

QUADERNI

LO STATO

**Matteo Caldironi
Stefania Pia Perrino**

THE FAMILY (R)EVOLUTION
INSIGHTS INTO RISING PARENTHOOD ISSUES

Mucchi Editore



COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE,
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

16



Mucchi Editore

THE FAMILY (R)EVOLUTION

Insights into Rising Parenthood Issues

Atti del convegno tenutosi a Modena il 22-24 Febbraio 2024

a cura di
Matteo Caldironi e Stefania Pia Perrino



Mucchi Editore

Volume finanziato nell'ambito del progetto di ricerca "Social parenthood: analysis of the phenomenon and the public order limits" cod. Progetto 2022XL7HL2 – CUP E53D23006980006 - PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR) – Missione 4 – Componente 2. Dalla Ricerca all'Impresa -Investimento 1.1 Fondo per il Programma Nazionale della Ricerca (PNR) e Progetti di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN)", finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU - rif. D.D. N. n. 104 del 02/02/2022



I contributi sono stati sottoposti a referaggio.

Redazione: Federico Pedrini; Luca Vespignani.

ISBN 9791281716490

doi 10.53148/FamRevo0525

© STEM Mucchi Editore - 2025

info@mucchieditore.it

www.mucchieditore.it - facebook.com/mucchieditore - x.com/mucchieditore - instagram.com/mucchi_editore



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Versione pdf *Open Access* al sito <https://mucchieditore.it/>

Impaginazione STEM Mucchi Editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel mese di maggio 2025

Indice

<i>Presentazione</i> di Federico Pedrini	11
--	----

<i>Introduzione</i> di Matteo Caldironi & Stefania Pia Perrino.....	15
---	----

I. *Reproduction and Filiation*

I.1. <i>Alla ricerca del fondamento costituzionale del diritto alla procreazione</i> di Benedetta Liberali.....	21
--	----

I.2. <i>Just Children</i> di Giuseppina Barcellona	63
---	----

I.3. <i>Mutamenti taciti della disciplina costituzionale sulla famiglia e sulla filiazione?</i> di Maria Pia Iadicicco	85
---	----

I.4. <i>Genitorialità plurali (al plurale)? Forme di riconoscimento della genitorialità sociale in prospettiva comparata</i> di Simone Penasa	105
--	-----

II. *Social Parenthood*

II.5. <i>Non-recognition of social parenthood in same-sex families – reform proposals for countries that are lagging behind in protecting children</i> di Jakub Pawliczak.....	135
---	-----

II.6. <i>La frammentazione della figura genitoriale e i criteri di attribuzione dello status filiationis</i> di Diletta Giunchedi	155
--	-----

II.7. <i>Genitorialità affine nel código de las familias. Doveri e poteri nelle famiglie ricomposte cubane</i> di Nicolò Cevolani	173
--	-----

II.8. <i>Le nuove famiglie: le sfide della trasformazione</i> di Elvira Martini, Paolo Palumbo, Alessia Sabatini	185
---	-----

III. *Post Mortem Reproduction*

III.9. <i>Tecniche procreative e genitorialità post legame: riflessioni</i> di Alessandra Cordiano	205
---	-----

III.10. <i>Continuità degli affetti, procreazione medicalmente assistita post mortem e destinazione postuma delle cellule riproduttive</i> di Leonardo Dani	223
--	-----

III.11. <i>Interpretazione e applicazione giurisprudenziale del divieto di fecondazione post mortem</i> di Giacomo Mingardo	235
III.12. <i>La complessa regolamentazione della disciplina relativa alla procreazione medicalmente assistita post mortem</i> di Alessandra Mazzola	251
III.13. <i>Da una «scelta tragica» ad una possibile apertura? Commenti a margine della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale</i> di Sara Di Giovanni.....	267
III.14. <i>Love will tear us apart, and reproductive cells too</i> di Stefania Pia Perrino	283

IV. Adoptions and care

IV.15. <i>Nuove genitorialità, continuità affettiva e significativi rapporti con i parenti</i> di Alessandra Spangaro	305
IV.16. <i>Dall'affetto all'effetto giuridico: riverberi sistematici e successori del riconoscimento dei rapporti di parentela nascenti dall'adozione in casi particolari</i> di Ivan Libero Nocera.....	321
IV.17. <i>L'affidamento familiare nel prisma dell'interesse del minore</i> di Carlotta Ippoliti Martini	337

V. Surrogacy

V.18. <i>La surrogazione di maternità come reato universale</i> di Pietro Maria Sabella	353
V.19. <i>Il reato universale di surrogazione di maternità e la sua incisione su diritti, interessi e dignità dei minori</i> di Giovanni Barozzi Reggiani	369
V.20. <i>Luci e ombre del reato di maternità surrogata</i> di Claudio Ragusa	385
V.21. <i>Libertà procreativa e GPA in Italia: de iure condito e de iure condendo</i> di Giulia Barbato	405
V.22. <i>Maternità surrogata e adozione in casi particolari: un giusto punto di equilibrio tra desiderio di genitorialità e tutela del minore?</i> di Francesco Molinaro	417
V.23. <i>Che significa essere genitori?</i> di Giada Cascio.....	431

V.24. <i>La connotazione socioaffettiva dei rapporti familiari e il riconoscimento della relazione genitoriale come elemento di realizzazione dell'identità personale</i> di Maria Cristina Carbone	439
V.25. <i>Figli della "GPA": dalla convergenza valoriale al ravvicinamento dei sistemi giuridici?</i> di Emanuela Zito	457
V.26. <i>Sulla possibilità di individuare un termine decorso il quale il legame tra genitore intenzionale e figlio nato da GPA debba essere riconosciuto</i> di Stefania Flore	473
V.27. <i>Le nuove famiglie e i loro diritti</i> di Elena Cecchini	489

VI. Redefining Family: Contemporary Challenges

VI.28. <i>Le nuove tecnologie riproduttive: possibilità di scelta o dovere morale? Il caso dell'utero artificiale</i> di Maurizio Balistreri	507
VI.29. <i>The Council of Europe and Beyond: Children's Rights and Intersectionality</i> di Costanza Nardocci	525
VI.30. <i>Not Just Parent</i> di Stefania Cecchini	545
VI.31. <i>Donazioni online, anonime, illimitate</i> di Alessandra Pellegrini De Luca	559
VI.32. <i>I nuovi itinerari del parto anonimo</i> di Giovanna Marchetti	579
VI.33. <i>Exploring the Role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the dialogue between national and European legal concepts</i> di Caterina Bergomi	589
VI.34. <i>Evoluzione dei modelli familiari e successioni a causa di morte</i> di Vera Bilardo	601
VI.35. <i>Rilettura della questione del cognome filiale e familiare alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea</i> di Marta Ruggirello	611
VI.36. <i>Navigating Embryosharing</i> di Stefania Pia Perrino	621

III.12. *La complessa regolamentazione della disciplina relativa alla procreazione medicalmente assistita post mortem*

di Alessandra Mazzola*

Sommario: § 1. – La legge n. 40/2004 dopo la sentenza 161/2023 della Corte costituzionale e le Linee guida sulla procreazione *post mortem*. § 2. – La procreazione *post mortem* in alcuni ordinamenti europei. § 3. – Qualche ulteriore spunto di riflessione con particolare riguardo all’uso delle fonti del diritto.

