

Capitolo I

La disciplina della PMA e il divieto di maternità surrogata nel sistema italiano

1.1 Apertura della società nei confronti della medicina riproduttiva

« In tutti gli uomini, nel loro corpo e nel loro spirito, c'è un seme fecondo. E quando arrivano all'età giusta, tutto il loro essere desidera di dar vita a quel germe, partorendolo. E il parto non è mai brutto; è sempre bello. L'unione di un uomo e di una donna è sempre un parto. Che cosa divina questa unione! Maturare nel proprio grembo un germe e dargli vita, è l'immortalità per la creatura mortale... ».

Queste eleganti e poetiche parole sono fatte pronunciare da Platone a Fedro nel simposio e ben si prestano ad introdurre una tematica tanto complessa e profonda quale quella della riproduzione, enfatizzandone la matrice simbolica. Come sottolinea il filosofo ateniese, il desiderio di dare vita è innato nell'essere umano, un impulso che lo spinge a trascendere la propria mortalità e a lasciare un segno indelebile nel mondo. La capacità di procreare non solo come atto biologico necessario alla sopravvivenza ma anche come elemento fondamentale della struttura sociale e culturale di ogni società. La fertilità fin dall'antichità come un dono prezioso da tutelare, salvaguardare, propiziare. Appare quasi scontato evidenziare come l'assetto sociale sia profondamente mutato oggi, i grandi cambiamenti storici, culturali e sociali registrati negli ultimi decenni hanno radicalmente modificato le moderne strutture familiari, ne sono sorte di nuove (famiglie di fatto, unioni civili), e con esse toccato inevitabilmente le scelte procreative e i tempi della riproduzione. Dall'aumento del livello di istruzione con prolungamento degli anni dedicati allo studio, all'ingresso massiccio delle donne nel mondo lavorativo, le gerarchie familiari sono mutate, l'individuo si erge sulla collettività nell'incessante autoaffermazione di sé. Il concetto stesso di persona nel diritto ne è un riflesso, una concezione astratta, immateriale, individualistica contro la prospettiva comunitaria del diritto romano che vedeva al contrario l'individuo rappresentato nella comunità in cui viveva, che portava il nome identificativo ed identitario della gens di appartenenza, la dottrina degli status, in tal senso lo specchio della teoria di Lacan si pone

come metafora della società romana¹. In questo contesto sociale, così come brevemente delineato, il controllo della fertilità scorpora l'atto sessuale dalle esigenze riproduttive, complice anche la recessione economica² e l'incertezza del futuro i giovani sono spinti a rinviare sempre più i progetti di indipendenza con conseguenze sulla progettualità familiare così come sulle intenzioni di fecondità³. Tutto ciò ha contribuito a giungere a quello che è stato definito un inverno demografico e le ultime rilevazioni dell'Istat ne sono la prova: si evidenzia un calo progressivo delle nascite dal 2008 (ultimo anno in cui si è registrato un aumento della natalità) al 2023 il calo è del 34,2% disegnando l'Italia come un paese in pieno allarme demografico, con 1,2 figli per donna la fecondità è vicina al minimo storico. Fenomeno significativo in tal contesto è la posticipazione delle nascite con un impatto notevole sulla riduzione generale della fertilità, dal momento che più si ritardano le scelte di maternità più si riduce l'arco temporale disponibile per le potenziali madri. Cosicché la combinazione di un calo diffuso della fecondità fisiologica e di un aumento della infertilità patologica, si stima che in Italia il 15% delle coppie siano colpite da infertilità, crea una sfida importante per quelle coppie che desiderano avverare il loro desiderio di genitorialità e le spinge a ricercare soluzioni alternative.

