

LORENZO CHIEFFI

# NUOVE FRONTIERE DELLA MEDICINA DELLA RIPRODUZIONE NEL CONFRONTO TRA ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE. RITARDI E INADEGUATEZZE DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Aperture giurisprudenziali a favore della pratica della gestazione per altri svolta all'estero. – 3. Interventi demolitori della legge n. 40 da parte della giurisprudenza costituzionale e persistenti incertezze normative in materia di verifica delle origini genetiche del nato da fecondazione eterologa e di utilizzo degli embrioni soprannumerari. – 4. Conclusioni.

1. Nel 1959, la conferenza svolta a Cambridge dal noto scienziato e romanziere Charles Percy Snow, nell'ambito della *Rede Lecture*, veniva dedicata all'antico, e forse mai risolto, conflitto tra le *due culture* con l'intento di denunciare la perdurante incomunicabilità tra pensiero scientifico e quello umanistico che costringeva, secondo il relatore, «ad interpretare il passato in maniera errata, a non capire il presente» ed a precludere «ogni speranza per il futuro»<sup>1</sup>.

A giudizio dell'intellettuale inglese, la separazione tra distinti rami del sapere, nel perpetuare una condizione di incertezza sarebbe stata di ostacolo all'elaborazione della decisione politica che avrebbe continuato a non comprendere, nella giusta misura, la reale portata delle innovazioni tecnologiche. In presenza delle straordinarie «potenzialità» offerte dalle nuove conoscenze scientifiche, in grado di essere apprezzate soltanto dagli specialisti, ne sarebbe infatti derivato un difficile e tormentato confronto politico non adatto ad «evitare disastri» e a consentire l'ottimale appagamento delle prospettive sociali<sup>2</sup>. Da qui l'esigenza di pervenire, in presenza di una rivoluzione scientifica in atto, ad una opportuna alleanza tra scienziati e umanisti proprio attraverso l'affermazione di una auspicabile *terza cultura*, grazie alla sintesi tra queste diverse discipline, a cui avrebbero potuto contribuire gli stessi esecuti della società, e delle sue molteplici dinamiche

1 C.P. SNOW, *Le due culture*, tr. it., 3° ed., Milano, 1977, 60.

2 C.P. SNOW, *op. ult. cit.*, 100.

interne, a cominciare proprio dai cultori delle scienze storiche e, più in generale, sociali<sup>3</sup>.

Pungenti e articolate furono le critiche indirizzate al saggio di Snow dal filosofo Giulio Preti, per l'eccessiva superficialità e arbitrarietà di analisi, avendo a suo giudizio trascurato l'inevitabile distanza tra le due culture sempre più caratterizzate da un elevato grado di specialismo e tecnicismo, che ne avrebbe impedito l'auspicato avvicinamento. Per lo studioso patavino queste differenti interpretazioni dello scibile umano, al di là di una distinzione «in senso antropologico», come preteso da Snow, esprimevano piuttosto «due forme di riflessione, due modi di sapere, due diverse maniere di rapportarsi verso l'esperienza, il mondo e il senso comune, [...] due scale di valori, due diverse nozioni di "verità", due diverse strutture del discorso, [...] due metodi – insomma, due "civiltà" [...] e quindi due diverse forme di moralità»<sup>4</sup>.

Ciò nonostante, è indubbio che la tesi sostenuta a Cambridge sembrava quanto meno cogliere nel segno nel rilevare l'assenza, da parte degli studiosi interessati, di un indispensabile dialogo che potesse consentire un continuo e proficuo confronto sugli sviluppi della conoscenza scientifica. Una riduzione delle distanze potrebbe certamente agevolare una maggiore permeabilità tra distinti modi di interpretare la realtà che ci circonda, e i fenomeni ad essa correlati, ponendo rimedio ad una loro persistente e ricorrente incomunicabilità.

Una conferma del perdurante e insanabile confronto tra diversi modi di intendere il progresso scientifico, con riguardo alle fasi essenziali dell'esistenza umana, come quelle relative alla nascita o alla morte, ha ad esempio riguardato, in tempi a noi più vicini, alcuni settori della medicina, relativi alla riproduzione umana e alle tecniche di sostegno vitale<sup>5</sup>, particolarmente

3 C.P. SNOW, *op. ult. cit.*, 71.

4 G. PRETI, *Retorica e logica*, Torino, 1968, 14 e 47 ss.

5 Numerosi sono stati gli interventi della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, sul caso Englaro, in <http://www.biodiritto.org/>) e di merito [Corte di Appello di Milano, Sez. I civ., 9 luglio 2008, in <http://www.altalex.com/>, che autorizzava il distacco del sondino naso-gastrico idoneo a tenere in vita il malato terminale; TAR Lombardia - Milano, Sez. III, sent. 26 gennaio 2009, n. 214, in <http://www.istitutobioetica.org/>, che rendeva possibile, anche all'interno di strutture rientranti nel Servizio Pubblico Sanitario Regionale, la sospensione del sostegno vitale (idratazione e nutrizione artificiale) utilizzati da un ammalato in stato vegetativo permanente; Trib. Cagliari, giudice tutelare, 16 luglio 2016, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org/), caso Walter Piludu, che escludeva qualunque imposizione legislativa di trattamenti vitali contrari alla autodeterminazione del malato, alla «percezione che ciascuno ha di sé» in quanto espressione della nozione di salute da considerare non

sensibili dal punto di vista etico, per le implicazioni religiose che ne possono derivare, connesse all'esercizio della libertà di culto e di coscienza dell'individuo. L'inerzia o l'incapacità del legislatore italiano, in taluni casi eccessivamente pervasivo<sup>6</sup>, a rinvenire la giusta sintesi normativa ha sovente rappresentato un ostacolo all'impiego ottimale delle tecniche consentite dalla scienza.

In assenza di una adeguata e tempestiva disciplina normativa, pure insistentemente sollecitata dal Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.)<sup>7</sup>, inevitabile è stata la maggiore attenzione dedicata, per la risoluzione dei casi di specie, da parte del diritto giurisprudenziale dimostratosi, in numerosi casi, più solerte ad assecondare le aspettative di assistenza provenienti dal corpo sociale.

---

solo come «assenza di malattia» ma anche come «benessere psico fisico» in grado di coinvolgere gli «aspetti interiori della vita e relazione con altri»] per consentire di soddisfare il diritto di autodeterminazione del malato terminale in stato vegetativo permanente. Ciò nonostante, solo di recente il Parlamento italiano ha finalmente approvato la legge 22 dicembre 2017, n. 219 contenente norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

- 6 Anche a causa di un «ampio sentimento antiscientifico e, più in generale, antintellettuale da parte di alcuni esponenti politici» (E. CATTANEO, *Ogni giorno. Tra scienza e politica*, Milano, 2016, 41). Il comparto della fecondazione assistita, disciplinato in Italia solo nel 2004, con la legge n. 40, rappresenta un evidente testimonianza di una propensione del nostro Parlamento a restringere, in modo considerato irragionevole, le opportunità offerte dalla medicina della riproduzione, come testimoniano i numerosi interventi censori della Corte Costituzionale (sentt. 151/2009; 162/2014; 96/2015; 229/2015; 84/2016) cui si deve l'annullamento di quelle parti di questo testo normativo considerate eccessivamente limitative dell'autodeterminazione dei soggetti interessati e pregiudizievoli per la loro salute.
- 7 Con riguardo alle tecniche di fecondazione assistita, tali sollecitazioni sono contenute nei numerosi pareri espressi dal CNB dal 1992 in avanti, reperibili all'indirizzo [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it), in materia di: *Diagnosi prenatale* (18 luglio 1992); *Tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni* (17 giugno 1994); *La fecondazione assistita. Documento del Comitato Nazionale per la Bioetica* (17 giugno 1995); *Identità e statuto dell'embrione umano* (22 giugno 1996); *Dichiarazione sulla possibilità di brevettare cellule di origine embrionale umana* (25 febbraio 2000); *Considerazioni bioetiche in merito all'«ootide»* (15 luglio 2005); *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita* (18 novembre 2005); *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili* (26 ottobre 2007).