§ 1. – *La legge n. 40/2004 dopo la sentenza 161/2023 della Corte costituzionale e le Linee guida sulla procreazione post mortem*

Il progresso tecnico-scientifico consente ormai di includere nella sfera della volontà eventi sui quali l’essere umano non ha mai avuto possibilità di scelta, né di controllo¹. In relazione alla procreazione medicalmente assistita (PMA), già nel 1949 Simone de Beauvoir scriveva che con essa «si compie l’evoluzione che permetterà all’umanità di dominare la funzione riproduttrice. Questi cambiamenti hanno per la donna in particolare un’immensa importanza; può ridurre il numero delle gravidanze, integrarle razionalmente alla propria vita, invece di esserne schiava»². Siccome con queste tecniche la riproduzione e, in conseguenza, il rapporto di genitorialità, non dipende più esclusivamente dalla «sfera naturalistica dell’an»³, si rende necessario ragionare sulle conseguenze relative al *quomodo*.

All’ordinamento giuridico è affidato il compito di salvaguardare il diritto alla libertà procreativa, il quale non deve essere semplicemente inteso alla stregua della c.d. libertà negativa di procreare (il diritto all’interruzione volontaria della gravidanza), poiché abbraccia un princi-

* Università degli Studi di Brescia.

¹ Ciò vale tanto per la sessualità senza riproduzione, quanto per la riproduzione senza sessualità, come hanno rilevato fra i tanti L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2006; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, 28-29; A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Ragion pratica*, 2021, 211. Si rende pertanto necessario riuscire a costruire un rapporto non antagonista tra scienza e diritto di modo che non si verifichi alcuna «subordinazione del secondo alla prima, favorendo piuttosto un rapporto basato sulla integrazione e sulla compatibilità» tra le due differenti dimensioni (S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2015, 273).

² S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, il Saggiatore, 2016, 142.

³ G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, cit., 28. V. anche S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2012.

pio più ampio che affonda le radici nell'autodeterminazione indicando precise responsabilità a carico degli aspiranti genitori nei confronti dei nascituri⁴. Del resto, è all'ordinamento che spetta di bilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti tenendo conto, da un lato, che diverse possono essere le posizioni "di partenza" (stato civile o orientamento sessuale) di coloro che intendono soddisfare il desiderio di genitorialità e, dall'altro lato, che i nascituri non possono subire discriminazioni in ragione delle condizioni di nascita (*secundum* o *contra legem*).

Al fine di contrastare il "far west riproduttivo"⁵, è stata approvata la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), che tuttavia ha introdotto nell'ordinamento più dubbi che certezze⁶. I severi divieti da essa previsti hanno sollevato numerose perplessità tra coloro che avrebbero voluto usufruirne e tra gli operatori giuridici tanto che, in diverse occasioni, le norme sono state fatte oggetto di dichiarazioni di incostituzionalità da parte del Giudice costituzionale. Gli effetti di tali pronunce hanno comportato un ampliamento delle condizioni soggettive di accesso alla PMA e un'estensione del novero delle tecniche lecite.

Nessuna di queste sentenze, tuttavia, ha consentito di individuare negli articoli 5 e 6, terzo comma, della l. n. 40/2004 la *ratio* del divieto "soggettivo"⁷ e "oggettivo"⁸ di procreazione medicalmente assistita

⁴ Come precisato da A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, II, Milano, Giuffrè, 2011, 1342 se la genitorialità non può essere imposta, né vietata, non può neppure essere sostenuto «che questo diritto si trasformi, in particolare nella sua declinazione positiva (cioè come diritto ad avere una propria discendenza) in un desiderio "senza limiti", da realizzare "ad ogni costo", e non importa con quali strumenti». Più in generale, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 10 afferma che se i diritti fondamentali a presidio delle libertà sono in grado di tutelare qualsiasi libertà che il progresso fa emergere, allora tali "nuovi diritti" possono essere intesi come sviluppi di posizioni giuridiche soggettive già riconosciute dalla Carta costituzionale.

⁵ Come fra gli altri ha rilevato A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, cit., 194.

⁶ Nella copiosa bibliografia v. L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Udine, Mimesis, 2015, 157-159, riferisce di una certa «incoerenza scientifica» della normativa sulla PMA, che deriva dalla rigidità della legge, ovvero dalla volontà di disciplinare ogni aspetto di tali tecniche procreative. Ivi, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, 182-183 sostiene che, benché tale legge debba essere inclusa tra quelle c.d. costituzionalmente necessarie, il legislatore ha posto vincoli e divieti tendenzialmente irragionevoli, che imbrigliano i diritti dei viventi e dei non ancora viventi allontanando – mutuando L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Paravia, 2000, XI ss. – la bioetica dal rispetto dei valori costituzionali. Cfr. anche S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, Aracne, 2020, spec. 143-204.

⁷ Ai sensi dell'art. 5 l. n. 40/2004 «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

⁸ Così come previsto dall'art. 6, terzo comma, l. n. 40/2004, ovvero che «tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non infe-

post mortem. Si ritiene, comunque, che tale proibizione si fonda sull'assunto secondo cui, giuridicamente, i concetti di paternità e maternità derivano dal dato biologico e, nel caso della PMA, principalmente dal consenso⁹ poiché l'obiettivo prevalente è quello di tutelare la posizione del nascituro nella famiglia e nella società. Ci si è chiesti, allora, in quale momento debba essere soddisfatto il requisito dell'esistenza in vita del genitore biologico di sesso maschile affinché sia possibile accedere alla procreazione medicalmente assistita¹⁰. Ovvero se all'atto del prelievo dei gameti, escludendo dunque il prelievo del seme da cadavere; se al momento della fecondazione; oppure all'atto della formazione dell'embrione¹¹.