1.2 La PMA, Definizione e difficoltà di analisi

Se un tempo l'impossibilità biologica di una discendenza veniva affrontata con il ricorso all'artificio giuridico dell'adozione, mediante l'instaurazione di un rapporto di filiazione c.d. civile con un soggetto estraneo biologicamente, la rapida accelerazione del progresso medico-scientifico degli ultimi decenni ha fatto emergere una soluzione nuova e alternativa, generalmente nota come procreazione artificiale. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti per semplificare PMA) emergono oggi come una risposta concreta a quelli che sono due dei più sentiti problemi del nostro tempo: l'infertilità della coppia e la sterilità individuale.⁴ L'infertilità è definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità

¹ Si fa riferimento alla teoria dello specchio formulata negli anni '30 da Jacques Lacan, psicoanalista e teorico francese. Nella sua teoria la fase dello specchio rappresenta una tappa cruciale nello sviluppo infantile. L'idea di fondo è che in questa il bambino inizi a sviluppare una sua identità che è influenzata e mediata dagli altri, attraverso una dialettica tra l'auto-percezione e la relazione con il mondo esterno. In questo senso, la metafora dello specchio può essere utilizzata per comprendere l'individuo nella società romana, dove l'identità del soggetto era definita e plasmata dal contesto sociale di appartenenza.

² Alcuni autori De Rose e Strozza, 2015; Bonifazi e Marini, 2014 legano

³ Cfr. R. IMPICCIATORE e R. GHIGI, «L'inverno demografico», Quaderni di Sociologia [Online], 72 | 2016, 31 dicembre 2016, consultato il 11 ottobre 2024. URL: <http://journals.openedition.org/qds/1566>.

⁴ G. S., Prefazione a "La procreazione medicalmente assistita" di Fernando Santosuosso, 2004, p. VII.

(OMS) come “*una malattia del sistema riproduttivo caratterizzata dall’incapacità di ottenere una gravidanza dopo 12 mesi o più di rapporti sessuali non protetti*” questa concerne dunque la coppia, invece con il termine sterilità s'intende, con riferimento alla sola donna⁵, l'incapacità a portare avanti una gravidanza fino a un'epoca che garantisca la vitalità del feto⁶. La procreazione artificiale si configura come lo strumento che, attraverso procedure artificiali mediche intra corporee in vivo o extracorporee in vitro o provetta, consente di dar luogo al concepimento di un essere umano senza l'unione fisica tra uomo e donna utilizzando gameti appartenenti alla stessa coppia richiedente la tecnica (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)⁷. Il primo risultato dell'efficacia di queste tecniche si ebbe con la nascita di Luise Joy Brown, il 25 luglio del 1978, la prima bambina concepita grazie alla fecondazione in vitro sviluppata dal ricercatore britannico Dr. Robert Edwards. Fin da questo primo evento, che segnò un successo senza precedenti nel campo della medicina riproduttiva, fu chiaro che la rilevanza di queste nuove tecniche riproduttive non si sarebbe limitata all'ambito medico ma che avrebbe ridisegnato i confini del modo di creare famiglia e di formare i rapporti parentali, mettendo in crisi le tradizionali categorie giuridiche dell'istituzione familiare, un progresso scientifico che inevitabilmente sollevò diversi interrogativi. Evidente, allora ed oggi, la necessità di una legittimazione sociale e giuridica delle tecniche di PMA. È stata a tal proposito più volte messa in rilievo la difficoltà, tipica di chi si appropria a trattare di questioni giuridiche legate a situazioni esistenziali, quali quelle che si sollevano nel trattare le tecniche di fecondazione artificiale, nel confrontarsi con le inevitabili implicazioni di natura morale, etica, sociale e giuridica che queste portano con sé. Il rischio è che, nel corso di un'analisi in simili ambiti, si possa sfociare in considerazioni meta-giuridiche o, peggio ancora, nella tentazione di piegare la norma alla propria visione del mondo, al contempo non appare realistico aspirare al dogmatismo assoluto di un diritto “puro” e insensibile a quelle che sono le sollecitazioni della realtà sociale. Proprio nella considerazione della primaria esigenza di tutelare l'individuo nelle sue funzioni più intime e personali, nel rispetto della

⁵ Nell'uomo, invece, poiché il concetto di aborto non ha rilevanza nelle patologie riproduttive, i due termini tendono ad essere utilizzati come sinonimi.

