitto, come espressione, per molti degli intervistati di una nuova forma di sfruttamento dei poveri e dei paesi poveri da parte dei ricchi e dei paesi ricchi. Nuova forma di colonialismo che in anni più recenti ha animato il dibattito sul cosiddetto turismo riproduttivo. Questa prima apertura al ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è destinata ad ampliarsi per molti fattori culturali e strutturali. La crescita dell'infertilità tra le donne dovuta soprattutto allo spostamento in avanti dell'età in cui si decide di avere un figlio; la diffusione, tra i giovani adulti, di lavori precari, a termine e poco pagati che rende difficile pensare ad un progetto di vita di coppia e/o di filiazione; il

⁴⁶ P. DI NICOLA, C. LONARDI, D. VIVIANI, *Forzare la mano. Natura e cultura nella procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2018.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

172

crescente numero di single (sia uomini che donne), che arrivano alle soglie dei 35-40 anni senza una vita di coppia stabile e, non da ultimo, la crescente instabilità matrimoniale. Dal punto di vista culturale, forte è la tendenza a trasformare ogni desiderio in diritto da esigere⁴⁷, ad affidarsi al mercato delle merci per acquistare beni relazionali (attività di cura), secondo le suggestive intuizioni di Hochschild⁴⁸, ad identificare la felicità con la libertà, intesa sia come libertà dai condizionamenti sociali (autodeterminazione) che come libertà di fare (autorealizzazione)⁴⁹. Tuttavia, poiché mai come in questi ultimi decenni i fattori di condizionamento strutturali ed economici sono diventati difficili da controllare, la libertà di realizzazione si manifesta nel privato, nella sfera degli affetti, delle emozioni, dei sentimenti (tra i quali è possibile collocare anche il desiderio di un figlio ad ogni costo e la performance fisica) e del mercato delle merci. Prevale, infine, una concezione costruttivistica della natura, intesa come una realtà esterna all'uomo, ma che si può manipolare totalmente⁵⁰: concezioni che i movimenti LGBT+ hanno fortemente alimentato, al punto da negare la rilevanza della differenza biologica di genere: prevale una dimensione emotiva, che trasforma il 'sentirsi' più determinante dell' 'essere'. Paradossalmente proprio la crescita dell'infertilità, sia maschile che femminile, che l'aumento della disforia di genere e gli immani sforzi di allineare il proprio corpo sessuato al corpo 'vissuto', dimostrano quanto il dato naturale sia forte e resistente. Nonostante tutti i dibattiti sulla maternità come scelta o come diritto, rientrano nel panorama della filiazione entità che si pensava fossero uscite di scena: il DNA, i geni, gli embrioni, gli ovociti, il liquido seminale, i gameti, il cordone ombelicale. Materiale vivo, naturale sradicato, estratto da corpi sessuati e scambiato nel mercato del biolavoro globale⁵¹. Nonostante tutti i cambiamenti intervenuti nel campo della riproduzione, un bambino viene ancora alla luce per l'incontro – in questi casi 'guidato' della mano del medico – di un ovocita e uno spermatozoo: incontro che comunque ci deve

⁴⁷ P. DI NICOLA, *La pluralizzazione delle forme familiari tra natura e cultura: le nuove frontiere della vita e della tecnica*, in EAD., *Famiglia sostantivo plurale. Nuovi orizzonti e vecchi problemi*, Milano, 2017, p. 154 ss.

⁴⁸ A.R. HOCHSCHILD, o.c. Per una riflessione sul pensiero di Arlie Russel Hochschild si veda P. DI NICOLA, *Arlie Russel Hochschild e la commercializzazione delle emozioni*, in R. BICHI (a cura di), *Sociologia Generale*, Milano, 2022, pp. 368-379.

⁴⁹ P. DI NICOLA, D. VIVIANI, *Felicità tra libertà e dipendenza: la via impervia per il Paradiso*, Milano, 2022.

⁵⁰ P. DI NICOLA, *Body and Sexuality Between Nature and Culture*, in B.J. GILEY, G. MASULLO (eds.), *Non-Binary Family Configurations of Queerness and Homonormativity*, Switzerland, Springer, 2022, pp. 23-36.