Quest'ultima ipotesi sembra da ritenere l'interpretazione più ragionevole sia dal punto di vista letterale, che sistematico. L'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004 sancisce infatti che il consenso non può essere revocato se l'embrione è già formato¹²; per-

riore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo».

⁹ Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 7.8.2.1. afferma che «lo status di figlio del nato da P.M.A. non deriverebbe dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale [...] poiché detto status verrebbe attribuito direttamente dalla legge e, inscindibilmente, nei confronti della coppia che abbia espresso la volontà di accedere alle tecniche di P.M.A.». C. INGENITO, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 254 precisa che è sul consenso che si fonda la genitorialità, che in caso di PMA è «puramente volontaristica»; il consenso non determina solo il legittimo affidamento della donna a diventare madre, ma «il rapporto di filiazione e di genitorialità» dal momento che in sua assenza l'embrione neppure si formerebbe. *Ivi*, 262 sostiene che ciò che conta nella procreazione *post mortem* è la genitorialità voluta, la quale si desume proprio dal consenso all'utilizzo dei propri gameti (ovvero all'impianto dell'embrione) in un momento successivo al trapasso. Sul consenso nell'ambito della procreazione, che presenta tratti caratteristici differenti rispetto al consenso informato *tout court* di cui alla legge n. 219 del 2017, si veda per tutti B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal*, 2021, 512-519.

¹⁰ S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 96 afferma che il requisito dell'esistenza in vita dei membri della coppia è «frutto più di un lapsus legislativo che non di una ponderata scelta». Cfr. anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017, 268 ss.

¹¹ Per una ricostruzione dei diversi tipi di PMA *post mortem* si rimanda a A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2018, spec. 211, nonché M. FACCIOI, *La procreazione assistita post mortem tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2-3.

¹² Come ha osservato A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, cit., 216-217, il consenso degli aspiranti genitori si manifesta (e deve perciò considerarsi valido) nel momento in cui la coppia accede alla PMA e decide di conservare i propri embrioni. Se in un momento successivo alla crioconservazione intervenisse il decesso del genitore biologico di sesso maschile, non sorgerebbe alcun dubbio circa la validità del consenso manifestato. Siccome in questo caso si verificherebbe l'impianto nell'utero dell'embrione già formato, non il contatto tra gameti maschili e femminili, non dovrebbe sussistere alcun dubbio circa la volontà dei membri della coppia di instaurare un legame di filiazione. S. CACACE, *La revoca del consenso ad essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 572-573 afferma che i requisiti di accesso alla PMA previsti dalla l. n. 40/2004 devono sussistere al momento dell'espressio-

tanto, la gravidanza prosegue anche nel caso in cui si dovessero verificare eventi imprevedibili le cui conseguenze potrebbero determinare l'affermazione di modelli monogenitoriali o di "bigenitorialità attenuata" per il nascituro¹³.

Considerato che il decesso del padre o l'interruzione della relazione affettiva non ostano alla gestazione, poiché se tali eventi insorgessero in un momento successivo alla formazione dell'embrione «la procedura non potrebbe essere arrestata»¹⁴, non si comprende per quale ragione la stessa non possa iniziare se il decesso dell'uomo si verifica tra la formazione dell'embrione e l'impianto nell'utero¹⁵.

Tale interrogativo è sorto, in particolare, successivamente alla pubblicazione della sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, che com'è noto ha dichiarato incostituzionale l'art. 14, secondo comma, della l. n. 40/2004 ai sensi del quale gli embrioni potevano essere prodotti esclusivamente per «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Ad avviso della Consulta tale pratica «rende[va] necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non [avesse dato] luogo ad

ne del consenso e non devono necessariamente persistere fino al trasferimento dell'embrione nell'utero «in ragione della irrilevanza sia dei comportamenti sia degli eventi intervenuti dopo che il consenso dei due aspiranti genitori sia divenuto irrevocabile, pena la natura meramente residuale della tutela accordata al nascituro». Anche G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2024, 202-203 sostiene che l'esistenza in vita è richiesta al momento della fusione dei gameti, ovvero della formazione dell'embrione.

¹³ Per "bigenitorialità attenuata" si intende la formale presenza e la sostanziale assenza del padre, che si può verificare quando l'uomo dichiara di non voler più assumere gli oneri genitoriali e/o quando la coppia si divide.

¹⁴ G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, cit., 25. Compito del legislatore, d'altronde, è assicurare la bigenitorialità al momento della fecondazione, atteso che il dato normativo non può assicurare che la coppia resti unita o resti in vita; su questo aspetto cfr. C. INGENTRO, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione*, cit., 262.

¹⁵ Va peraltro osservato che è assente una disciplina normativa relativa alle possibilità di donazione e sperimentazione su gameti ed embrioni crioconservati; gli artt. 13, primo comma, e 14, primo comma, l. n. 40/2004 si limitano invero a vietarne la donazione, la soppressione e l'utilizzo a fini di ricerca genetica. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005 già sollecitava l'intervento del legislatore affinché disciplinasse la donazione o la sperimentazione sugli embrioni eccedenti. Ad avviso di L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, cit., 163-167, la donazione dell'embrione sovranumerario precorrerebbe gli effetti dell'adozione poiché il "passaggio" dal genitore biologico a quello intenzionale-sociale si verificherebbe in un momento antecedente alla nascita. Inoltre, se fosse possibile la sperimentazione, tali cellule potrebbero in qualche misura dare corso alla propria esistenza ancorché «in altra forma, diffusa, cellulare [...] come cellule in altri individui (come la donazione di organi di cadavere)» (A. SANTOSUOSSO, C.A. REDI, *Opinione dissenziente sulla "Relazione finale" della Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A.*, 8 gennaio 2010) restituendo utilità ad un "bene" comunque creato. Ad avviso di S. CACACE, *La revoca del consenso ad essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita*, 573 il fatto che la sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 5 della l. n. 40/2004 sia circoscritta al momento dell'accesso alla PMA «comporta altresì l'irrilevanza del successivo decesso dell'aspirante padre» e, prosegue, addirittura anche dell'eventuale «rettificazione anagrafica del sesso».

alcun esito» e, quando erano elevate «le possibilità di attecchimento», si produceva «un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, [...] salvo il ricorso all'aborto»¹⁶. La dichiarazione di incostituzionalità dell'obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto degli embrioni nell'utero ha determinato anche l'incostituzionalità del divieto di crioconservazione sancito dal primo comma, così come è stato colpito da illegittimità costituzionale il terzo comma dell'articolo 14 nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni nell'utero dovesse verificarsi solo se e quando l'intervento non recasse alcun danno alla salute della donna¹⁷.