⁶ Mangiagalli Center (Policlinico di Milano), *Sterilità e infertilità maschile e femminile: cause e differenze*, [Online], 17 settembre 2024, consultato il 11 gennaio 2025. URL: <https://www.policlinico.mi.it/mangiagalli-center/news-ed-eventi/2024-09-17/4105/sterilita-e-infertilita-maschile-e-femminile-cause-e-differenze>.

⁷ la Corte costituzionale con Sent. 162/2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 3 della legge 40/2004 recante “norme in materia di procreazione medicalmente assistita” facendo decadere il divieto di fecondazione eterologa del Paese. Pertanto, oggi in Italia possono essere utilizzate sia tecniche omologhe che eterologhe.

centralità che la nostra Costituzione riconosce alla persona in ogni ambito in cui si estrinseca la sua personalità, si dovrebbe protendere a superare visioni in forte contrapposizione e ricercare piuttosto un approccio più equilibrato. A tal scopo si ritiene inoltre di condividere, per la trattazione delle situazioni di carattere personale legate al diritto di famiglia che emergono dal ricorso alle varie pratiche di PMA, la sensibilità propria di quella visione della dottrina civilistica che protende per un “diritto civile costituzionale”. L’analisi positiva di questioni quali la ridefinizione della libertà di procreare, la tutela e il bilanciamento degli interessi di coloro che subiscono (o potrebbero subire) le conseguenze delle scelte procreative altrui, deve pertanto evitare approcci frammentati o settoriali necessitando piuttosto di inserirsi nella unitarietà dell’ordinamento in armonia con i principi e i valori espressi dalle norme costituzionali⁸.

1.3 Verso la normativa vigente

Per rispondere alle nuove esigenze poste dallo sviluppo della biomedicina e fornire una regolamentazione interna al fenomeno noto come fecondazione artificiale, il legislatore italiano, sebbene tardivamente rispetto al panorama europeo⁹, è intervenuto con la Legge n. 40 del 19 febbraio 2004, intitolata “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” (d’ora in avanti “Legge 40”). Tale normativa rappresenta il primo tentativo organico in Italia di disciplinare il complesso fenomeno della riproduzione assistita.

Prima di inoltrarsi nell’esame della normativa italiana sulla PMA è bene esplorare il dibattito e gli interrogativi che hanno preceduto la sua entrata in vigore e chiarire qualche concetto base dal punto di vista tecnico al fine di dirimere i tanti dubbi che emergono in ordine a questo complesso tema in continua evoluzione al confine tra diritto, medicina e morale.

1.3.1 Il dibattito in Italia

Le difficoltà evidenziate nella trattazione della PMA sono emerse nel dibattito italiano che ha preceduto l’entrata in vigore della normativa vigente in materia.

⁸ Si aderisce a quella idea consolidata in dottrina della diretta operatività delle norme costituzionali nei rapporti tra privati c.d. *Drittwirkung* che impone una analisi costituzionalmente orientata della materia e una sensibilità interpretativa che, nel rispetto del principio di legalità, deve essere orientata a una visione sistematica evitando di privilegiare logiche settoriali specifiche. Si cfr. G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE *“filiazione e procreazione assistita”*, IPSOA, 2001. Cfr. G.D’AMICO *“problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato”*, Giustizia civile n.3., 2016 pp 443-460.

⁹ In Europa il Regno Unito è stato tra i primi con l’Human Fertilisation and Embryology Act del 1990, seguito dalla Germania con la legge sulla protezione degli embrioni nel 1991 e ancora da altri paesi come la Francia, che ha introdotto una legge sulla bioetica nel 1994.