⁵¹ M. COOPER, C. WADBY, *Biolavoro globale*, cit.; P. DI NICOLA, *Sangue del mio sangue*, cit., 2024.

essere anche nel caso in cui la gestazione avvenisse in un utero artificiale. Si potrà pure dire che in questo ultimo caso una donna e un uomo possono avere un figlio quando e come vogliono, senza il coinvolgimento di altri, ma in realtà lo potranno fare solo se hanno ‘acquistato’ un ovocita o il liquido seminale o un embrione che qualcun altro ha messo a disposizione o venduto. Si potrà dire che siamo nella fase del post-umano, ma il bambino che nasce è umano a tutti gli effetti, anche se la sua gestazione è avvenuta in una macchina (una sorta di incubatrice all’avanguardia). Un bambino umano a tutti gli effetti, con la differenza che non è stato generato, ma progettato. Ed è questa la sfida che dovrebbe affrontare il pensiero post-umano.

Il diritto e soprattutto la giurisprudenza sono chiamati a gestire questa crescente complessità, avendo la consapevolezza che i processi in atto non si possono bloccare, ma si possono, quantomeno, regolamentare e gestire.

Si confrontano due tipi di ragione: la ragione del diritto che, su base universalistica, vuole tutelare i diritti dei soggetti coinvolti (in questo caso uomini, donne e i loro bambini venuti alla luce con le nuove tecniche) e la ragione dei soggetti adulti che vogliono realizzare il loro desiderio di un figlio, che è una ragione particolaristica, contestualizzata, sostenuta da emozioni, coinvolgimento, attese che si giocano sul piano personale e individuale e come tali non possono essere generalizzati. Sono emozioni, coinvolgimento, attese tendenzialmente legittime, ma che non sempre si possono assecondare, soprattutto nei casi in cui il figlio diventa un diritto o un bene acquisibile tramite il mercato.

La giurisprudenza, soprattutto in Italia, ha agito avendo come modello di riferimento la coppia coniugale eterosessuale (non importa se sposata o meno) e in caso di coppie dello stesso sesso si è appellata al concetto di genitorialità sociale, sulla falsariga dell’adozione in casi speciali. Ma è un principio di tipo universalistico che non risponde ai bisogni delle coppie dello stesso sesso che, comunque, con le unioni civili sono coppie coniugate.

Sarebbe auspicabile che in questo campo, il diritto e la giurisprudenza si appellassero non ad un principio universalistico, ma ad un principio di ‘ragionevolezza’: valutare caso per caso, non solo ciò che è giusto, ma anche ciò che è bene, soprattutto per i bambini nati con le nuove tecniche riproduttive. Ed è fondamentale per questi bambini garantire il diritto a sapere come sono stati concepiti, quale sia il loro effettivo patrimonio genetico e, se lo desiderano, conoscere i loro genitori biologici. Ma per fare questo, la strada da seguire è quella del superamento dell’anonimato sia dei donatori che delle donne che hanno portato avanti la loro gestazione⁵²

⁵² P. DI NICOLA, *Sangue del mio sangue*, cit., 2024.



(Di Nicola 2024)⁵³. In base al principio di ragionevolezza, sarebbe auspicabile non ‘costruire’ famiglie nucleari, ma creare parentele: reti di appartenenza di questi bambini che si collocano al di fuori delle famiglie coniugali e delle parentele acquisite tramite i genitori. Nelle reti di parentela di questi bambini dovrebbero entrare tutti coloro che hanno contribuito alla loro nascita: i donatori e le madri surrogate. Indubbiamente il numero dei donatori calerebbe, soprattutto quelli seriali e che donano solo per denaro. Ma in compenso si opererebbe, dal punto di vista etico, una salutare azione di salvaguardia delle relazioni di scambio affettivo e solidaristico, tanto più salutare in un momento in cui le reti interpersonali di scambio affettivo, emotivo e solidaristico si stanno restringendo e depotenziando dal punto di vista del sostegno affettivo e delle relazioni di cura.

settembre 2024

PAOLA DI NICOLA e DEBORA VIVIANI

Abstract

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nelle loro diverse forme e potenzialità future, hanno aperto scenari che interrogano non solo l’ambito etico, ma anche quello giuridico, in quanto rendono possibili ‘scenari’ che in un modo o nell’altro rinviano alla necessità di una loro regolamentazione.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita, separando il concepimento dalla sessualità, ‘spostando’ il concepimento al di fuori dei corpi maschili e femminili, ridefiniscono inevitabilmente il senso intenzionato che uomini e donne attribuiscono alla sessualità e al corpo sessuato. Ed è su questo campo, che la sociologia può dare un suo contributo, muovendosi dal livello micro dell’azione individuale, al livello macro delle più ampie e complesse dinamiche socio-economiche e culturali.