Per effetto della richiamata sentenza si è dunque reso possibile procedere all'impianto dell'embrione anche dopo il decorso di un considerevole periodo dalla manifestazione del consenso all'accesso alla procreazione medicalmente assistita, e perciò anche in caso di mutate situazioni nella sfera affettivo-relazionale.

Ciò ha dato luogo a diverse richieste di poter accedere alla PMA in casi particolari, alle quali i giudici di merito hanno risposto autorizzando l'impiego degli embrioni crioconservati anche a favore di donne ormai vedove¹⁸. Le argomentazioni prendevano le mosse, da un lato, dalla possibilità che gli embrioni potevano restare congelati presso le

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009, § 6.1 *Cons. dir.*

¹⁷ Vale la pena ricordare che prima della l. n. 40/2004, onde evitare che la donna fosse sottoposta a numerose stimolazioni ovariche e a plurimi prelievi di ovociti, ne venivano estratti diversi e tutti erano inseminati producendo embrioni soprannumerari. Al massimo due di questi venivano impiantati nell'utero; gli altri erano crioconservati cosicché, qualora il primo impianto non avesse prodotto il risultato desiderato, altri embrioni erano disponibili senza dover ripetere il processo. In questo modo era possibile salvaguardare la salute (fisica e psichica) della donna.

¹⁸ Sia sufficiente ricordare Tribunale di Palermo, sentenza 8 gennaio 1999, che ha dato seguito al principio espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 347 del 1998 bilanciando i diritti in gioco (quello dell'aspirante madre e quello del nascituro) ritenendo che il dovere-diritto di mantenere, istruire e educare i figli non può essere posto nel nulla. L'elemento innovativo si ritiene rappresentato dal fatto che la pronuncia aveva riguardo a un embrione crioconservato e non a un bambino formato. Più precisamente, il Tribunale palermitano ha affermato che non è possibile procedere alla soppressione degli embrioni sacrificando il diritto alla vita del concepito, né che può essere vanificato il diritto alla genitorialità del coniuge superstite; perciò, ha ordinato al centro medico presso il quale erano conservati gli embrioni il trasferimento nell'utero della vedova. Tribunale di Bologna, sentenza 16 gennaio 2015, ha fatto leva su un presunto cavillo normativo rappresentato dalla circostanza che la coppia aveva già tentato, invano, la strada della procreazione medicalmente assistita prima che entrasse in vigore la legge del 2004; il Tribunale ha applicato le Linee guida del Ministero della salute e ha sancito che «in caso di embrioni crioconservati, ma non abbandonati, la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento dei predetti». La pronuncia bolognese ha aperto le porte al Tribunale di Reggio Emilia che, con sentenza 18 aprile 2015 ha sancito che «nell'ipotesi di embrioni crioconservati ottenuti con il consenso di entrambi i componenti della coppia, di cui uno successivamente sia deceduto, gli articoli 5 e 12 [della legge n. 40 del 2004] non costituiscono limite alla esplicazione del diritto della donna ad ottenere il trasferimento degli embrioni». Per la ricostruzione giurisprudenziale si rimanda a R.E. DE ROSA, *La procreazione medicalmente assistita post mortem. Un confronto italo-spagnolo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 581-592.

cliniche sanitarie per lungo tempo e, dall'altro lato, dal fatto che la l. n. 40/2004 non sanciva un esplicito divieto di procreazione *post mortem*, limitandosi a considerare l'assenza di vizi nel consenso manifestato dall'uomo.

Successivamente, il Giudice di legittimità ha autorizzato questa tecnica di procreazione medicalmente assistita anche qualora l'embrione non fosse ancora formato, ma fossero congelati solo i gameti degli aspiranti genitori¹⁹. Tuttavia, in assenza di una norma sul punto, l'autorizzazione all'utilizzo del materiale biologico e degli embrioni crioconservati finiva per essere rimessa alla discrezionale interpretazione normativa del giudice adito, dando luogo a possibili trattamenti differenti fra donne che si trovavano nelle stesse condizioni personali²⁰.

La rilevanza delle cause che hanno determinato l'interruzione del rapporto di coppia, intese come possibile "lasciapassare" o motivo di diniego per l'accesso alla PMA, è stata accentuata dalla sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale. Siccome con essa la Consulta ha giudicato non irragionevole l'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004, ovvero la possibilità di trasferire in utero embrioni crioconservati a distanza di tempo dal consenso manifestato e anche qualora, *medio tempore*, sia venuto meno il progetto di coppia, sono sorti ulteriori interrogativi relativi alla possibile discriminazione tra persone di sesso femminile nella soddisfazione del desiderio di maternità.

Invero, se il cambiamento delle condizioni familiari fosse derivato dalla fine della relazione sentimentale, la donna avrebbe potuto accedere alla procreazione medicalmente assistita in virtù del consenso precedentemente prestato dall'uomo, il quale aveva instaurato nella donna il legittimo affidamento a diventare madre. Ad avviso dei Giu-

¹⁹ Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 8 *Cons. dir.* ha affermato che «L'articolo 8 della legge n. 40/2004, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di P.M.A., ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto; ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre»; in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che nell'atto di nascita alla figlia minore della ricorrente, nata a seguito di inseminazione medicalmente assistita *post mortem*, potesse essere attribuito lo *status* di figlia del marito deceduto.

²⁰ A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, 2020, 2766 ha sostenuto che il rischio è quello di una «obiezione di coscienza giudiziaria». Nello stesso senso si erano già espresse I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, 2015, 10-11 e A. LORENZETTI, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2019, 640. *Contra* A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (spunti ricostruttivi a riguardo di alcune spinose questioni)*, in *dirittifondamentali.it*, 2024, 300. Vale la pena ricordare che per ovviare a tale problematica alcuni ordinamenti hanno istituito corti specializzate: cfr. C. CASONATO, *Diritto costituzionale comparato e scienze della vita: paradigmi e connessioni*, in *DPCE online*, 2018, 3-4.

dici di Palazzo della Consulta, le possibili conseguenze sulla salute psichica della donna nel caso in cui il desiderio di maternità non venga soddisfatto²¹ inducono a ritenere non irragionevole l'onere di sopportare le conseguenze personali ed economiche di una paternità non (più) voluta (art. 30 Cost. e artt. 8 e 9 l. n. 40/2004)²². Invece, se la fine del rapporto di coppia fosse dipesa dal decesso dell'uomo, non sarebbe stato riconosciuto alcun valore giuridicamente rilevante alla soddisfazione del desiderio di maternità, né era preso in considerazione il consenso espresso dal genitore biologico di sesso maschile (magari ribadito anche nelle disposizioni testamentarie)²³.