Si è innanzitutto dubitato sulla necessità stessa di un intervento legislativo, vi era chi riteneva prematuro e potenzialmente controproducente imbrigliare in disposizioni legislative un campo caratterizzato da continui e rapidi sviluppi. Si paventava infatti il rischio che una regolamentazione troppo rigida potesse rapidamente diventare obsoleta, rendendo inadeguate norme concepite per un contesto biomedico già superato. A posteriori, così è stato in un certo senso. La legge 40 non è stata e non è tuttora in grado di garantire un adeguato livello di efficacia concreta e di coerenza rispetto alla delicatezza delle questioni in gioco e ai principi costituzionali oggetto del bilanciamento, incapacità che è stata attribuita proprio alla sua rigidità e chiusura nei confronti dei contributi scientifici.¹⁰ Verrà illustrato più avanti come, nel ventennio della sua esistenza, questa legge si sia scontrata con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla CEDU, attirando l'attenzione da parte della consulta e della corte EDU. Con il tempo tuttavia “ i principi negletti si sono presi la rivincita” sia tramite l'interpretazione conforme dei giudici di merito sia grazie agli interventi della Corte Costituzionale.¹¹ Nonostante le iniziali titubanze la necessità di una regolamentazione si affermò gradualmente come inevitabile. In linea con le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, risalenti principalmente agli anni '80 e '90, l'intento prima facie fu quello di evitare - almeno nel panorama europeo- di dar spazio al c.d. Turismo procreativo permettendo al singolo di soddisfare le proprie aspirazioni genitoriali in sistemi particolarmente permissivi. Si mirava così a creare una normativa uniforme che stabilisse omogenee condizioni minimali di tutela. Si sottolineò inoltre il rischio di lasciare la materia in balia di trattative private disordinate, con il pericolo di speculazioni commerciali e gravi violazioni dei diritti delle persone coinvolte. Da qui la necessità, non più procrastinabile, di un intervento puntuale sul fenomeno con una legge che fosse più protettiva che repressiva. L'obiettivo affidato al legislatore fu quello di superare questa situazione di vuoto normativo, definita in dottrina con l'espressione “far west procreativo”, fornendo certezze giuridiche rispetto alle conseguenze del ricorso alle tecniche di PMA, specialmente in relazione alla filiazione.¹² Questa esigenza di regolamentazione emerse con particolare forza nella consapevolezza che le pratiche di PMA presentano una

¹⁰ A testimonianza di questa inadeguatezza le numerose proposte di riforma, La legge n.40 ha difatti subito una domanda di ablazione totale, quattro referendum parziali e diverse pronunce giurisprudenziali di merito e legittimità che la disattendevano per violazione dei principi costituzionali e condanne dello Stato italiano da parte della corte EDU.

¹¹ G.FERRANDO, *la riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 5, p. 517 e 524.

¹² In particolare si evidenziava come l'inseminazione eterologa potesse creare situazioni di incertezza sulla paternità e quindi era necessario stabilire regole chiare affinché i genitori che avevano dato il loro consenso alla PMA non potessero successivamente disconoscere il figlio generato attraverso tali tecniche.