Dall'analisi comparata degli ordinamenti giuridici presi in esame (Italia e Francia) nel corso del seminario di studi, promosso dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli, sul tema delle «Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese», cui è stato in seguito aggiunto anche l'approfondimento dell'esperienza argentina, è infatti emersa una differente capacità di risposta, ad opera dei rispettivi organi legislativi statali, alle indiscutibili opportunità offerte dalle più avanzate metodiche di medicina della riproduzione.

In presenza dei silenzi o manifesti divieti, come per la pratica della maternità surrogata, in vario modo contenuti nella normativa considerata, ovvero dei molteplici vuoti normativi, che ancora si registrano soprattutto in Italia e in Argentina, relativamente alle opportunità offerte dalla fecondazione assistita, con riguardo alla sperimentazione su embrioni soprannumerari abbandonati, indiscutibile è stata l'«attiva opera di attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento» svolta dai giudici interpellati<sup>8</sup> che ha comunque consentito di ricavare, all'interno dell'ordinamento giuridico, la soluzione dei singoli casi di specie, pure avvalendosi di interpretazioni costituzionalmente orientate.

Proprio con l'intento di indagare, attraverso un modo di incedere comparatistico, le distinte soluzioni adottate dalle leggi vigenti nei Paesi considerati e le problematiche che per ora non hanno invece trovato adeguata risposta, i lavori che seguono, dopo aver illustrato in modo più ampio, nella prima parte del volume, l'assetto delle legislazioni vigenti (L. Antonini Cochín e Paz Bossio Grigera) e i profili di ordine etico sottostanti agli sviluppi di queste pratiche mediche (E. D'Antuono) si sono poi, più attentamente, indirizzati ad esaminare, negli sviluppi dell'opera, le questioni che hanno, nello specifico, riguardato i temi della gestazione per altri (da ora in poi GPA), della fecondazione eterologa e della ricerca sugli embrioni.

2. I saggi contenuti nella parte seconda del volume (C. Courtin, R. Picaro, C. Iannello, L. Ferraro, M.C. Vitucci) hanno preso in esame l'as-sai controversa pratica della maternità surrogata, al centro di un acceso dibattito che fa registrare opinioni diametralmente opposte, anche all'interno dello stesso universo femminile, da cui sono derivate, a conferma di una molteplicità di sensibilità esistenti in proposito, legislazioni di tipo

---

8 Così si esprimeva il TAR Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 22 gennaio 2009, n. 214, *cit.*, adottata in occasione della vicenda di Eluana Englaro.

permissivo, seppure variamente modulate<sup>9</sup>, o, in direzione contraria, assolutamente proibizioniste<sup>10</sup>.

Con particolare riguardo agli ordinamenti giuridici analizzati, il silenzio (Argentina<sup>11</sup>) ovvero esplicito divieto (in Italia<sup>12</sup> e in Francia<sup>13</sup>) allo svolgimento della GPA non ha affatto rappresentato ostacolo al riconoscimento da parte dei giudici aditi dello *status* genitoriale acquisito dalle coppie committenti nel proprio territorio di residenza, con riferimento al Paese sudamericano qui considerato<sup>14</sup>, ovvero all'estero in ossequio alle legislazioni introdotte nei Paesi permissivi.

9 Tale apertura a favore della GPA viene comunque diversamente modulata nei vari Paesi. A titolo di esempio, e certamente non esaustivo, si possono distinguere leggi: che ne prevedono la legalizzazione a fini altruistici o anche commerciali [Russia, Ucraina, Georgia, Armenia, Cipro, India, Bielorussia, Uganda, Sud Africa, Stati Uniti (Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont)]; che ne escludono invece i fini commerciali solo per le coppie dello stesso sesso (Russia, Georgia, Cipro, Sud Africa, California e Vermont); che consentono soltanto la praticabilità non retribuita a fini altruistici [Belgio, Australia, Regno Unito, Paesi Bassi, Danimarca, Ungheria, Hong Kong, Lettonia, Irlanda, Portogallo, Australia, Canada (ad eccezione del Quebec ove è sempre vietata), Israele, Stati Uniti (New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon e Washington), Grecia (previa autorizzazione di un Tribunale)]; che la restringono solo a coppie formate da propri cittadini (Israele, India, Nepal) o da propri residenti (Gran Bretagna, Thailandia); che non fanno alcun cenno a questa pratica (Argentina, Austria, Finlandia). Le informazioni sono state acquisite all'indirizzo <https://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole>.

10 Un esplicito divieto è contenuto nelle leggi della Francia, Italia, Spagna e Polonia.

11 Ley n° 26.862, junio 25 de 2013, recante *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*.

12 Cfr. art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004 a norma del quale «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (...) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

13 Article 16-7 del *code civil*, créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994, a norma del quale «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle».

14 Il riconoscimento della maternità surrogata risale ad una pronuncia adottata da un giudice civile, María del Carmen Bacigalupo, il 26 giugno 2013, riportata dal sito online del quotidiano *Clarín* ([www.clarin.com](http://www.clarin.com)), *Primera vez en el país: La Justicia inscribió a una nena gestada en un vientre prestado*. Un secondo caso è stato invece deciso dal Primer Juzgado de Familia, Primera Circunscripción Judicial, Provincia de

L'evoluzione delle tecniche di riproduzione umana, come consentite dall'impiego della fecondazione eterologa (da cui potrebbe pure fare seguito la GPA<sup>15</sup>) che inducono a privilegiare i legami relazionali/affettivi, in aggiunta (o in alternativa) a quelli genetici<sup>16</sup>, cui si accompagna l'esigenza di salvaguardare il *best interest of the child* relativo alla stabilità e continuità delle sue relazioni familiari, hanno indotto i giudici di Francia e Italia ad autorizzare la trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati di nascita redatti all'estero, pure in presenza di un espresso divieto della maternità surrogata contenuto nelle rispettive legislazioni.

Nonostante l'indiscutibile pericolo di sfruttamento, anche commerciale, del corpo della donna portatrice che potrebbe essere costretta, a causa del proprio stato di indigenza, a prestare il proprio utero a beneficio di coppie committenti benestanti, con grave pregiudizio per l'esercizio del suo diritto di autodeterminazione<sup>17</sup>, ad una diversa conclusione potrà tuttavia pervenirsi in quegli Stati, socialmente e giuridicamente evoluti, in grado di assicurare le indispensabili garanzie che consentano una libera ed autonoma scelta di condurre la maternità per altri.

In questa direzione, certamente più rassicurante, la recente modifica introdotta dalla *Ley* n. 17/2016 alla legge portoghese (*Ley* n. 32/2006) sulla procreazione medicalmente assistita, ha condizionato l'accesso alla GPA all'autorizzazione, data dal Consiglio Nazionale della procreazione medicalmente assistita, alla stipula dell'accordo di gestazione che potrà essere adempiuto in centri pubblici o privati a loro volta individuati dal Ministro della salute.

---

Mendoza, Argentina, fecha 29 de Julio de 2015, Expte. n° 714/15/1F, reperibile all'indirizzo <http://www.maternidadsubrogada.com.ar>.

- 15 Nel caso di ovulo di donatrice fecondato dal seme del partner maschile della coppia committente ovvero di ovulo della partner femminile della medesima coppia committente fecondato, questa volta, da seme di donatore esterno.
- 16 O anche di tipo biologico, in caso di surrogazione.
- 17 Conduce a questa preoccupazione la diffusione, anche commerciale, della pratica in esame in Paesi, come l'India e l'Ucraina, che sono popolati da larghi strati di individui al di sotto della soglia di povertà. Nella stessa direzione il CNB (*Mozione su Maternità surrogata a titolo oneroso*, 18 marzo 2016, in [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it)), nel richiamare l'assoluta contrarietà verso qualsiasi «mercificazione del corpo umano», ritiene che la «commercializzazione e sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia» attraverso la maternità surrogata sia «lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione» e, per ciò stesso, «in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali».

Ulteriori prescrizioni, a garanzia dell'intento altruistico e solidaristico della GPA, riguardano la gratuità della pratica<sup>18</sup>, fatte salve le spese ritenute indispensabili per garantire l'assistenza sanitaria a favore della gestante (art. 8, n. 5, della *Ley* n. 32/2006, come modificato nel 2016).