Il diverso trattamento cui era destinata la donna a causa delle condizioni personali del *partner* è stato per lo più attenuato con l'entrata in vigore delle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" adottate con Decreto del Ministro della salute il 20 marzo 2024 e pubblicate in Gazzetta ufficiale il 9 maggio 2024²⁴.

Il Capo V, terzo comma, dell'Allegato al Decreto ministeriale ribadisce la procedura per manifestare il consenso ad accedere alla PMA e conferma la possibilità che i membri della coppia, congiuntamente, lo revochino, «fino al momento della fecondazione dell'ovulo o in caso di diagnosi genetica preimpianto fino al momento del *transfer*». Il comma quarto sancisce che la procreazione medicalmente assistita *post mor-*

²¹ Tale scelta, a differenza di quanto sostenuto dal Giudice costituzionale, non sembra possa essere annoverata tra le scelte tragiche del diritto (Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 2023, § 9.2 *Cons. dir.*) che, per costante giurisprudenza costituzionale, indicano la sussistenza di «scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene [...] che comporta il rischio di un male [...]». L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri» (Corte costituzionale, sentenza n. 118 del 1996, § 4 *Cons. dir.*), non foss'altro perché è assente l'elemento economicistico della distribuzione di risorse scarse e, più precisamente, la necessità di sacrificare il bene di qualcuno per soddisfare quello dei più. Anzi, ché una scelta tragica si ritiene, piuttosto, un caso difficile da bilanciare e risolvere, come ha osservato S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *Diritti comparati*, 16 ottobre 2023, 5. C. INGENITO, *La Genitorialità basata solo sul consenso e diritto alla vita e alla dignità dell'embrione*, cit., 253 sostiene invece che il caso di specie debba essere annoverato tra le scelte tragiche per tutti i soggetti coinvolti.

²² Corte costituzionale sentenza n. 161 del 2023, § 12.3 *Cons. dir.* Mentre, se il desiderio fosse stato quello della paternità, non sarebbe stato possibile assicurarla dal momento che non può essere eseguito questo tipo di trattamento sanitario contro (o senza) la volontà della destinataria, invero ingiustificabile ai sensi dell'art. 32, secondo comma, Cost. (§ 10 *Cons. dir.*).

²³ G. RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, cit., 202 ha sostenuto, dopo la pubblicazione della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale, l'irragionevolezza del permanente divieto di fecondazione *post mortem*.

²⁴ Tale fonte è prevista dall'art. 7, terzo comma, l. n. 40/2004, a norma del quale le Linee guida devono essere aggiornate periodicamente e comunque non oltre un periodo superiore a tre anni dalla pubblicazione delle precedenti. Ciò nonostante, le precedenti risalivano al Decreto del Ministro della salute del 1 luglio 2015.

tem è possibile poiché, «dopo la fecondazione assistita dell'ovulo, il consenso alla P.M.A. non può essere revocato e la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto (Cass., 15 maggio 2019, n. 13000) ovvero sia cessato il loro rapporto (Corte costituzionale, n. 161/2023)».

Riconoscendo piena possibilità di espressione anche ai «nuovi percorsi della genitorialità»²⁵, il Decreto del Ministro della salute adottato nel marzo 2024 ha verosimilmente rimosso le principali differenze di trattamento tra le donne fondate sul relativo *status* familiare. Inoltre, se l'effetto della sentenza n. 161 del 2023 della Corte costituzionale si riteneva giustificato dall'intenzione di tutelare l'embrione già formato, derogando alla "regola" del modello di famiglia bigenitoriale, l'apertura alla procreazione *post mortem* svela un particolare interesse dell'ordinamento alla tutela della maternità.

§ 2. – La procreazione post mortem in alcuni ordinamenti europei

Per comprendere gli eventuali punti di forza delle Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita, e per individuare alcune soluzioni che il legislatore potrebbe adottare al fine di risolvere le criticità che residuano, può essere utile analizzare la normativa in vigore in altri ordinamenti.

In ambiti tanto delicati come quelli che interessano le questioni bioetiche, lo studio della legislazione straniera si ritiene vantaggioso poiché in grado di alimentare un «processo quasi circolare di conoscenza»²⁶ che si sposta dall'uno all'altro contesto socio-normativo offrendo, grazie all'acquisizione di elementi normativi, giurisprudenziali e dottrinari, possibili soluzioni ai problemi che il diritto vivente talvolta sottopone all'interprete. Ciò anche in considerazione del fatto che l'ordinamento giuridico sovranazionale non fornisce indicazioni in merito, limitandosi ad affermare che il tema della procreazione *post mortem* solleva diverse questioni che non consentono la formazione di un *consensus* europeo omogeneo²⁷. Tale considerazione non risolve alcun dubbio interpretativo e finisce per lasciare la regolamentazione della materia alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

²⁵ Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 13000 del 2019, § 7.3.3.

²⁶ G. GORLA, *Diritto comparato* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 928.

²⁷ Corte EDU, caso *Baret et Caballero c. France* (reqête n. 22296/20 e 37138/20, deciso nel 2023). La Corte EDU, già con le sentenze S.H. e altri c. Austria (reqête n. 57813/00 relativa al divieto di donazione di gameti per fecondazione in vitro) e Parrillo c. Italia (reqête n. 46479/11 concernente il divieto di ricerca sugli embrioni) aveva affermato che il legislatore nazionale è libero di decidere se vietare o meno la fecondazione *post mortem*.

La normativa del Regno Unito potrebbe rappresentare un valido sostegno per il nostro legislatore dal momento che tutela il superiore interesse del minore e considera irrilevante la soddisfazione del desiderio di genitorialità. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act*²⁸, già nella versione del 1990, prevedeva una “clausola sociale” a norma della quale è necessario che i trattamenti finalizzati alla fecondazione artificiale siano orientati ad assicurare al nascituro il diritto ad avere un padre. La legge ha dato avvio a un discreto dibattito tra i giuristi perché è stata considerata discriminatoria in quanto implicitamente volta a impedire, specialmente alle persone omosessuali e alle donne *single*, la possibilità di accedere alle tecniche di PMA²⁹.