propria identità e autonomia che non permette la tutela dei molteplici attori coinvolti nel processo riproduttivo, mediati inoltre dall'intervento medico, all'interno di istituti di ampia tradizione civilistica quali la procreazione sociale e naturale. L'importanza di un intervento legislativo che si concentrasse sulla specificità delle questioni emergenti dal ricorso a queste pratiche è stata messa in evidenza da autorevole dottrina, questioni quali la certezza della paternità e della maternità, l'individuazione di un apparato di ausilio e di tutela, non dovendosi fare carico di problematiche più ampie e ulteriori. Una eccedenza in tal senso è stata evidenziata con una critica puntuale nel progetto Santosuosso, uno dei primi tentativi sistematici di regolamentazione della materia, presentato negli anni '90 dal giurista e magistrato da cui prende il nome. Nel progetto si faceva riferimento ad alcuni principi enunciati nell'istruzione dei vescovi e in altre esperienze legislative, principi che si dubita abbiano riscontro nel nostro ordinamento giuridico. Un esempio è il richiamo al principio secondo cui la vita umana dovrebbe essere il frutto di una "unione responsabile di un uomo e di una donna". Si è messo in luce come il ricorso all'aggettivo responsabile richiami una concezione di naturalità come ordine fattuale ed è inevitabile, in tale ottica, valutare negativamente l'artificialità che l'impiego di queste tecniche porta con sé, una esperienza innaturale che altera l'ordine dei fatti nel processo procreativo. Alterazione che si riscontra nella programmaticità della filiazione e nella separazione di momenti che normalmente sono uniti, separazione che a seconda dei casi raggiunge gradualità diverse, come quella tra progetto procreativo e atto sessuale nella fecondazione omologa, o tra filiazione genetica e gestativa nella fecondazione eterologa fino ad arrivare a quella più profonda rappresentata dalla maternità surrogata. La critica mossa al progetto Santosuosso suggerisce l'importanza di superare una pre-valutazione negativa del fenomeno ancorata al concetto di naturalità per giungere a una regolamentazione più consapevole e attenta alle specifiche questioni sollevate da queste nuove pratiche. In quest'ottica si auspicava un intervento legislativo commisurato allo scopo¹³. Così, nel contesto di una realtà complessa si approva la Legge 40 sulla procreazione medicalmente assistita, una legge che rappresenta il frutto del compromesso.¹⁴

¹³ Paolo Zatti, «*natura*» e «*cultura*» nella procreazione artificiale, in G.FERRANDO (a cura di), *la procreazione artificiale etica e diritto*, edizione Cedam, Padova, 1989, pp.176- 181.

¹⁴ F. Santosuosso, «*La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*», Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 4.

1.3.2 Una questione preliminare -la fecondazione artificiale come estensione delle capacità generative umane o come trattamento terapeutico?

Preso atto della necessità di una regolamentazione interna al fenomeno, la dottrina si è trovata ad affrontare, in un quadro di delineazione dei limiti di ammissibilità alle tecniche di PMA, una importante questione preliminare: se considerare la fecondazione artificiale come una estensione delle capacità generative umane o come un trattamento terapeutico. Questo interrogativo investiva la natura da attribuire a queste nuove modalità procreative e la sua soluzione ha inciso fortemente sulla comprensione del ruolo e dell'ambito di utilizzo da ricondurre a queste tecniche (nella prospettiva di una regolamentazione del fenomeno.)

Una corrente minoritaria interpretava la fecondazione artificiale come una nuova forma di riproduzione, concepita accanto e non in opposizione a quella naturale da cui si riteneva diversa solo nei "mezzi" impiegati per supplire a situazioni di impossibilità oggettiva della generazione sessuale (impossibilità fisiologica a procreare, si pensi alle coppie omosessuali o ai single, o impossibilità patologica, sterilità o infertilità.) Questa prospettiva è stata resa possibile dal progresso biomedico che ha permesso la separazione sicura e stabile dei gameti dal corpo umano, con procedure che li rendono autonomamente trasferibili mantenendo invariata la loro capacità generativa.