L'affinità genetica del nato con almeno uno dei genitori intenzionali, e certamente non con la madre portatrice (art. 8, n. 3, della *Ley* n. 32/2006, come modificato nel 2016), cui è preclusa la possibilità di donare i propri ovuli per consentire la fecondazione dell'embrione, nel ridurre i pericoli di commercializzazione di embrioni o di bambini (generati da estranei e poi ceduti) avrebbe l'effetto di assicurare una maggiore certezza e stabilità ai legami familiari, non solo di tipo affettivo/relazionale, che si verranno per questa via a instaurare.

Pur permanendo in dottrina, e nella stessa società, opinioni diametralmente opposte<sup>19</sup> sulla opportunità di consentire la GPA, appare allora eccessiva e, per certi versi, forzata, rispetto alla questione di costituzionalità

18 In ossequio al divieto contenuto nell'art. 21 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (cd. Convenzione di Oviedo) del 1997 e nell'art. 3, 2° comma, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, «di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

19 Tra coloro che propendono per la valorizzazione piena del diritto della donna portatrice a disporre liberamente del proprio corpo (e utero) (H. TRISTRAM ENGELHARDT Jr., *Manuale di bioetica*, IX ed, tr. it., Milano, 1999, 301; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 4; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in *Bioetica*, n. 1, 2016, 268), escludendo pure significative conseguenze psicologiche per il bambino ceduto ad altri, a cui sarebbe peraltro legato da affinità genetica totale o parziale (con uno soltanto dei due), e coloro che, in direzione opposta, esprimono invece preoccupazione per i pericoli di sfruttamento del corpo femminile, in nessun caso evitabile, con grave pregiudizio per la dignità della donna (D. DANNA, «Fare un figlio per altri è giusto». *Falso*, Roma-Bari, 2016; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016; L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016). A riprova di un diverso approccio verso questa pratica di maternità anche tra gli studiosi del Diritto Costituzionale sono le, affatto coincidenti, posizioni assunte dagli Autori dei saggi contenuti nel recente volume curato da S. NICCOLAI e E. OLIVITO dal titolo *Maternità, Filiazione, Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017. Una analoga varietà di posizioni emerge anche dal *Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, curato da B. PEZZINI, contenuto nel n. 2/2017 della rivista online *GenIUS*, reperibile all'indirizzo <http://www.articolo29.it>.

sollevata dal giudice *a quo*, la conclusione cui è recentemente giunta la Corte Costituzionale italiana<sup>20</sup>.

Nel prendere nuovamente in considerazione questa pratica procreativa<sup>21</sup>, il giudice delle leggi, attraverso un *obiter dictum*, è infatti pervenuto a censurarla, in modo da non lasciare spazio a soluzioni intermedie e alternative fondate su diversi presupposti motivazionali (anche di tipo solidaristico) in grado di giustificarne, in taluni casi, l'impiego. E così, senza alcun approfondimento delle molteplici e distinte ragioni (certamente non riconducibili ad unità) che potrebbero indurre la madre portatrice a prestare il proprio utero, la Consulta boccia inderogabilmente questa pratica perché in grado di offendere, «in modo intollerabile», la «dignità della donna» oltre a minare «nel profondo le relazioni umane», anche in «considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette» al suo impiego.

Nonostante la prevalenza riconosciuta al principio della conservazione dello *status filiationis*, pure in assenza di una genitorialità biologica o genetica<sup>22</sup>, questo giudice esclude la praticabilità della GPA, senza eccezione alcuna, che non contempla neppure il suo possibile svolgimento nei territori di quegli Stati aperti a questa modalità di gestazione.

L'«assolutezza» del divieto contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40, che non viene in alcun modo messa in discussione dalla Corte, non impedisce tuttavia a questo giudice di ridimensionare, nel contempo, la priorità della rilevanza costituzionale dell'«accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo» che, nonostante il «favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione», non potrebbe

---

20 Corte Cost. sent. 272/2017.

21 Nella sent. 162/2014 la Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, traeva spunto per precisare che tale apertura dovesse comunque essere «rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».

22 Determinata dal ricorso alla fecondazione eterologa, dall'istituto della adozione e dalla introduzione da parte della legge (art. 263 ss. c.c.) di rigorosi termini di decadenza per consentire agli altri legittimati, diversi dal figlio, di esperire azioni demolitorie dello *status filiationis*.

essere sottratta «a qualsiasi bilanciamento»<sup>23</sup> in sede di accertamento dello *status filiationis*. Nel prendere atto di una profonda «evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica», la Consulta<sup>24</sup>, richiamando la precedente sentenza n. 162 del 2014, ancora una volta ribadisce che «“il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa”».

L'esplicita preclusione, contenuta nell'art. 9 della legge n. 40, per il coniuge o convivente, che avesse in precedenza consentito alla fecondazione eterologa, di «promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 c.c.»<sup>25</sup>, potrebbe allora condurre il giudice di merito, in presenza di analoga «divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica», a valutare, caso per caso, la soluzione da adottare nella definizione delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione, pure a prescindere dalla mera verifica della «verità biologica della procreazione»<sup>26</sup>.

---

23 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per la Consulta, infatti, «in tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento di verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta sull'interpretazione delle disposizioni da applicare» al caso concreto.

24 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017.

25 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per questo giudice, nel caso della fecondazione eterologa (che determina una divergenza tra identità genetica e identità legale) si deve al legislatore del 2004, che ha attribuito la «prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*», la risoluzione del bilanciamento tra gli interessi coinvolti. In analoga direzione, anche la legge n. 173 del 2015 ha inteso valorizzare, per la Consulta, «l'interesse del minore alla conservazione di legami affettivi che sicuramente prescindono da quelli di sangue, attraverso l'attribuzione di rilievo giuridico ai rapporti di fatto instaurati tra il minore dichiarato adottabile e la famiglia affidataria».

26 Per il giudice delle leggi (sent. n. 272 del 2017) «l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito». Nel richiamare la precedente sent. n. 216 del 1997, la Corte ribadisce che costituisce «“compito precipuo del tribunale per i minorenni (...) verificare se la modifica dello status del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria deliberazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità”».

L'assenza, oltre i casi già indicati, di ulteriori previsioni derogatorie da parte della legge, in grado di attenuare l'importanza della veridicità biologica del rapporto di filiazione, non potrebbe per ciò stesso indurre il giudice adito ad abbandonare la verifica del primario interesse del minore. Attraverso la realizzazione di un «giudizio comparativo tra interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore», sarà compito dell'interprete del caso di specie rinvenire la soluzione in grado di soddisfare il migliore interesse di quest'ultimo, prendendo pure in considerazione la stessa «durata del rapporto instauratosi con il minore e quindi» la «condizione identitaria già da esso acquisita»<sup>27</sup>.

La risolutezza delle conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale a proposito della GPA, nonostante non fosse stata neppure compulsata dal giudice remittente, non parrebbe allora precludere il possibile ricorso ad interpretazioni costituzionalmente orientate<sup>28</sup>, da parte dei giudici aditi, del divieto contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, in presenza di una genitorialità realizzata all'estero, coerentemente a quanto consentito in altri ordinamenti giuridici (come quello portoghese, già citato, o inglese, canadese, statunitense, israeliano, belga, olandese, danese, australiano, ungherese, greco, ecc.) certamente non imputabili di una minore sensibilità e attenzione per la tutela dei diritti fondamentali, a cominciare proprio da quelli da riconoscere alle donne e ai minori.

Senza affatto approfondire i possibili sviluppi interpretativi del diritto di autodeterminazione, ricavabili dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., in grado di circoscrivere la portata della stessa nozione di dignità umana<sup>29</sup>, la Corte, nel ribadire il divieto vigente in Italia del ricorso alla

---

27 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017.

28 Attraverso gli spazi pure ricavabili dal disposto costituzionale (artt. 13 e 32) per valorizzare il diritto di autodeterminazione della donna che intendesse volontariamente portare a termine la gestazione per altri.

29 Nell'escludere la possibilità di conferire alla dignità umana una dimensione assiologica isolata, di difficile delimitazione potendo condurre a giustificare interpretazioni tra di loro divergenti, la dottrina dominante ritiene preferibile un suo impiego a supporto, o rafforzamento, dei valori personalistici (come l'integrità psico/fisica, l'autodeterminazione, appunto, la riservatezza) pure richiamati in Costituzione, in modo da circoscrivere gli ambiti stessi dell'esercizio della discrezionalità legislativa e dell'interpretazione giurisdizionale. Per un ulteriore approfondimento del tema sia consentito rinviare a L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2013, 3-12.