Medically assisted procreation techniques question not only the ethical sphere, but also the legal one. For this reason, their regulation is necessary. Medically assisted procreation techniques separate conception from sexuality, moving conception outside of male and female bodies. This redefines the intended meaning that men and women attribute to sexuality and the sexed body.

Sociology can make its contribution to this reflection, because sociology moves from the micro level of individuale action to the macro level of social dynamics.

⁵³ Il superamento dell’anonimato non implica automaticamente che il donatore non debba essere retribuito o rimborsato. Paradossalmente, il superamento dell’anonimato, restituisce al dono la sua funzione sociale: quella di creare debiti tra i diversi contraenti. Debiti di riconoscenza e riconoscimento tra soggetti che si conoscono e si legano a vincoli di reciprocità, se e quando le vicende della vita e personali dei soggetti coinvolti lo richiedano.



A
N
N
A
L
I

S
I
S
D
I
C

S
/
2
0
2
4

175

Direzione: Giuseppe Amadio, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Padova; Donato Carusi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Genova; Alessandro Ciatti Càimi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Torino; Antonio Cilento, Ordinario di diritto privato – Università Telematica “Universitas Mercatorum” Roma; Nicola Cipriani, Ordinario di diritto privato – Libera Università Mediterranea “Giuseppe Degennaro”; Marialuisa Gambini, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi “G. D’Annunzio” Chieti-Pescara; Stefania Giova, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”; Attilio Gorassini, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria; Anna Carla Nazzaro, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi Internazionale di Roma; Andrea Nervi, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Sassari; Andrea Nicolussi, Ordinario di diritto privato – Università Cattolica del Sacro Cuore; Concetta Parrinello, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Messina; Giovanni Perlingieri, Ordinario di diritto privato – Università di Roma “La Sapienza”; Pietro Perlingieri, Emerito di diritto civile – Università degli Studi del Sannio; Chiara Tenella Sillani, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi di Milano

Comitato di valutazione: Tutti i professori ordinari di diritto privato italiani e stranieri

Responsabili della valutazione: Marialuisa Gambini, Stefania Giova, Giovanni Perlingieri

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus, Guido Calabresi, Carlo J. Maluquer de Motes Barnet, José Ramón de Verda y Beamonte, Ignacio Díaz De Lezcano, Bernhard Echer, Hans-Christoph Grigoleit, Gábor Hamza, Philipp Hellwege, Carlos Ignacio Jaramillo-Jaramillo, Peter Jung, Peter Kindler, Carlos Lasarte, Eugenio Llamas Pombo, Marco Loos, Agustín Luna Serrano, Heinz-Peter Mansel, Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, José Luis Pérez-Serrabona Gonzáles, Otto Pfersmann, António J.M. Pinto Monteiro, Mauricio Troncoso Reigada, Stefan Vogenauer, Stephan Wolf

Comitato editoriale: Loredana Tullio, Ordinario di diritto privato – Università degli Studi del Molise e Valerio Rotondo, Associato di diritto privato – Università degli Studi del Molise (Capoeditori); Roberta Serafina Bonini, Associato di diritto privato – Università di Urbino «Carlo Bo»; Annalisa Cocco, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi di Napoli «Federico II»; Giuseppe Foti, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Messina; Isabella Martone, Associato di diritto privato – Università degli Studi della Campania «L. Vanvitelli»; Iliaria Maspes, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi di Milano; Maria Rita Nuccio, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Bari; Luca Ettore Perriello, Associato di diritto privato – Università Politecnica delle Marche; Elisabetta Posmon, Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Padova; Anna Chiara Zanuzzi, Ricercatore – Università degli Studi di Padova; Mariacristina Zarro, Associato di diritto privato – Università Politecnica delle Marche; Mariangela Ziccardi, Ricercatore t.d. di diritto privato – Università degli Studi del Molise; Maria Zinno, Associato di diritto privato – Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 44 del 12 ottobre 2016

Direttore responsabile: Stefania Giova

Criteri di valutazione e selezione dei contributi pubblicati:

La Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che chiede di esprimere tre giudizi: uno analitico che prescindendo da eventuali divergenze di opinione sia riguardo al metodo che al merito delle tesi sostenute e tenga conto della complessità e del rilievo teorico e pratico della tematica trattata; uno sintetico sulla loro collocazione nella fascia dell'eccellenza scientifica o in una fascia inferiore; il terzo che elenchi gli elementi di pregio e quelli critici. I lavori presentati per la pubblicazione vengono sottoposti a un primo esame da parte di due componenti della Direzione i quali valutano se siano meritevoli di essere sottoposti al referaggio esterno. Una volta ottenuto il parere positivo vengono inviati a uno o due *referee* esterni scelti dai Responsabili per la valutazione tra i Professori ordinari italiani e stranieri in ragione della loro autorevolezza e competenza scientifica. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo ma segnalino criticità, i Responsabili della valutazione provvederanno a comunicarle all'Autore ai fini di un eventuale adeguamento del contributo, sempre garantendo l'anonimato del/i *referee*. La Direzione può assumere la responsabilità della pubblicazione di studi provenienti da autori, italiani o stranieri, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978

ELENCO OPERE SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DEL DIRITTO CIVILE (S.I.S.Di.C.)

Collana ATTI:

1. AA.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006
2. AA.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007
 - 2.1 Tomo I: *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*
 - 2.2 Tomo II: *Rapporti civili rapporti etico sociali*
 - 2.3 Tomo III: *Iniziativa economica e impresa*
3. AA.Vv., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009
4. AA.Vv., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010
5. AA.Vv., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Napoli, 2011
6. AA.Vv., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012
7. AA.Vv., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Napoli, 2013
8. AA.Vv., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014
9. AA.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015
10. AA.Vv., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
11. AA.Vv., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017

12. P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018
13. P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Napoli, 2019
14. P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020
15. P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO, *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020
16. P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO, *Conformazione del contratto e autorità indipendenti nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2023
17. P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO, *Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili*, Napoli, 2024
18. P. PERLINGIERI, E. LLAMS POMBO e L. MEZZASOMA, *La modernizzazione della teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2024

Collana QUADERNI:

1. G. FREZZA (a cura di), *Riforme proposte in ambito familiare*, 2023
2. G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA, P. VIRGADAMO (a cura di), «*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*» di Pietro Perlingieri, cinquant'anni dopo, 2023

Collana «*I Maestri italiani del diritto civile*»:

- AA.Vv., *Domenico Rubino*, a cura di Pietro Perlingieri e Stefano Polidori, Napoli, 2009
- 1.1 Tomo I: *Interesse e rapporti giuridici*
 - 1.2 Tomo II: *Singole fattispecie negoziali*
- AA.Vv., *Rosario Nicolò*, a cura di Nicolò Lipari, Napoli, 2011
- AA.Vv., *Salvatore Romano*, a cura di Giovanni Furguele, Napoli, 2015
- AA.Vv., *Salvatore Pugliatti*, a cura di Sebastiano Ciccarello, Attilio Gorassini e Raffaele Tommasini, Napoli, 2016
- AA.Vv., *Alberto Trabucchi*, a cura di Stefano delle Monache e Giovanni Gabrielli, Napoli, 2021
- AA.Vv., *Angelo Falzea*, a cura di Giovanni D'Amico e Attilio Gorassini, Napoli, 2023
- AA.Vv., *Mario Allara*, a cura di Pietro Perlingieri e Filippo Maisto, Napoli, 2024

Collana «*La cultura del diritto civile*»:

- AA.Vv., *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012
- 1.1 Tomo I: (1873-1899)
 - 1.2 Tomo II: (1900-1935)
 - 1.3 Tomo III: (1940-1979)
- AA.Vv., *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di Pietro Perlingieri e Antonella Tartaglia Polcini, Napoli, 2013
- AA.Vv., *Partiti politici e ordinamento giuridico: in ricordo di Francesco Galgano*, introduzione di Nicolò Lipari, Napoli, 2015
- P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018

AA. Vv., *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1900-1920)*, a cura di Giovanni Perlingieri, Napoli, 2023

AA. Vv., *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)*, a cura di Giovanni Perlingieri, Napoli, 2024

Collana «*Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*»:

1. AA.Vv., *Tradizione romanistica e costituzione*, I e II, diretto da Luigi Labruna, a cura di Maria Pia Baccari e Cosimo Cascione, Napoli, 2006
2. AA.Vv., *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di Luigi Daniele, Napoli, 2007
3. AA.Vv., *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di Giuseppe Franco Ferrari e Antonio Gambaro, Napoli, 2006
4. AA.Vv., *Corti nazionali e corti europee*, a cura di Giuseppe Franco Ferrari, Napoli, 2006
5. AA.Vv., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di Nicolò Zanon, conclusioni di Valerio Onida, Napoli, 2006
6. AA.Vv., *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di Nicolò Lipari, Napoli, 2006
7. AA.Vv., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Pasquale Femia, Napoli, 2006
8. AA.Vv., «*Effettività*» e «*seguito*» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di Roberto Bin, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi, Napoli, 2006
9. AA.Vv., *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di Roberto Romboli, Napoli, 2006
10. AA.Vv., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di Antonio Ruggeri, Napoli, 2006
11. AA.Vv., *Autonomia privata individuale e collettiva nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Pietro Rescigno, Napoli, 2006
12. AA.Vv., *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Michele Sesta e Vincenzo Cuffaro, Napoli, 2006
13. AA.Vv., *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Michele Tamponi ed Enrico Gabrielli, Napoli, 2006
14. AA.Vv., *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Francesco Lucarelli, Napoli, 2006
15. AA.Vv., *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Mauro Bussani, Napoli, 2006
16. AA.Vv., *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vincenzo Bonocore, Napoli, 2006
17. AA.Vv., *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di Raffaele Di Raimo e Vincenzo Ricciuto, Napoli, 2006
18. AA.Vv., *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, a cura di Renato Scognamiglio, Napoli, 2007
19. AA.Vv., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di Leonardo Perrone e Claudio Berliri, Napoli, 2006

20. AA.Vv., *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Raffaele Botta, Napoli, 2006
21. AA.Vv., *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di Giacinto Della Cananea e Marco Dugato
22. AA.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Giuliano Vassalli, Napoli, 2006
23. AA.Vv., *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di Elio Fazzalari, Napoli, 2007
24. AA.Vv., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Giovanni Conso, Napoli, 2007
25. AA.Vv., *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di Guido Alpa e Giovanni Iudica, Napoli, 2006

Collana *Storie dal Fondo* raccolte da Pasquale Femia:

1. T. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, Napoli, 2017
2. U. SCARPELLI, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, Napoli, 2017
3. G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto*, Napoli, 2017
4. *Dalle lezioni di SALVATORE PUGLIATTI. Diritto civile e diritto amministrativo*, a cura di Mario Trimarchi, Napoli, 2017
5. E. BETTI, *Delle fonti di obbligazioni in diritto romano classico*, Napoli, 2019
6. *Diritto internazionale e mutamento sociale. Rileggendo Gaetano Morelli*, a cura di Massimo Iovane, Fulvio Maria Palombino e Giovanni Zara, Napoli, 2023

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 1/2017

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 2/2018

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 3/2019

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 4/2019

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 5/2020

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 6/2021

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 7/2021

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 8/2022

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 9/2022

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 10/2023

Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. 11/2024

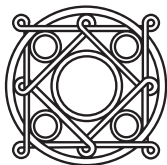
Rivista *Annali della S.I.S.Di.C.*, n. S/2024

Volumi pubblicati sotto gli auspici della *S.I.S.Di.C.* della Calabria

Lo stato unico di figlio. Atti del convegno S.I.S.Di.C. – sede della Calabria, Cosenza, 29 novembre 2013, a cura di Giovanna Chiappetta, Napoli, 2014

Questioni di diritto delle famiglie e dei minori, a cura di Pietro Perlingieri e Giovanna Chiappetta, Napoli, 2017

Internet: www.edizioniesi.it



Edizioni Scientifiche Italiane



Inquadra il QR Code
per visualizzare
il listino periodici

Per conoscere i nostri abbonamenti, cartacei e digitali, visita il nostro sito www.edizioniesi.it oppure, invia una mail a periodici@edizioniesi.it

Se desideri ricevere la demo per accedere alla nostra rivista digitale su Esidigita, richiedi l'accesso gratuito su www.esidigita.it

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Il pagamento può essere eseguito con queste modalità:

- Mediante bonifico bancario sul conto intestato a

Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Banca Fideuram S.p.A. - IBAN IT73J0329601601000067209851

- Con carta di credito in caso di acquisto sul sito www.edizioniesi.it

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 15 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo.