In tale ottica il fenomeno si colloca come un ulteriore passo, una tappa che spezza ancora una volta, così come è avvenuto con la travagliata questione dell'aborto, in seguito ai movimenti femministi degli anni 60' e 70', quel legame tradizionale tra sessualità, riproduzione e filiazione. Questa rottura ha destabilizzato principi secolari come il principio di maternità, espresso dal noto brocardo latino *mater semper certa est*, il principio di paternità e lo stato giuridico della filiazione, reso complesso dall'intricata rete di coppie genetiche, gestazionali e putative. Laddove l'esaltazione del profilo sociale e la minore rilevanza di quello biologico investono il diritto nella ridefinizione dei modi di fare famiglia la fecondazione artificiale non è percepita come un fenomeno estraneo, ma come una diversa tecnica di concepimento che si differenzia da quella naturale solo per le tecniche utilizzate, grazie al progresso della biomedicina, ma che ne condivide gli obiettivi e integra, in tale prospettiva, anch'esso un diritto inviolabile e personalissimo. I sostenitori di tale natura richiamaano altresì ad un diritto alla procreazione artificiale nella considerazione della centralità che le scelte procreative hanno nella realizzazione della personalità, implicazione conseguente è il riconoscimento all'individuo di una libertà in ordine *all'an, quantum e quando* esercitare tale funzione a prescindere dagli strumenti utilizzati per la sua

realizzazione (quomodo). In questo quadro interpretativo si inserisce anche la pronuncia della Superior Court of New Jersey nel caso Stern vs. Whitehead del 31 marzo 1987, in cui si riconosce un ampliamento contenutistico del diritto costituzionale a procreare, che comprenda anche il ricorso, nel suo esercizio, a tecniche artificiali.

Questo orientamento dottrinale considerava illegittimo imporre come requisito di accesso alle tecniche una certificazione di sterilità, ritenendo che tale condizione costituisse una indebita violazione dell'autodeterminazione di ciascuno e come piuttosto i rispettivi limiti debbano essere individuati nel quadro dei diritti fondamentali e derivare esclusivamente da un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti.¹⁵

Diversamente si colloca l'orientamento maggioritario affermatosi in dottrina e giurisprudenza che considera le tecniche di PMA non come una modalità alternativa alla procreazione naturale alla quale ricorrere in totale libertà bensì come un intervento eccezionale e residuale di cui avvalersi solo in determinate circostanze e nel rispetto di condizioni prestabilite dal legislatore.¹⁶ A critica dell'opposto orientamento si riporta come, da taluni, è addirittura stata definita come perniciosa l'affermazione nel nostro ordinamento di un siffatto diritto alla procreazione, attraverso un richiamo improprio all'art 1 della L. n. 194 del 1978. Tale articolo enuncia che *“lo Stato garantisce il diritto alla procreazione libera e cosciente, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”* è stato tuttavia dettato in un contesto ben distinto, quello dell'interruzione volontaria di gravidanza e richiamarlo in ambiti estranei si è ritenuto favorire una distorsione interpretativa, nel senso che induce, erroneamente, a ritenere esistente un diritto alla procreazione svincolato da limiti con conseguenze che mal si armonizzerebbero con il nostro sistema giuridico¹⁷. Da queste considerazioni emerge una preoccupazione nella dottrina del tempo che invita a una cautela interpretativa, per evitare un'estensione senza confini del diritto a procreare priva di una adeguata regolamentazione. Anche se non esiste un riferimento esplicito al diritto di procreare nelle norme internazionali o costituzionali, tale diritto può essere interpretato come fondamentale, radicato nella libertà e nell'autonomia individuale. Tale interpretazione trova fondamento nella Costituzione Italiana, in particolare

¹⁵ FURGIUELE e RODOTÀ, *Motivazioni individuali e senso sociale nella riproduzione tecnologica*, in A.A. V.V. *Tecniche di fecondazione assistita aspetti etici e giuridici*, Firenze, 1989, 65 e ss. E ancora MORI, *la fecondazione artificiale, questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, 247 ss.

¹⁶ Sul punto si cfr. sentenza del Tribunale di Bologna 9 Maggio del 2000

¹⁷ È stata per esempio evidenziata tra le problematiche più evidenti quella relativa alle modalità di tutela da assicurare nel caso di una eventuale lesione della pertinente situazione giuridica soggettiva. Cfr sul punto G.CIANCALEPORE, P. STANZIONE, *filiazione e procreazione assistita*, IPSOA, 2001, pg. 13 e ss.