GPA, finisce perciò per precluderne qualunque sviluppo altruistico, quale potrebbe essere quella condotta a beneficio di una sorella, di una figlia, di una cara amica. In queste circostanze, il diritto della donna portatrice di decidere in piena autonomia la gestazione surrogata verrebbe a coesistere, senza affatto pretendere di imporsi su altri valori di pari rilievo costituzionale, con il contestuale esercizio da parte della stessa della solidarietà a beneficio di colei che fosse impedita di soddisfare il desiderio di maternità.

La libertà di disporre del proprio corpo per cedere sue parti riproducibili (come il fegato<sup>30</sup>) o non riproducibili (un rene<sup>31</sup>), indispensabili alla vita di un consanguineo, non potrebbe invece estendersi, seguendo questa interpretazione restrittiva, al prestito del proprio utero, per soddisfare una aspettativa di genitorialità di una donna che ne fosse fisiologicamente impedita, le cui conseguenze per la madre portatrice (affatto demolitorie, come negli espianti di organi doppi o, in altra direzione, rigenerabili) appaiono certamente meno invasive.

Tale preclusione alla decisione di una donna di condurre una gravidanza per altri, privandosi in seguito del bambino portato in grembo, sembra pure allontanarsi, nonostante le indiscutibili analogie, dall'opportunità offerta dalle legge italiana (art. 30, DPR 396/2000), pure in presenza di affinità genetica con il nascituro, di non essere nominata al momento del parto, così da condurre alla dichiarazione dello stato di abbandono del nato che potrà essere affidato in adozione ad altra coppia di genitori. Nonostante la relazionalità instauratasi durante la gestazione tra madre biologica e nascituro, è proprio la prevalenza accordata dal nostro ordinamento costituzionale al diritto di autodeterminazione della donna a consentire questa scelta che dovrà essere ovviamente accompagnata dalla previsione di adeguate garanzie a favore del bambino non riconosciuto alla nascita.

---

30 A norma dell'art. 1, comma 1 della legge n. 483 del 1999 «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi».

31 L'art. 1 della legge n. 458 del 1967 consente, in deroga all'art. 5 del codice civile, la disponibilità «a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi». Tale «deroga è consentita ai genitori, ai figli, ai fratelli germani o non germani del paziente che siano maggiorenni, purché siano rispettate le modalità previste dalla presente legge. Solo nel caso che il paziente non abbia i consanguinei di cui al precedente comma o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita anche per altri parenti o per donatori estranei». In materia cfr. anche il successivo Decreto 16 aprile 2010, n. 116, recante il Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente.

Peraltro, la rigida presa di posizione contraria a qualunque forma di GPA sembra anche eludere quella ormai consolidata prassi, sottoposta all'analisi di una molteplicità di giudici di merito e di legittimità, legata al suo svolgimento negli Stati esteri dotati di una legislazione permissiva.

Pur manifestando consapevolezza sull'attualità della questione concernente i limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero, la Corte ne esclude infatti una esplicita trattazione in considerazione della sua estraneità al giudizio di costituzionalità dell'art. 263 c.c.<sup>32</sup> ad essa sottoposto da parte del giudice remittente.

Nonostante la presenza di un recente orientamento espresso dalla *Grande Chambre*<sup>33</sup> che ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU da parte di un provvedimento giurisdizionale interno allo Stato favorevole all'affidamento ad una nuova famiglia, diversa da quella formata dai due genitori

---

32 Con riguardo alla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Appello di Milano avente ad «oggetto la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 cod. civ., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità».

33 Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, che rivedeva la Corte EDU, sez. II, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *causa Paradiso e Campanelli c. Italia*, in <https://www.giustizia.it/giustizia/it>. Questo giudice di ultima istanza, pur condannando il nostro Paese per violazione dell'art. 8 CEDU, per aver consentito di dare per via giudiziaria in adozione il bambino generato dai soggetti istanti in Russia attraverso la maternità surrogata, considerava comunque valido l'affidamento ad altra coppia nel maggiore interesse del minore il quale aveva «certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza» ove era stato ormai collocato. Doveva pertanto escludersi che «la constatazione di violazione pronunciata nella causa dai ricorrenti» potesse «dunque essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati». In direzione contraria a quanto sostenuto in precedenza dalla Seconda Sezione della Corte Edu, la *Grande Chambre*, cui aveva fatto ricorso il Governo italiano ai sensi dell'articolo 43 della Convenzione, oltre a mettere in discussione la violazione dell'art. 8, perveniva pure a negare l'esistenza di una vita familiare *de facto* in considerazione di una serie di circostanze legate all'assenza di un legame genetico tra genitori intenzionali e minore, alla breve durata del rapporto che si era instaurato tra di loro, accanto all'incertezza del quadro normativo di riferimento. Pur non sottovalutando «l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore» avesse prodotto «sulla vita privata dei ricorrenti» e sul «proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore», la Corte escludeva, perciò, la legittimazione «a divenire suoi genitori adottivi» che avrebbe avuto l'effetto di «legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano».

committenti, di un bambino generato all'estero ricorrendo alla GPA<sup>34</sup>, il disappunto manifestato dalla Consulta per questa modalità di procreazione non sembra affatto cogliere gli spunti interpretativi, certamente più indulgenti, pure in precedenza espressi dal giudice di Strasburgo di primo grado.

Pur essendo riconosciuto un ampio margine di apprezzamento degli Stati membri per la disciplina della maternità surrogata, la Corte EDU aveva, in differenti contesti interpretativi, privilegiato proprio il migliore interesse del minore alla conservazione dei rapporti familiari *de facto* ormai instaurati, subito dopo la nascita, con i genitori committenti a cui fosse legato, sia pure parzialmente, da comprovata affinità genetica, secondo quanto prescritto dalla legislazione dello Stato straniero nel cui territorio fosse stato generato. In ossequio a quanto prescritto dall'art. 3, par. 1 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996 e dall'art. 8 della CEDU<sup>35</sup>, questo giudice sovranazionale, nel condannare lo Stato francese che aveva attribuito «uno *status* giuridico imperfetto» a quanti fossero nati grazie al ricorso ad una maternità surrogata, in presenza, peraltro, «di un genitore biologico appartenente alla coppia», riconosceva infatti la primazia alla tutela della vita privata e del «diritto all'identità personale dei minori»<sup>36</sup> e, conseguentemente, la garanzia della continuità delle relazioni affettive in questo modo instaurate all'interno del nuovo nucleo familiare.

Si aggiunga inoltre che, seppure a seguito di alcune pronunce interne, che inizialmente negavano la trascrivibilità dell'atto di nascita, considerata la presunta contrarietà della GPA all'ordine pubblico interno e internazio-

---

34 La GPA era stata peraltro effettuata dalla coppia committente nel rispetto della legislazione vigente in Russia in materia di maternità surrogata che non prescrive come necessaria la presenza di un legame genetico tra i genitori committenti e il nascituro (cfr. Sentenza della Corte EDU del 27 gennaio 2015 - Ricorso n. 25358/12 - *Paradiso e Campanelli c. Italia*, reperibile all'indirizzo <https://www.giustizia.it>).

35 In aggiunta alle fonti del diritto internazionale richiamate dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale, sent. n. 272 del 2017, prende pure in considerazione la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, proprio con l'intento di ribadire il radicamento e la «centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano».

36 Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, causa *Menesson c. Francia* e 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, causa *Labasse c. Francia*, entrambe reperibili in <http://www.biodiritto.org/>, con cui veniva condannata la Francia per aver negato la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero in applicazione della normativa di questo Paese che vieta la surrogazione di maternità.

nale<sup>37</sup>, la superiore esigenza di assicurare il *best interest of the child* ha invece, progressivamente, spinto gli stessi giudici nazionali ad una lettura certamente più aperta al riconoscimento dello *status familiaris* oramai instauratosi tra genitori committenti e nato<sup>38</sup>. Questa recente interpretazione

37 Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. civ. comm.*, I, 1990, 357; Trib. Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Trib. Milano, GUP, 8 aprile 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). e Corte Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in <http://www.altalex.com>. Il giudice di legittimità aveva inizialmente negato la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del bambino generato ricorrendo alla GPA, del quale era disposto lo stato di adattabilità. A supporto di questa interpretazione negativa veniva rilevata la violazione da parte dei genitori committenti della stessa legge straniera (Ucraina) che prescriveva il necessario contributo genetico (nella misura del 50 %) alla fecondazione dell'embrione realizzata, con il supporto di donatore, da parte degli stessi. La contrarietà all'ordine pubblico italiano del certificato di nascita ucraino, su cui veniva basato dai ricorrenti il rapporto di filiazione con il nato, e alla stessa legge di questo Paese in materia di maternità surrogata, avrebbe impedito il riconoscimento in Italia «di uno *status* di minore quale figlio dei ricorrenti» difettandone «in radice l'attribuzione, ossia il titolo».