Le richieste di abbonamento, le segnalazioni di mutamenti di indirizzo ed eventuali reclami vanno indirizzati all'Ufficio periodici della casa editrice:

Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., via Chiatamone 7 80121 Napoli - Tel. 081/7645443
e-mail: periodici@edizioniesi.it

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

CONTATTACI



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it

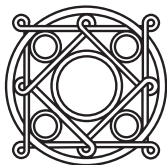


www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

SEGUICI SUI SOCIAL



Informiamo tutti gli abbonati al Periodico che, ai sensi della normativa vigente, i dati personali sono registrati su data base elettronica di proprietà di Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., con sede legale alla via Chiatamone 7 - 80121 Napoli, titolare del trattamento. I dati personali sono trattati tramite i propri incaricati.



Edizioni Scientifiche Italiane



Scan the QR code
to view
the periodicals price list

To find out about our magazine subscriptions, on paper and digital, you can visit our website www.edizioniesi.it or send an email to periodici@edizioniesi.it

If you would like to receive our demo to access all our digital magazine on Esidigita, request free access on www.esidigita.it

The subscription to the magazine package that you desire starts on January 1st of each year and includes all issues published in that year, including those already released. Payment can be made in the following ways:

- By bank transfer to the account held by

Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Via Chiatamone, 7 - 80121 Naples - Italy
Fideuram Bank - IBAN IT73J0329601601000067209851

- By credit card directly on the website www.edizioniesi.it.

For delivery issues or any others issues, this must be claimed within 15 days of receipt of the order date.

For all subscription requests, address changes, and complaints, please contact the magazine office of the publishing house at the following e-mail: periodici@edizioniesi.it

Regarding photocopying for personal use, it is allowed within the limit of 15% of each volume/issue of the periodical, subject to payment of the fee to SIAE as established by law 22 April 1941, n. 633, or according to agreements between SIAE and the specified associations (18th December 2000)

CONTACT US



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it

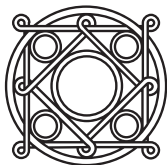


www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

FOLLOW US



We inform all subscribers to the Periodical that, pursuant to current legislation, personal data are recorded on an electronic database owned by Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., with registered office at via Chiatamone 7 - 80121 Naples, data controller. Personal data is processed through its representatives.



Edizioni Scientifiche Italiane

BIBLIOTECA RICERCA AVANZATA

Con Ricerca Avanzata puoi consultare l'intero catalogo della casa editrice Edizioni Scientifiche Italiane in www.edizioniesi.it e accedere alla biblioteca digitale della casa editrice in Esidigita www.esidigita.it.

Ricerca Avanzata è uno strumento interattivo e gratuito ma soprattutto un potente alleato per autori, ricercatori e studenti. Grazie alla tecnologia *full-text search*, consente di accedere in maniera immediata e interattiva a tutti i titoli e i contenuti presenti nel catalogo della Edizioni Scientifiche Italiane, che a partire dal 1945 offre ai suoi lettori una vastissima gamma di pubblicazioni, libri e riviste oggi disponibili anche in versione digitale: PDF e E-book. Ricerca Avanzata può essere utilizzata agevolmente da PC (desktop e laptop) e dispositivi smart (smartphone, tablet, ecc.).

EDIZIONIESI



Inquadra il QR Code per provare Ricerca Avanzata nell'intero catalogo

ESIDIGITA



Inquadra il QR Code per provare Ricerca Avanzata nella Biblioteca Digitale

CONTATTACI



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it



www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

SEGUICI SUI SOCIAL





Edizioni Scientifiche Italiane

LIBRARY AND DIGITAL LIBRARY

The full catalogue of books and journals of Edizioni Scientifiche Italiane is on www.edizioniesi.it or on the Digital Library Esidigita www.esidigita.it in digital contents.

Advanced Search is an interactive and free tool but above all a powerful ally for authors, researchers and students. With to full-text search technology, it provides immediate and interactive access to all the titles and contents in the catalogue of Edizioni Scientifiche Italiane, which since 1945 has offered its readers a very wide range of publications, books and journals now also available in digital version: PDF and E-book. Advanced Search can be used easily from PCs (desktops and laptops) and smart devices (smartphones, tablets, etc.).

EDIZIONIESI



Scan the QR Code to try out
Advanced Search in the
full catalogue

ESIDIGITA



Scan the QR Code to try
out Advanced Search in the
Digital Library

CONTACT US



+39 081 7645443



info@edizioniesi.it



www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

FOLLOW US