La fonte è stata revisionata nel 2008, sostituendo il principio relativo all'esigenza ad avere un padre con quello – più neutro – ad avere un genitore partecipe o che comunque sostenga la crescita del minore («the need of supportive parenting»). È stata così risolta la discriminazione a danno delle coppie di donne che intendono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed è stata altresì ammessa la PMA *post mortem*. Rispetto a quest'ultima si è ritenuto che per la crescita e lo sviluppo della personalità del minore ciò che conta è ricevere il supporto e l'affetto di soggetti adulti che instaurano con esso una relazione stabile; a essere valorizzata è, dunque, la presenza di adulti che possano costituire una guida sicura per il bambino, a prescindere dal legame biologico. Anche i giudici chiamati a dirimere le controversie del diritto di famiglia valorizzano quasi esclusivamente l'*entourage* familiare, che deve essere in grado di condividere il percorso affettivo e educativo del minore, assicurando al tempo stesso la rimozione di ogni possibile ostacolo alla formazione e allo sviluppo della personalità.

Anche l'ordinamento spagnolo si occupa prevalentemente della tutela della condizione giuridica, personale e sociale del bambino. La ley 14/2006, de 26 de mayo (*Técnicas de reproducción humana asistida*) – così come modificata dalla ley 19/2015, de 13 de julio – prevede che tramite testamento o altro atto pubblico l'uomo possa prestare il consenso all'utilizzo del materiale riproduttivo anche in un momento successivo

²⁸ La legge è il risultato di un lungo lavoro condotto da una commissione d'inchiesta (*Warnock Committee*) istituita all'inizio degli anni Ottanta, dopo che nel 1978 in Inghilterra era nata Louise Brown, la prima persona al mondo a venire alla luce attraverso la fecondazione in vitro. La commissione d'inchiesta, attraverso il *Warnock Report*, ha raccomandato al Parlamento l'adozione di una legge che disciplinasse i problemi relativi alla sterilità e infertilità e quelli dell'accoglimento nella società delle persone nate a seguito di interventi medico-scientifici. Per ulteriori riflessioni si veda S.A.M. McLEAN, *La fecondazione medicalmente assistita nel Regno Unito: il dibattito sulla regolazione giuridica*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 93-95.

²⁹ Cfr. *Human Reproductive Technologies and the Law*, in House of Commons, *Select Committee on Science and Technology*, Session 2004-2005, 5th report, HC 7-1 (2005), 178, recommendation 24.

al trapasso. Se il seme è impiegato per fecondare la moglie o compagna entro tredici mesi dal decesso, il rapporto di filiazione si instaura *ope legis*, assicurando dunque anche il riconoscimento e il pieno godimento dei diritti successori (art. 9 ley 14/2006).

In Portogallo il decreto 188/XIV de 22 de outubro de 2021 – approvato a seguito del rinvio del Presidente della Repubblica – ha emendato l’articolo 22 della Lei n.o. 32/2006, de 26 de julho (*Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração*) rendendo legittima la procreazione *post mortem*. La legge ha riconosciuto la possibilità di trasferire gli embrioni nell’utero della donna anche dopo il decesso del marito o del convivente di fatto, ovvero di procedere all’inseminazione artificiale dell’ovulo con il materiale biologico precedentemente raccolto del defunto. Il testo normativo prevede che per accedere a tale tecnica è necessario il consenso scritto dell’uomo, il quale deve essere comunicato al *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* quando è ancora in vita. L’art. 23 della Lei n.o. 32/2006 dispone, inoltre, che il nato è considerato figlio del defunto anche se la fecondazione è avvenuta in violazione della disciplina normativa, poiché l’obiettivo è assicurare i diritti del minore al di là dei comportamenti “fraudolenti” dei genitori³⁰.

Altri ordinamenti europei vietano, invece, tale tecnica poiché in questo modo ritengono di garantire il migliore interesse del minore; nessun rilievo assumono, infatti, gli interessi degli aspiranti genitori. Tra questi ordinamenti si segnalano quello tedesco, in cui la legge sulla protezione degli embrioni del 13 dicembre 1990 (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*) vieta la procreazione *post mortem* sul presupposto che si tratta di una tecnica «pregiudizievole al benessere del bambino»³¹. Nonché l’ordinamento francese, nel quale la *loi bioéthique*, loi 94-654 du 29 juillet 1994 – così come revisionata nel 2011 e nel 2021 – stabilisce che la fecondazione in un momento successivo al decesso dell’uomo pregiudica la formazione e lo sviluppo della personalità del minore.

Le motivazioni che hanno indotto entrambi i legislatori a negare la possibilità di accedere a tale tecnica di PMA sono assai simili, tanto

³⁰ Si ricordi il “caso di Hugo”, il bambino nato in Portogallo con la PMA *post mortem*. La legge portoghese sulla procreazione assistita del 2006 vietava la fecondazione con materiale genetico di un donatore defunto; tuttavia, una donna – il cui marito è deceduto nel 2019 – ha individuato una crepa normativa poiché il divieto si poteva applicare solo ai donatori che avessero un legame affettivo con l’aspirante madre e non agli anonimi che, in quanto tali, potrebbero essere già deceduti al momento dell’inseminazione. La donna, dopo la morte del marito, ha avviato una raccolta di firme (simile all’iniziativa legislativa popolare italiana) e ha iniziato un acceso dibattito pubblico attraverso i media. Il tema della procreazione *post mortem*, da questione sociale, è diventata questione politica e giurisprudenziale, tanto da arrivare in Parlamento e ottenere, grazie al fronte compatto di tutti i partiti di sinistra, la modifica della legge nel marzo del 2021.

³¹ R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., 17.

da poter essere richiamate congiuntamente. Il timore è che il bambino possa incontrare difficoltà a comprendere e accettare la propria origine e identità a causa della impossibilità di conoscere il genitore deceduto; ciò potrebbe provocare gravi ripercussioni sul senso di appartenenza alla famiglia e, di conseguenza, sulla formazione e sviluppo della personalità. Si teme, in particolare, che l'anomalia della fecondazione della madre in un momento successivo al decesso del padre possa avere effetti negativi sul benessere emotivo e psicologico del minore, il quale potrebbe anche subire pregiudizi e discriminazioni all'interno delle formazioni sociali che frequenta a causa delle particolari circostanze della nascita.