38 A favore della trascrizione dell'atto di nascita si sono espressi: il Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014; il Trib. Trieste, GUP, sent. 4 ottobre 2013, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) e il Trib. Milano, sez. V pen., sent. 13 gennaio 2014, in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, che ha, nello specifico, proscioltto dall'accusa di alterazione di stato civile, di cui all'art. 567 comma 2 c.p., una coppia che aveva dichiarato come proprio un bambino generato mediante maternità surrogata a seguito di «formazione dell'embrione, in vitro, con il 50% del patrimonio genetico» del *partner* maschile «e l'altra metà proveniente da una ovodonatrice, individuata dalla clinica in un elenco di donne, tutte volontarie, di età compresa tra i 20 e 32 anni, in buono stato di salute, prive di malattie ereditarie, che avevano già portato a termine almeno una gravidanza generando figli nati sani». Alla stessa conclusione è giunto anche il Trib. Napoli, ufficio del GIP, 17 luglio 2015, in <http://www.siallafamiglia.it/>, che ha rilevato la presenza di «una condotta realizzata non per fini di lucro ma per realizzare quel desiderio (costituzionalmente garantito), di diventare genitori». Per il giudice partenopeo, il comportamento degli interessati che si erano limitati a chiedere la trascrizione producendo un atto ufficiale non avrebbe prodotto «alcuna alterazione dello stato civile», non configurandosi «alcun dolo né tanto meno intenzioni di violare la legge». In argomento cfr. pure Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525; Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696. In analoga direzione, e nonostante il parere decisamente negativo verso la GPA da parte del *Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé* [Avis n° 126 (15 juin 2017) *sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*] che ritiene ancora valide le ragioni giustificative della proibizione

veniva motivata dalla presenza di una (totale o parziale) affinità genetica tra questi protagonisti del rapporto che avrebbe, quindi, rafforzato lo stesso legame affettivo/relazionale intervenuto a seguito della cessione del bambino da parte della madre portatrice.

E così, ad esempio, nel trarre spunto dalla giurisprudenza sovranazionale più favorevole prima considerata, contenente la condanna dello Stato che non aveva riconosciuto la continuità dei rapporti familiari con i genitori intenzionali, nonostante la presenza di affinità genetica con uno dei componenti della coppia stessa, queste pronunce dei giudici di merito<sup>39</sup> sono pervenute ad attribuire la prevalenza agli effetti parentali che erano stati oramai prodotti dalla normativa straniera, certamente più liberale di quella italiana.

Neppure la difettosa rappresentazione della realtà, a seguito di una falsa dichiarazione da parte dei coniugi di una inesistente genitorialità naturale, avrebbe potuto impedire, secondo il GUP del Tribunale di Varese, la suddetta trascrizione o addirittura condurre alla loro condanna. Il travisamento della verità, consumatasi al momento della «assegnazione dello *status* di genitore in conformità dell'ordinamento italiano» e non della precedente «formazione dell'atto di nascita» in Ucraina<sup>40</sup>, conduceva pertanto alla as-

---

di questa pratica concernenti il «respect de la personne humaine, refus de l'exploitation de la femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine», anche la Corte di Cassazione francese, *Première chambre civile*, in presenza di una GPA realizzata all'estero, ha autorizzato [arrêt n° 824 du 5 juillet 2017 (15-28.597), arrêt n° 825 du 5 juillet 2017 (16-16.901; 16-50.025); arrêt n° 826 du 5 juillet 2017 (16-16.455) et arrêt n° 827 du 5 juillet 2017 (16-16.495), reperibili all'indirizzo <https://www.courdecassation.fr>] la trascrizione dei certificati di nascita «*sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, qui n'a pas accouché*». Secondo questo interprete, infatti, «*une GPA réalisée à l'étranger ne fait pas à obstacle, à elle seule, à l'adoption de l'enfant par l'époux de son père*».

39 Cfr. Trib. Varese, GUP, 8 ottobre 2014, reperibile all'indirizzo [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

40 L'assenza di una corrispondenza genetica con la madre dichiarante di un bambino generato presumibilmente attraverso GPA con il seme del coniuge maschile, di cui era stata invece accertata l'affinità genetica, induceva il giudice ad assolvere la coppia di cittadini italiani, che aveva richiesto la registrazione del certificato di nascita dei figli, imputati del reato di false dichiarazioni idonee ad incidere sullo stato civile di una persona (art. 495, co. 2 c.p.), per aver negato di essere ricorsi ad una madre portatrice, proprio in considerazione della necessità di salvaguardare il preminente interesse dei minori alla conservazione della continuità dei rapporti familiari già instaurati nel Paese estero.

soluzione degli imputati dal reato di alterazione dello stato civile in quanto giudicato, nella fattispecie esaminata, inesistente rispetto all'«attitudine lesiva del bene giuridico tutelato dalla norma criminale»<sup>41</sup>.

Oltre a beneficiare coppie eterosessuali, tale apertura da parte della giurisprudenza di merito, a favore della trascrizione in Italia del provvedimento giudiziale straniero comprovante lo *status filiationis*, ha pure interessato analoga richiesta avanzata da coppie omosessuali maschili che erano in precedenza ricorse ad una fecondazione eterologa (che impiegava il seme di uno dei due partner) e, successivamente, alla GPA<sup>42</sup>.

Il silenzio serbato sulla *stepchild adoption* dalla legge n. 76 del 2016, recante la Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, ha finito inesorabilmente per rimettere al giudice adito il compito di valutare, caso per caso, il migliore interesse

41 Trib. Varese, GUP, sent. 8 ottobre 2014, cit.

42 Trib. per i minorenni di Roma, 31 dicembre 2015, Pres. Relatore Carmela Cavallo, reperibile all'indirizzo <http://www.articolo29.it>, con cui veniva riconosciuta a una coppia di uomini, sposati in Canada dopo sette anni di convivenza, l'adozione di un bimbo, figlio di uno dei due. Attraverso il ricorso alla *stepchild adoption* si consentiva perciò il diritto di uno dei due partner maschili di adottare il figlio del compagno, a seguito della sua nascita all'estero grazie alla maternità surrogata. Per questo Tribunale «il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati», rientra «nell'ambito del diritto alla vita familiare, nel “vivere liberamente la propria condizione di coppia” riconosciuto come diritto fondamentale, anzi ne sia una delle espressioni più rappresentative». Da qui l'esigenza che la normativa sulle adozioni «debba poter essere interpretata alla luce delle emergenze sociali che sollecitano per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità». Ne discende, pertanto, che «una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore a essere adottato e l'adeguatezza dell'adottante a prendersene cura, un'interpretazione dell'articolo 44, comma 1, lettera d), della Legge 184/1983 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe una interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (articolo 3 della Costituzione) e della tutela dei diritti fondamentali (articolo 2)». Nella medesima direzione cfr. le seguenti pronunce reperibili nel sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it): Trib. per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015; Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015; Corte di Appello di Milano, 28 ottobre 2016; Corte d'Appello di Milano, Sez. delle persone, dei minori e della famiglia, 5 ottobre 2016; Corte di Appello di Trieste 22 gennaio 2017; Trib. per i minorenni di Bologna, 6 luglio 2017; Corte di Appello di Trieste 26 febbraio 2017; Corte di Appello di Genova, ord. n. 1319 del 1 settembre 2017; Corte d'Appello di Trento, 23 febbraio 2017; Trib. per i minorenni di Firenze, Sezione adozioni, 7 marzo 2017.

del minore in presenza della richiesta del partner di una coppia omosex (sia maschile che femminile<sup>43</sup>), privo di qualunque legame genetico, di avvalersi dell'istituto dell'adozione in casi particolari contemplata nell'art. 44 ss. della legge n. 184 del 1983.