Va nondimeno ricordato che il *Conseil d'État*, con la sentenza n. 396848 del 2016, ha consentito che una donna spagnola esportasse nel proprio Paese il materiale biologico del marito italiano defunto in Francia, affinché in Spagna accedesse alla PMA *post mortem*. I giudici d'oltralpe hanno sostenuto che il divieto contenuto nella *loi bioéthique* non è di per sé illegittimo, mentre lo è quello di esportare il seme del marito defunto che ha acconsentito al relativo utilizzo per esaudire il desiderio di maternità della moglie, cittadina di un Paese in cui tale tecnica non è vietata. Ad avviso del supremo organo di giustizia amministrativa, se si applicasse pedissequamente la legge francese, si verificherebbe un risultato oltremodo sproporzionato rispetto all'obiettivo di vietare tale tecnica di procreazione medicalmente assistita in Francia giacché la normativa nazionale si porrebbe irragionevolmente in contrasto con la legge di un altro Stato.

Nel 2023 i Giudici di Strasburgo, con la sentenza relativa al caso *Baret et Caballero c. France*³², hanno affermato che il divieto di trasferimento di gameti ed embrioni sancito dalla loi 2141-11-1 (*Code de la santé publique*), dalla Francia a un Paese in cui tale tecnica è consentita non è illegittimo e non contrasta con l'art. 8 CEDU poiché tale preclusione costituisce il corollario della proibizione della procreazione *post mortem*. Il primo divieto è pertanto imprescindibile per assicurare il secondo, ovvero per scongiurare l'inefficacia della normativa francese. La scelta del legislatore transalpino, che ha come fine la «protection des droits et libertés d'autrui» e «la protection de la morale», è stata ritenuta coerente con il sistema normativo nazionale dai Giudici della Corte EDU, i quali hanno anche sostenuto che la normativa non eccede il margine di apprezzamento di cui lo Stato dispone alla luce della Convenzione.

Ferma la discrezionalità del legislatore d'oltralpe, va osservato che questi ha rischiato di rendersi colpevole di un trattamento discri-

³² Corte EDU, caso *Baret et Caballero c. France* (reqête n. 22296/20 e 37138/20).

minatorio perché, attraverso la revisione alla legge bioetica (loi 2021-1017), ha consentito l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali femminili e alle donne *single* (c.d. *PMA pour toutes*), lasciando inalterato il divieto di fecondazione delle vedove con il seme del defunto marito³³. La novella si ritiene foriera di discriminazioni tra coloro che intendono portare a compimento il progetto genitoriale con il *partner* deceduto – ovvero quando il donatore del seme non è anonimo – e coloro che vogliono soddisfare il desiderio di maternità servendosi del seme di un donatore anonimo, che ad ogni buon conto sarà comunque assente nel percorso di crescita del minore.

Il *Conseil d'État*, nel parere pubblicato il 28 giugno 2018 – ai sensi dell'art. 39 Cost. francese sul progetto di revisione della legge bioetica – ha ritenuto discriminatorio l'accesso all'inseminazione artificiale tramite donatore anonimo per la donna *single* e il divieto di accedere alla medesima tecnica per la vedova che intende utilizzare il seme crioconservato del *partner* defunto. Pertanto, ha raccomandato al legislatore di autorizzare l'accesso alla PMA indipendentemente dall'esistenza in vita delle persone dalle quali sono prelevati i gameti³⁴.

Benché le normative e le pronunce giurisprudenziali dei Paesi considerati si pongano su due posizioni opposte rispetto alla possibilità di procedere alla procreazione medicalmente assistita *post mortem*, è possibile individuare un rilevante punto di convergenza, rappresentato dall'obiettivo di soddisfare il superiore interesse del minore.

Sebbene venga perseguito attraverso metodi assai differenti, i legislatori europei sembrano orientati a valorizzare il contesto affettivo-familiare nel quale il bambino forma e sviluppa la relativa personalità. Entrambe le posizioni, infatti, danno risalto al ruolo degli adulti che si impegnano a istruire, mantenere e educare i minori instaurando con essi un particolare rapporto affettivo. Da un lato, i principi normativi si dimostrano in grado di superare il legame biologico per valorizzare solo quello affettivo; dall'altro lato, ritengono che la certezza del rapporto biologico sia imprescindibile per assicurare al minore una crescita quanto più libera da ostacoli.

Con le Linee guida pubblicate nel 2024 anche il legislatore italiano sembra essersi adeguato alla *ratio* più profonda delle discipline normative in vigore nei Paesi contraddistinti da tradizioni costituzionali comuni alle nostre. Infatti, è stata finalmente disciplinata in maniera esplicita la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assi-

³³ Cfr. Corte EDU, caso *Petithory Lanzmann c. France* (rêquete n. 23038/19) con la quale i giudici lasciavano intendere che l'apertura della PMA alle coppie di donne e alle donne *single* può discriminare le vedove. Condivide questa interpretazione A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita*, cit., 299-300.

³⁴ Cfr. *Conseil d'état, Assemblée générale, Section sociale, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n. 397.993, 18 juillet 2019, 15.

stita anche qualora il genitore biologico di sesso maschile sia nel frattempo deceduto o abbia interrotto la relazione sentimentale con l'aspirante madre.

§ 3. – *Qualche ulteriore spunto di riflessione con particolare riguardo all'uso delle fonti del diritto*

L'interpretazione evolutiva della Carta costituzionale consente di sostenere che le norme in essa contenute sono orientate ad assicurare l'esercizio della funzione genitoriale all'interno della famiglia, nella caratterizzazione più ampia di formazione sociale, certamente più esaustiva di quella *ad instar naturae*, «due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile» quale «“luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato»³⁵. Del resto, la Costituzione repubblicana non ammette «una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» e si adopera per tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei figli a partire dal «riconoscimento formale dello *status filiationis*»³⁶. Il Testo fondamentale pone, inoltre, l'accento sulla circostanza che alle figure genitoriali sono affidati precisi doveri³⁷, a partire da quello di garantire la formazione e lo sviluppo della personalità dei minori.

Assumendo questa interpretazione del concetto giuridico di famiglia³⁸, le Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita adottate con decreto del Ministro della salute nel marzo 2024 hanno contribuito, nel solco delle pronunce della Corte costituzionale, a espandere la tutela della maternità evincibile (anche) dalla l. n. 40/2004, com-

³⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019, § 13.1 *Cons. dir.* A tal proposito, sia sufficiente richiamare la disciplina dell'adozione in casi particolari (art. 44, legge n. 184 del 1983), nonché le garanzie che il Giudice costituzionale ha riconosciuto a tutela della filiazione; senza entrare nel merito delle decisioni, del resto figlie del ruolo di “legislatore in negativo” della Consulta, si ricordi l'apertura della c.d. adozione in casi particolari per il/la partner dello stesso sesso del genitore biologico a seguito delle sentenze n. 221 del 2019 e n. 79 del 2022 della Corte costituzionale.

³⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 494 del 2002, § 6.1 *Cons. dir.*

³⁷ Come ha osservato P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in F. GIARDINA, E. PELLECCIA (a cura di), *Una voce per i minori. Il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, San Miniato, Titivillus, 2008, 88 la logica che guida l'art. 30, secondo comma, Cost. è quella per la quale «se il “dovere” non viene adempiuto, il “diritto” decade». E. LAMARQUE, *Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 167 ritiene necessario allontanarsi dalla prospettiva ormai dominante quando si affronta il rapporto di filiazione, ovvero il punto di vista del *best interest* del minore. Del resto, l'art. 30 Cost. si occupa di questo tema a partire dalle posizioni giuridiche che interessano i genitori, lasciando in secondo piano quelle *direttamente* riferite ai figli (commi terzo e quarto).

³⁸ Che C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1967, 922 ha definito «cellula elementare necessaria di vita sociale, *principium urbis*, in cui l'uomo trova il primo impulso per educarsi al sentimento della solidarietà».

piendo un passo in avanti verso tale ampia definizione di formazione sociale. In particolare, il decreto del Ministro della salute sembra aver dato piena attuazione all'art. 6, terzo comma, ultimo periodo, della l. n. 40/2004 poiché ha riconosciuto la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita anche se il padre biologico del nascituro è assente, a prescindere dalle ragioni che determinano la mancanza di tale figura genitoriale. Il dato normativo sembra inoltre porsi in linea con la *ratio* che ha guidato i legislatori degli ordinamenti contraddistinti da tradizioni costituzionali comuni alle nostre, posto che tale fonte si considera idonea a tutelare i diritti fondamentali di ciascun soggetto coinvolto, in atto o *in fieri*, da questa tecnica di PMA.

Va nondimeno osservato che la tutela prestata dalle Linee guida è assai peculiare proprio per il tipo di fonte atto che viene utilizzato, ossia un decreto ministeriale. Benché si tratti tecnicamente di una fonte sub-secondaria, le Linee guida previste dall'art. 7, terzo comma, della l. n. 40/2004 si contraddistinguono per una notevole portata innovativa dal momento che non sembra possibile riconoscere loro un ruolo meramente ricognitivo della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, riuscendo piuttosto a integrare la l. n. 40/2004³⁹. Il vantaggio principale nel ricorso a questo tipo di fonte può probabilmente essere individuato nella relativa duttilità e, perciò, nella capacità di adeguare rapidamente l'attuazione della disciplina legislativa sulla procreazione medicalmente assistita alle acquisizioni e ai progressi tecnico-scientifici, pur senza stravolgere le scelte normative compiute dal legislatore.

D'altro canto, la forza sostanziale del decreto ministeriale contenente le Linee guida – che si ritiene debba essere incluso nella categoria degli atti amministrativi generali – si avvicina a quella prevista dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400 circa i regolamenti governativi, discostandosene però per quanto riguarda le forme e i controlli. Sia sufficiente osservare che il decreto del Ministro della salute prevede il parere, ancorché di tipo sostanziale, del Consiglio superiore di sanità, mentre, com'è noto, i regolamenti governativi prevedono il controllo formale (*rectius*: che verifichi il rispetto della legalità costituzionale) del Consiglio di Stato. Senza potersi soffermare sull'annosa questione relativa alla c.d. fuga del regolamento⁴⁰, non sembra possibile omettere di considerare che il legislatore ordinario dovrebbe procedere alla ordinata ricognizione della “stratificazione” normativa (le

³⁹ Cfr. P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, 1357 e B. LIBERALI, *Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica*, in *BioLaw Journal*, 2016, 242-244.

⁴⁰ P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita*, cit., 1356-1357. V. inoltre per una prospettiva più generale G. RIVOSACCHI, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 93-94.

Linee guida), anche “di risulta” (le sentenze di incostituzionalità della Consulta) rispetto a un tema tanto delicato e complesso qual è quello in considerazione, come peraltro sostengono ormai da tempo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale.

Posto che l'esigenza di instaurare rapporti di filiazione prescindendo dall'atto sessuale tra persone di sesso diverso si manifesta con frequenza sempre maggiore, e che altrettanto frequentemente si infrange contro i divieti legislativi, le conseguenti (e inevitabili) incertezze giuridiche potrebbero essere eluse se il legislatore adottasse un approccio normativo “a maglie larghe”, che non sigilli «le duttili vicende dell'esistenza [ne]lla rigidità della norma»⁴¹. Più la norma è generale e astratta, infatti, più è in grado di consentire alle fattispecie concrete di essere adagate sulla stessa senza dare luogo a (irragionevoli) vuoti di tutela⁴².

Abstract

For a long time, the prohibition against accessing post-mortem medically assisted procreation was inferred from the systematic interpretation of Law No. 40 of 2004. However, following Constitutional Court ruling No. 161 of 2023, which permitted a single woman, who had ended a romantic relationship with her partner, to become a mother through medically assisted procreation, the prohibition on post-mortem procreation was deemed unreasonable. This issue was subsequently addressed by the Minister of Health's Decree of March 20, 2024, which successfully ensures the reasonable protection of the subjective legal positions prescribed by Article 6, third paragraph, of the same law, exclusively with regard to the fulfillment of the desire for motherhood.

⁴¹ A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, cit., 197.

⁴² L'auspicio è che il legislatore adotti l'approccio del “diritto leggero” proposto da S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999. La libertà, essendo «inesauribile nelle sue esplicazioni e direzioni» non può essere predeterminata dal legislatore, ma deve avere la possibilità di espandersi in lungo e in largo entro tutto il perimetro di autonomia che la Costituzione riconosce a ogni persona, arrestandosi là dove l'esercizio della propria libertà possa ledere o comprimere quella degli altri; così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 5-8.