L'evoluzione dei legami tra individui appartenenti al medesimo sesso, «rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale», consente perciò, a giudizio della Corte d'Appello di Milano<sup>44</sup>, di dare spazio anche alla richiesta di adozione superando così i «pregiudizi legati» ad una antica, e mai superata, «concezione di vincoli familiari».

Alla luce delle considerazioni che precedono, assolutamente favorevoli al mantenimento dei legami parentali instaurati all'estero a seguito di GPA, pur apprezzandosi il proposito della Consulta di porre un argine all'indebito sfruttamento del corpo della donna, in presenza di mere motivazioni di tipo economico e commerciale, non si comprende come la contrarietà dalla stessa espressa per questa forma di procreazione, in grado di pregiudicare – a suo giudizio – un «interesse alla verità» di «natura pubblica»<sup>45</sup>, possa poi

43 A seguito di alcune pronunce di giudici di merito, reperibili nel sito [www.articolo29](http://www.articolo29.it) (Corte d'Appello di Milano, Sez. Persone, minori, famiglia, 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Roma, 23 dicembre 2015; Trib. per i minorenni di Roma, 22 settembre 2015; Trib. Napoli, decr. 6 dicembre 2016; Corte d'Appello di Torino, 27 maggio 2016; Corte d'Appello di Milano, Sezione persone, minori e famiglia, 9 febbraio 2017; Tribunale per i minorenni di Bologna, 6 luglio 2017), ha fatto poi seguito una giurisprudenza, altrettanto favorevole al riconoscimento dell'adozione in casi particolari, del giudice di legittimità. Dopo una prima pronuncia (Corte Cass., Sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962) sono intervenute altre sentenze della stessa Corte Cass., Sez. I civ., n. 19599 del 30 settembre 2016 e n. 14878 del 15 giugno 2017 che autorizzavano la trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita redatto in un Paese estero (Spagna, Gran Bretagna) a favore di un bambino procreato da una delle due partner (la madre biologica) a seguito di fecondazione eterologa da donatore anonimo dell'ovulo ceduto dalla seconda partner (la madre genetica). Nella stessa direzione, anche la sent. della Corte di Appello di Napoli del 5 aprile 2016 che ha ordinato la trascrizione di due sentenze del Tribunale civile di Lille (Francia) con le quali si riconosceva l'adozione reciproca di due bambini figli di due donne italiane che si erano sposate in Francia.

44 Corte d'Appello di Milano, Sez. persone, minori e famiglia, 9 febbraio 2017.

45 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017. Per la Consulta la tutela del migliore interesse del minore incontrerebbe, in presenza di una GPA espressamente vietata dalla legge, il limite rappresentato dalla esigenza di assicurare la prevalenza della verità (di natura pubblica) relativamente alle effettive origini biologiche del nato.

incidere su una prassi sviluppatasi all'estero e, per ciò stesso, di difficile contenimento e agevolmente eludibile.

Del resto, la Corte, pur ribadendo «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», come «vietata da apposita disposizione penale», che rende imprescindibile per il giudice adito la «presa d'atto della verità» biologica relativamente al rapporto di filiazione, non può tuttavia esimersi dal precisare, mostrando consapevolezza di questo fenomeno, che, anche in queste circostanze, l'interesse del minore non possa per questo essere «cancellato»<sup>46</sup>, con l'effetto di assicurare un margine di valutazione all'interprete del caso di specie.

Pure in presenza di questa persistente avversione alla GPA, il ricorso a specifici accordi internazionali, soprattutto se di tipo bilaterale<sup>47</sup> con i Paesi permissivi, in grado di imporre comuni regole di condotta per evitare possibili abusi e salvaguardare la stabilità dei legami familiari<sup>48</sup>, potrebbe allora consentire, secondo quanto sostenuto nei contributi che seguono, la conformazione alle indubitabili trasformazioni dei modelli familiari<sup>49</sup>, di cui non viene affatto messa in discussione la stabilità rispetto a quelli (che prevedono la generazioni di figli all'interno di una matrimonio eterosessuale) appartenenti ad una più antica e consolidata tradizione giuridica.

Il riconoscimento delle indispensabili garanzie a favore del minore, a cominciare dalla continuità dei rapporti parentali, alla possibilità di risalire alle proprie origini genetiche qualora sorgesse la necessità di avviare protocolli terapeutici, alla opportunità di conoscere le modalità che ne hanno consentito la gestazione e la nascita, costituirebbe il contenuto indispensabile di un'intesa sottoscritta con i Paesi favorevoli alla GPA, proprio con l'intento di accompagnare il ricorso da parte di cittadini italiani a pratiche difficilmente contenibili nonostante il divieto contenuto nella legge n. 40.

46 Corte Cost. sent. n. 272 del 2017, a giudizio della quale «se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro».

47 Considerata la difficoltà di pervenire, anche in Europa, ad un accordo internazionale multilaterale in presenza di una persistente asimmetria tra gli Stati che attualmente proibiscono o, in direzione opposta, consentono la GPA.

48 Oltre al diritto del minore di risalire alle sue origini genetiche, analogamente a quanto oggi consentito a seguito della sent. 278/2013 della Corte Costituzionale per gli adottati, qualora necessario per avviare, in presenza di una grave patologia genetica, un corretto percorso terapeutico.

49 Fondati principalmente (seppure non esclusivamente) sugli affetti e la responsabilità genitoriale.

3. Le aperture giurisprudenziali, che hanno consentito di ricavare dal nostro ordinamento giuridico spazi interpretativi per garantire la continuità e stabilità familiare a beneficio del nato attraverso la GPA svolta all'estero, trovano ulteriore sviluppo nell'analogo attivismo mostrato da questo interprete, di ogni ordine e grado, per conformare al disposto costituzionale le parti della legge n. 40 considerate eccessivamente pervasive e irragionevoli.

A questa spinta offerta dalla giurisprudenza, cui sono pure derivati significativi effetti demolitori della citata legge, per le parti giudicate dalla Consulta palesemente contrarie al disposto costituzionale, non hanno tuttavia fatto seguito adeguati interventi normativi, giustamente rimessi da questo stesso interprete all'esercizio della discrezionalità del legislatore statale<sup>50</sup>, in grado di colmare i vuoti provocati dalle pronunce di accoglimento.

In direzione opposta alla maggiore tempestività dimostrata dal legislatore francese e argentino, a introdurre le indispensabili garanzie a tutela dei diversi soggetti coinvolti nella pratica della fecondazione eterologa<sup>51</sup>, l'opportunità pure oggi consentita in Italia per questo tipo di procreazione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 162/2014, non ha ancora indotto il legislatore italiano ad assicurare, con una specifica disciplina normativa, il diritto del nascituro di risalire, nel pieno rispetto dell'anonimato del donatore di gameti, alle proprie origini genetiche, qualora emergesse l'esigenza di avviare un corretto percorso terapeutico a salvaguardia della sua salute.

Il silenzio serbato al riguardo dall'art. 1, comma 298, della legge n. 190 del 2014<sup>52</sup> e dal D.M. 265/2016<sup>53</sup> costringe perciò l'interprete a ricavare per analogia la regola da applicare, a garanzia di questo diritto del minore, dalla legislazione vigente in materia di adozione<sup>54</sup> nonché dal d. lgs. n. 191

50 Questo rinvio alla discrezionalità del legislatore viene ripetutamente effettuato nelle più recenti sentenze della Corte Cost. in materia di fecondazione assistita: 162/2014, 229/2015 e 84/2016.

51 Cfr. Article L.1131-1-2, R1131-20, L1244-6 del *Code de la santé publique* e Article 16-8 del *Code civil* francese; art. 30 *Ley* argentina n° 26.862, junio 25 de 2013, recante *Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*. Analogo diritto è riconosciuto dall'art. 5, n. 5 della *Ley* spagnola 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*.

52 Che istituisce il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopo di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

53 Contenente il Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

54 Come interpretata alla luce della sentenza di condanna inflitta all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*Godelli c. Italia*, 33783/09, 25 settembre 2012, reperibile all'indirizzo <https://www.giustizia.it>) e della

del 2007, su cui si sofferma il lavoro di G. Coletta, recante norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione dei tessuti e cellule umane.

Sempre con riguardo alla normativa vigente in Italia, ulteriori lacune, rispetto alla legislazione comparata qui considerata, continuano ad interessare le modalità di esecuzione della selezione preimpianto e soprattutto la sorte degli embrioni soprannumerari crioconservati di cui la coppia interessata avesse espressamente dichiarato l'abbandono<sup>55</sup>, anche in considerazione della loro non utilizzabilità per essere affetti da una grave patologia genetica attualmente non curabile.

Ancora una volta, nonostante gli auspici della Consulta (sent. 96/2015 e 84/2016), pronunciatisi anche all'esito delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU<sup>56</sup>, a favore di una tempestiva introduzione di apposite dispo-

---

sentenza della Corte Cost. 278/2013. Quest'ultima pronuncia dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del d. lgs. n. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevedeva – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicurasse la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre che avesse dichiarato, su richiesta del figlio, di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. Il successivo d. lgs. n. 154 del 2013, richiamato dalla Corte Cost. nella sent. 272 del 2017, ha quindi «garantito, senza limiti di tempo, l'interesse primario ed inviolabile dei figli all'accertamento della propria identità e discendenza biologica».

55 Avendo già soddisfatto, attraverso un impianto precedente, il bisogno di genitorialità; essendo sopraggiunta la rinuncia all'impianto per ragioni determinate dallo stato di salute della donna; per una successiva (rispetto alla fecondazione) separazione tra i coniugi; per la morte del partner maschile.

56 Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, causa *Costa e Pavan c. Italia* (Ric. n. 54270/10), reperibile all'indirizzo <http://www.camera.it>, che riconduceva il «desiderio» di «mettere al mondo un figlio non affetto da malattia genetica», di cui i genitori fossero portatori sani, all'ambito di protezione offerta dall'art. 8 CEDU che consente una scelta «espressione della vita privata e familiare dei ricorrenti». Per il giudice di Strasburgo, un'eventuale preclusione a questa diagnosi nel determinare uno «stato di angoscia della ricorrente», costretta nella tragica opzione tra possibilità di generare un «figlio affetto da malattia» e «le sofferenze derivanti dalla scelta dolorosa di procedere, all'occorrenza, ad un aborto terapeutico», sarebbe «sproporzionata», proprio per la sua ingerenza nel «diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata».

sizioni normative, rimesse principalmente, anche se non esclusivamente<sup>57</sup>, alla discrezionalità del legislatore, in grado di circoscrivere le patologie di cui sia affetto l'embrione, che possano giustificare la selezione e l'abbandono<sup>58</sup>, continua a permanere nel nostro Paese un inspiegabile vuoto normativo che finisce per rimettere la scelta della soluzione da adottare alla esclusiva responsabilità del medico procedente, sia pure all'esito del consenso espresso dalla coppia interessata.

Non potendo in alcun modo ricorrere ad un «intervento additivo (...) stante il carattere non “a rime obbligate” di un tale intervento», che avrebbe dovuto interessare la sorte degli embrioni soprannumerari, il giudice costituzionale italiano<sup>59</sup> demandava proprio al legislatore, stante la molteplicità

---

57 Con la sent. 162/2014 la Corte Costituzionale, nel richiamare una precedente pronuncia (sent. 8/2011), ribadisce infatti come qualunque «intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza», non possa «nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (...)». La delega, contenuta nella legge, al *soft law* potrebbe, infatti, consentire una tempestiva regolamentazione della materia scientifica, in considerazione di una maggiore duttilità della fonte. L'introduzione di opportune Linee guida, secondo le indicazioni dettate dall'art. 5, cui dovrà certamente riferirsi il giudice nell'accertamento della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, è richiamata nella recente legge n. 27 del 2017, in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

58 Per il giudice delle leggi (sent. 96/2015), che escludeva un sua competenza al riguardo, è infatti «compito del legislatore introdurre», attraverso l'adozione di scelte assunte discrezionalmente, «apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».

59 Corte Cost. sent. 84/2016. Questa valutazione avrebbe dovuto per questo giudice, ad esempio, riguardare: il possibile impiego, per lo svolgimento di ricerche, di «embrioni affetti da malattia» – di cui dovrebbe essere specificata la natura – «o scientificamente “non biopsabili”»; la «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell'embrione»; la «eventualità» e la «determinazione della durata, di un previo periodo di conservazione»; la

delle «opzioni intermedie», la «valutazione di opportunità (sulla base delle “evidenze scientifiche” e del loro grado di condivisione a livello sovranazionale)» di una loro successiva utilizzazione.

Nella prospettiva di una auspicabile procedimentalizzazione della decisione scientifica, che possa correttamente orientare la selezione degli embrioni da impiantare, di assoluto interesse è la soluzione adottata dal legislatore francese nel *Code de la Santé publique* (Article L. 2131-4) che consente la realizzazione di tale pratica «solo in una struttura specificamente autorizzata a tal fine dall’Agenzia per la biomedicina», a seguito dell’accertamento di una malattia genetica di particolare gravità idonea a provocare la morte precoce (nei primi anni di vita) del nascituro e, per ciò stesso, giudicata inguaribile al momento della diagnosi (Article L2131-4-1).

Ulteriori spunti potranno essere pure tratti dalla legislazione francese in ordine alla utilizzazione degli embrioni soprannumerari.

La presenza di una grave patologia genetica, comprovata dallo stato delle «evidenze scientifiche» e dal loro grado di condivisione a livello internazionale, cui si aggiunge il superamento del periodo massimo di conservazione degli embrioni stessi che non potrà superare i cinque anni (Article L 2141-4, III), potrà allora giustificare l’impiego a fini di ricerca (Article L2141-3) con esclusione di un loro sfruttamento commerciale o industriale (article L. 2141-8).

Su impulso di uno studio elaborato dal *Conseil d’Etat* nel 1999<sup>60</sup>, pure richiamato da Fabienne Ghelfi nel suo saggio, il legislatore francese ha definitivamente aperto la strada, anche all’esito di successive riforme introdotte il 6 agosto 2013, l’11 febbraio 2015 e il 26 gennaio 2016, alla sperimentazione sull’embrione umano o sulle cellule staminali, previa apposita autorizzazione della *Agence de la biomedicine* e la raccolta del necessario consenso espresso dalla coppia legittimata al loro utilizzo, adeguatamente e previamente informata sulla tipologia della ricerca sperimentale per la cura, con rimedi innovativi, di patologie allo stato incurabili.

---

«opportunità o meno (dopo tanti periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di una sua destinazione alla sperimentazione»; le «cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui»

60 *Les Lois de la bioéthique: cinq ans après: étude adoptée par l’Assemblée générale du Conseil d’Etat le 25 novembre 1999*, reperibile all’indirizzo <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/994001756/index.shtml>.

Indiscutibili, allo stato delle conoscenze scientifiche, sarebbero i vantaggi legati all'utilizzo delle cellule embrionali per il prelievo di cellule staminali finalizzato alla cura di gravi patologie geneticamente trasmissibili.

Il perdurante divieto contenuto nell'art. 13 (recante sperimentazione sugli embrioni umani) della legge n. 40, che all'art. 1 lett. a) espressamente vieta, in senso contrario a quanto previsto in Francia, «la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla (...) legge», pure precludendo qualsiasi derivazione delle cellule staminali dalle blastocidi soprannumerarie prodotte in Italia, nonostante il loro definitivo abbandono e successiva distruzione, appare perciò un irragionevole ostacolo all'esercizio della libertà di ricerca e di scienza di indubbia valenza costituzionale<sup>61</sup>.

Tale impedimento, peraltro, non sembra tuttavia escludere, in un modo che viene considerato da alcuni scienziati contraddittorio quando non addirittura ipocrita<sup>62</sup>, il loro impiego sperimentale qualora fossero state, al contrario, importate da altri Paesi.

61 La pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, causa *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, in <http://presidenza.governo.it/>, pur rigettando la richiesta dell'istante di destinare, a seguito della morte del coniuge (che non aveva potuto manifestare il proprio consenso), gli embrioni in precedenza fecondati a fini di ricerca, rimette comunque al libero apprezzamento degli Stati qualunque decisione sulla loro utilizzabilità a scopo sperimentale, anche se da questa attività ne possa derivare la loro estinzione. Senza affatto escludere la possibile sperimentazione sugli embrioni, la sentenza della Corte di Lussemburgo (Grande Sezione, 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Oliver Brüstle contro Greenpeace e V.*, in <http://curia.europa.eu/>) ha, invece, rivolto la sua attenzione al divieto di brevettare il procedimento che, attraverso il prelievo di cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stato di blastocisti, possa determinare la distruzione di quest'ultimo. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 30 settembre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) e a G. PERRONE, "Eppur si muove". Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti "in vitro" ma non più destinati ai fini procreativi: la posizione della Corte EDU tra pronunce e nuove prospettive, 4 febbraio 2016, in *Osservatorio costituzionale dell'AIC*.

62 Cfr. le dichiarazioni rese da E. CATTANEO e M. DE LUCA nell'intervista contenuta in *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, in *La Repubblica* online, 22 marzo 2016 nonché all'indirizzo <http://www.AssociazioneIuliacoscioni.it/rassegnastampa/celle-staminali-embrionali-italia-troppe-ipocrisie>.

Nonostante gli auspici avanzati dalla Commissione di studio sull'utilizzo delle cellule staminali per finalità terapeutiche, presieduta dal Premio Nobel per la medicina, Renato Dulbecco<sup>63</sup>, a favore delle opportunità offerte dalla medicina rigenerativa attraverso l'impiego, per ora realizzato «con successo su modelli animali»<sup>64</sup>, di cellule staminali embrionali per la cura di talune patologie degenerative, come il Parkinson, la Corea di Huntington, la Sclerosi multipla, il diabete, la degenerazione retinica, analogamente a quanto con successo già avviato in altri Paesi, continua a persistere in Italia la moratoria introdotta dal legislatore del 2004.

Il divieto all'impiego sperimentale degli embrioni soprannumerari, non preclude, tuttavia, nel nostro Paese, analogamente a quanto consentito oltrelpe, una ricerca su queste entità *in fieri* destinate al trasferimento in utero per consentirne la successiva gestazione<sup>65</sup>.

Gli scenari sperimentali, illustrati dal saggio di Raffaele Prodomo, Francesca Forni e Luisa Iannicelli, la cui delimitazione non potrebbe che essere affidata all'esercizio dei poteri discrezionali del legislatore<sup>66</sup>, e al

63 Cfr. Conclusioni della Commissione ministeriale di esperti in campo scientifico e morale, istituita dal Ministro della sanità, Umberto Veronesi, il 20 settembre 2000 e presieduta da Renato Dulbecco, presentata il 28 dicembre 2000, reperibile all'indirizzo <https://www.uaar.it/laicita/bioetica/10f.pdf>. Nella risoluzione maggioritaria adottata da questa Commissione si affermava l'opportunità di destinare per finalità di ricerca gli embrioni soprannumerari che, per varie ragioni, non fossero più destinati all'impianto e suscettibili di distruzione, per i possibili benefici che ne sarebbero derivati per l'umanità. Tale opzione non avrebbe affatto comportato, a giudizio della stessa Commissione, alcuna «concezione strumentale dell'embrione», né costituito «un atto di mancanza di rispetto nei confronti della vita umana, in specie se si considera che l'alternativa è di lasciare che questi embrioni, per i quali non è più possibile la destinazione per cui sono stati formati, periscano».

64 E. CATTANEO, nell'intervista contenuta *Fecondazione, Consulta: "No a ricorso su ricerca embrioni"*, cit.

65 La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione sarà infatti «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» (art. 13.2, legge n. 40). Per la Francia *Article L2151-5, V del Code de la Santé publique*.

66 Sull'esigenza che la sperimentazione sugli embrioni, che comporta una «scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano», sia rimessa alla decisione del legislatore, dovendo conseguentemente essere sottratta al sindacato della Corte Costituzionale, cfr. sent. 84/2016.

successivo intervento del *soft law*, che comportano il trapianto dell'ovocita materno nell'ovocita di una donatrice privato del proprio nucleo, in modo da consentire l'ibridazione – prima della fecondazione da parte del seme del padre – del DNA della madre malata con quello di una donatrice sana, dimostrano l'importanza delle attività sperimentali di questa natura, per ora avviate soltanto in alcuni Paesi (Ucraina e Regno Unito<sup>67</sup>), condotte in una fase precoce della fecondazione embrionale, prima dell'impianto nell'utero materno.

Peraltro, in alternativa al sacrificio a fini sperimentali degli embrioni soprannumerari, la legge francese apre anche la strada ad una loro possibile cessione, da parte dei legittimi proprietari, ad una diversa coppia (di cui dovrà rimanere ignota l'identità) interessata ad avviare la loro gestazione (Article L. 2141-4 ss.).

Analogamente a quanto stabilito per l'adozione di un bambino, tale liberalità potrà avvenire soltanto a seguito di una decisione dell'autorità giudiziaria che verifichi la presenza delle necessarie condizioni legittimanti il trasferimento: dal consenso liberamente espresso da parte della coppia che abbia contribuito, con i propri gameti, alla fecondazione dell'embrione; all'idoneità della coppia, che abbia deciso di accoglierlo, ad assicurare al nascituro adeguato supporto educativo, assistenziale, psicologico.

4. Seppure non possa escludersi un inevitabile attivismo del giudice in un settore della conoscenza umana particolarmente dinamico, l'introduzione di una previa disposizione di legge in grado di orientarne la funzione interpretativa appare, per tutte le ragioni esposte, indispensabile.

La presenza di una norma giuridica, non invasiva degli ambiti di autonomia da riconoscere agli organi abilitati ad assumere decisioni scientifiche (attraverso le Linee guida, Protocolli, le norme di Buona pratica clinica o di natura deontologica), avrebbe pure l'effetto di ridurre i margini di oscillazione giurisprudenziale in grado di provocare incertezze quando non discriminazioni tra i soggetti interessati, nonostante le somiglianze dei casi considerati.

D'altra parte, questa disciplina legislativa, adeguatamente duttile e adattabile alle trasformazioni delle conoscenze scientifiche, certamente distante dalla pervasività, per certi versi, e lacunosità, per altri, che ha caratterizzato in origine la legge n. 40, dovrebbe indurre ad un profondo ripensamento delle

---

67 La notizia è riportata in *Un bambino in provetta e tre genitori*, 6 febbraio 2015, in <https://www.focus.it/scienza/salute/fecondazione-dna-due-madri-fda-mitocondri>.

tecniche di elaborazione normativa, in modo da renderla permeabile all'esperienza di quanti operano quotidianamente in siffatto settore della conoscenza.

In questa prospettiva, in aggiunta alle aperture alle opinioni degli esperti, come pure consentite dai Regolamenti parlamentari in sede di audizioni svolte nel corso dei lavori in Commissione<sup>68</sup>, di un certo interesse è la proposta della Senatrice a vita e scienziata Elena Cattaneo di avvalersi di Consiglieri scientifici. Si tratta di un supporto, sempre più diffuso nelle democrazie europee, in grado di orientare il decisore politico, sia esso il Parlamento o il Governo, cui ovviamente spetterà la scelta finale, verso la migliore soluzione tecnica fondata sulle più diffuse evidenze scientifiche.

Un diverso approccio dei processi di elaborazione della norma giuridica, fondato sulle più accreditate conoscenze scientifiche, potrebbe indurre, in analogia a quanto già realizzato nell'esperienza tratta dal diritto comparato, anche il legislatore italiano a una regolamentazione delle innovative tecniche della medicina della riproduzione più rispondente alle attese della collettività, nel pieno rispetto dei diritti di coloro che intendono accedere alla fecondazione assistita e ad una successiva utilizzazione della GPA, compatibilmente al migliore interesse del nascituro.

I proficui risultati raggiunti, grazie all'impegno profuso dagli Autori dei saggi che seguono, all'esito di una efficace collaborazione tra studiosi del C.I.R.B. e dell'Università di Nizza Sophia Antipolis, potranno certamente rappresentare uno stimolo alla prosecuzione degli ulteriori approfondimenti diretti ad analizzare i possibili sviluppi di una scienza in continua evoluzione oltre a contribuire al necessario dibattito pubblico che dovrà precedere, anche a fini di orientamento, la successiva introduzione della regola giudica.

---

68 A condizione di non ridurle ad «una vetrina preselezionata di posizioni politiche preconcelte» distanti dalla originaria funzione di luogo di «vera informazione»» (E. CATTANEO, *Ogni giorno. Tra scienza e politica*, cit., 169).